

per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

44

T.I

2015

**QUADERNI
FIORENTINI**

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

44

(2015)

TOMO I



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 9788814207327

ISSN 0392-1867

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

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2015

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

L'obiettivo di storicizzare e comprendere le tecniche, le pratiche, il pensiero, di una dimensione giuridica sempre cangiante e sempre protesa a manifestare una sua composita unità è parte essenziale di ogni volume dei «Quaderni fiorentini». Pur non tematizzando direttamente l'argomento, il «Quaderno» del 2014 — dedicato a uno specifico profilo fra i molteplici richiamati dal lemma 'autonomia', il rapporto tra unità e pluralità nella costruzione dell'ordine — si era comunque inevitabilmente confrontato col problema dell'unità e dell'autonomia scientifica e metodologica del diritto. Inevitabilmente perché la questione della complessiva unitarietà del diritto è parte integrante del progetto di una Rivista che ha al centro della sua attenzione il colloquio tra storici, filosofi e cultori dei vari campi del diritto positivo, il rifiuto di partizioni rigide e artificiali del giuridico. E perché parlare di 'autonomia del diritto' non significa nella nostra ottica rivendicare isolamenti culturali ma, al contrario, tentare di cogliere lo specifico radicamento delle tecniche del giurista nella mutevole complessità del reale, nel farsi dell'esperienza; tentare di scorgere, grazie all'incessante colloquio tra discipline teorico-fondative e discipline di diritto positivo, unitarie basi del diritto senza distogliere lo sguardo dai profili storici, economici e sociali.

I contenuti di questo numero miscelaneo del 2015 sono molto eterogenei e sarebbe certo fuorviante tentare di ricondurli a una prospettiva uniforme; tuttavia la vocazione della Rivista a proporre un fitto dialogo tra dimensione giuridica e altri campi del sapere, a ricercare, storicizzando e dunque problematizzando, il peculiare e composito volto del giuridico, a interrogarsi sull'unità e l'autonomia del diritto, emerge più che mai forte anche in questo «Quaderno».

Un'unitarietà e una relativa autonomia del diritto che affiora dai contributi come 'problema', come esito di costruzioni complesse, mutevole risultato di trasformazioni generate da contatti e incontri, dal radicamento del giuridico nella società e nella cultura.

Un « Quaderno », dunque, molto eterogeneo: si va, ad esempio, da ricostruzioni del pensiero di François Hotman, Alberico Gentili e Cesare Beccaria (a *Dei delitti e delle pene* è dedicata, per i duecentocinquant'anni dell'opera, un'intera sezione del « Quaderno ») al ruolo dei diritti umani nell'America latina negli ultimi venticinque anni; da analisi teoriche e storiche del modello del precedente giudiziario, delle metamorfosi del principio di uguaglianza, del rapporto tra ermeneutica e penalistica moderna, all'analisi del voto potenziato tra le due guerre mondiali; da messe a fuoco dell'immagine della giustizia penale nella letteratura ai suggestivi percorsi tracciati da Carlos Petit in tema di pratica cambiaria nel Settecento inglese e da Francesco Migliorino riguardo ai rapporti tra psicanalisi e « La giustizia penale » nel primo Novecento italiano.

Un « Quaderno » eterogeneo che, però, ci piace leggere — che invitiamo a leggere — in modo unitario perché presenta caratteri essenziali del progetto della Rivista: contribuire a comprendere criticamente la dimensione giuridica e a costruirla (a immaginarla) senza rinserrarsi in chiusi specialismi disciplinari, senza ridurre il diritto alle sole inappaganti e frammentarie forme offerte dalla politica e, oggi, sempre più dall'economia.

Richiamare l'attenzione su questo filo conduttore che tiene assieme il « Quaderno », tutti i « Quaderni », è più che mai opportuno *oggi* per proporre ancora il valore di un approccio unitario ma non asfittico alla dimensione giuridica sia nella ricerca, sia — occorre aggiungere — nella formazione del giurista.

L'addio alla Facoltà di giurisprudenza, che si poneva come simbolo dell'unità tra ricerca e formazione, è realtà degli ultimi anni. Oggi si prospetta una probabile modifica tabellare dell'ordinamento degli studi in giurisprudenza: una riforma mossa dal lodevole intento di attribuire maggiore flessibilità e apertura ai piani di studio, ma accompagnata da non velate pressioni per una sostanziale marginalizzazione della 'inutile' formazione teorica e storico-giuridica, dall'esaltazione di specialismi disciplinari miopi, protesi — non sempre per nobili ragioni — a rendere più profondi i fossati che dividono

dai vicini, o a proporre, con effetti non meno deleteri, l'incondizionata resa del giuridico al soffocante abbraccio di una visione esclusivamente mercantile.

Il rischio — opportunamente contrastato dalla « Conferenza delle associazioni scientifiche di area giuridica » — è di far venir meno 'il dialogo' e di atrofizzare il tessuto connettivo posto a legare gli specialismi disciplinari, giungendo così a una ricerca e a una formazione del giurista sempre più impoverita, sempre meno critica e consapevole.

Ed è anche contro questo rischio che i « Quaderni » tengono oggi a ribadire con fermezza la propria linea progettuale.

Modelli e dimensioni

FRANCESCO M. DE SANCTIS

DALL'EGUAGLIANZA FRA GLI EGUALI ALL'EGUAGLIANZA DEGLI EGUALI

1. La parola. — 2. Dalla *eugeneia* alla *dikaiosyne*: il problema della democrazia. — 3. Dall'antico al moderno: Hobbes e Rousseau. — 4. La rivoluzione politica: aristocrazia e democrazia. — 5. La rivoluzione sociale: borghesia e proletariato. — 6. Eguaglianza e 'differenze': nell' 'oltre' della Modernità.

1. *La parola.*

L'eguaglianza, nel linguaggio comune, esprime una relazione, in prevalenza almeno tra due entí, ma non necessariamente: io posso definirmi eguale a me stesso (come posso dire che $A=A$), ponendo la relazione tra me e me, e posso dire, invece, che sono eguale a mio fratello (a mio padre, a mia madre), o che sono eguale a mia moglie o alla donna con cui vivo o esco, o che sono eguale ai miei concittadini maschi e femmine (napoletani, campani, italiani, europei), o che sono eguale a ogni uomo/donna a qualsiasi gruppo religioso etnico o razziale appartenga, o, infine, posso anche dire che sono, in quanto vivo, eguale a ogni essere vivente o che in quanto entità sono eguale a ogni ente. È chiaro, dunque, che eguaglianza si dice in molti modi e significa cose diverse secondo il criterio volta a volta selezionato per stabilire la relazione. Che può essere di identità, nel caso che mi ponga in relazione con me stesso (e qui, per concisione espositiva, tralascio la problematicità della nozione di identità, anche riferita solo a se stessi); di somiglianza, nel caso mi riferisca a parenti — ma la somiglianza spalanca, a sua volta, un abisso di possibilità di relazioni diverse dalla somatica che hanno a che fare con il carattere (es. l'amicizia) o le appartenenze (es. la nazionalità, gli status, le classi, le associazioni, ecc.); di parità nella relazione tra i sessi; di diritti legati all'inclusione nella cittadinanza o

nell'umanità; di omogeneità legata ai bisogni fondamentali di auto-conservazione: respirazione, idratazione, nutrizione, generazione. Una forma di eguaglianza poi può essere anche l'equivalenza. Essa è una forma di parificazione tra enti non eguali, e non solo perché differiscono in qualcosa ma anche perché diversi. Come ad esempio un triangolo e un quadrato che hanno la stessa superficie; un orologio e una barca che hanno lo stesso prezzo; un legume e un farinaceo che hanno lo stesso potere calorico; ecc. L'equivalere, in genere, presuppone lo scambio, la sostituibilità tra cose la cui unità di misura può essere anche arbitraria come, appunto, il prezzo. Mentre la differenza poggia sull'eguaglianza, l'equivalenza mantiene la eterogeneità come la propria ragion d'essere (è proprio perché l'orologio resta diverso dalla barca che li 'unifico' nel prezzo). L'equivalenza, dunque, non constata ma valuta, calcola, stima, apprezza fino al punto di poter negare qualsiasi equivalenza come sostitutivo o preztabilità: è il caso della dignità che, riferita all'uomo, ne definisce il rango o come proprietà unificante rispetto al vivente in generale (l'uomo come senso del creato) o come eterogeneità all'interno della propria specie (es. il razzismo) o come gerarchia naturale o artificiale (le caste, i ceti).

Dunque, ciò che è fondamentale, nella relazione che stabilisce, definisce o cerca l'eguaglianza, è il criterio che si seleziona per predicare l'eguaglianza: ciò soprattutto nella realtà empirica della vita (diversissima da quella logica o geometrica o matematica, o anche tecnica — dove, però, la riproducibilità del costruito non sempre garantisce l'identità né l'eguaglianza) dove imperano, pur nella molteplicità, la singolarità e l'unicità che, tuttavia, non impediscono, proprio attraverso la selezione di un determinato criterio, di stabilire tra gli enti relazioni di eguaglianza anche di tipo eterogeneo tra loro. Ad esempio: Tizio è eguale a Caio per statura, disuguale per peso, oppure per intelligenza, oppure per bellezza, oppure per ricchezza. In questi casi, essere eguali significa condividere una proprietà definita dal criterio (quantitativo o qualitativo) stipulato che stabilisce un principio di selezione sia tra le possibili proprietà degli enti (che cosa li può rendere eguali) sia tra gli enti stessi (quali sono da considerarsi eguali). Ad esempio, se il criterio prescelto è il linguaggio solo foneticamente articolato, esso renderà

inutile considerare i vegetali, e se invece sarà il linguaggio capace di prestazioni teoretiche, renderà inutile considerare i cetacei.

Se, però, a queste considerazioni di senso comune vogliamo dare una piega più solida, possiamo andare a leggere Aristotele, *Metafisica*, I, 3, 1054b, 29-32: « All'uno appartengono l'identico (*to tauto*) il simile (*homoion*) e l'uguale (*ison*); al molteplice appartengono invece il diverso (*to eteron*) il dissimile (*anhomoion*) e il disuguale (*anison*) » (Arist, *Met.* 1054a). Uno e molteplice, nella loro più semplice determinazione in quanto, rispettivamente, l'indivisibile e il divisibile, costituiscono lo sfondo 'protofilosofico' che determina ogni discorso intorno alla eguaglianza o diseguaglianza. E ciò nel senso che uno e molteplice devono, proprio per pensare l'eguaglianza, essere tenuti insieme: essa è l'uno (scelto, deciso, convenuto, deliberato, ricercato o trovato) che si fa valere nel molteplice. Il *plethos* si dà all'occhio della percezione sensibile, 'prima', come il plurale e divisibile rispetto all'uno, l'indivisibile, che è più difficile da vedere, l'occhio lo percepisce 'dopo'. Prima vedo i fratelli, poi la somiglianza. Prima vedo gli uomini e le donne, faccio esperienza delle loro relazioni, le storicizzo ponendole in relazione alla mia stessa storicità, e solo alla fine, attraverso un complesso bagaglio di nozioni, narrazioni, astrazioni, nonché prese di posizione nei confronti di tali acquisizioni governate da scelte deontiche e assiologiche, ne vedo la parità al di là delle differenze. Prima vedo la folla, la moltitudine poi la (sempre attraverso un itinerario complesso di esperienze teoriche e pratiche) nazione come identità, la cittadinanza come appartenenza. Prima vedo i cavalli, poi la 'cavalinità'. Prima vedo i viventi, poi la vita. Eppure la vita non può che essere il presupposto di ogni vivente. L'uno, l'indivisibile è il presupposto del molteplice: ciò che si può porre prima (= pre-[sup]porre) perché è 'venuto' dopo; ma è occorso dopo non per l'atto o la decisione puntuale che poi, istantaneamente, retroagisce sul molteplice unificandolo: la molteplicità non è la negazione dell'unità ma il suo nascondersi. L'unità con le sue determinazioni (identico, simile, uguale) è sempre e da sempre nel molteplice come sua possibile unificazione a-venire che già suona nell'«è» con cui testimoniamo il suo darsi alla percezione nella presenza. E dunque sono proprio le determinazioni protofilosofiche del molteplice (di-

verso, dissimile, diseguale) a rinviare all'«uno» dell'essere del molteplice.

Ma se il molteplice 'presuppone' l'uno come origine del numerare in quanto principio di ordine, ciò significa che prima dell'uno e del molteplice c'è lo spazio della relazione tra uno e molteplice, lo spazio dei possibili ordini, delle possibili relazioni. Spazio della cinesi più elementare: del 'moto a luogo' contenuto nella relazione di eguaglianza, simiglianza, identità ($X = Y$, è una formula che si dice: « x è eguale a y », dove la formula nasconde l'operazione di avvicinamento contenuta nel linguaggio 'naturale'); del 'moto da luogo' contenuto nella relazione inversa (« x è disuguale da »). L'uno proviene dall'avvicinare, il molteplice dall'allontanare. E in questo senso, forse, si può dire che il lemma eguaglianza espone, nella relazione che implica, il movimento dell'avvicinare e perciò dell'unificare, il far ritorno all'uno (al principio del numerare che, però, in quanto uno è fuori da ogni numerazione), e ciò per le diverse strade che i diversi criteri dischiudono. Ciò significa, anche, che la pensabilità dell'eguaglianza, come cinesi del pensiero che esperisce o pone, è contraria a quella che sovrintende alla relazione di diseguaglianza, come la reazione è contraria all'azione. Eguaglianza e diseguaglianza, dunque, stanno sempre insieme come la sistole e la diastole nella pulsazione: nel decidersi per l'una o per l'altra si nasconde quella esclusa che, però, resta nascosta, latente nella decisione stessa. Se affermo che due cavalli sono eguali, ad es. in base alla razza, li unifico a partire da un criterio che esclude, nascondendole, tutte le particolarità che fanno la singolarità di ciascun cavallo: particolarità che restano in latenza fino a quando, cambiando il criterio, li allontanerò l'uno dall'altro, dividendoli in base a un'altra scelta, reattiva rispetto alla prima. Alla fine delle diverse possibili comparazioni la 'cavallinità' mi apparirà come ciò che mi ha permesso il comparare, come ciò che si nascondeva sotto la molteplicità, come l'unità che sovrintendeva al mio muovermi e raggruppare o separare venendomi incontro dall'esperire la molteplicità dei cavalli.

Se trasferiamo questi elementi di morfologia elementare alla sintassi più complessa delle relazioni tra gli uomini per cogliere il significato di eguaglianza, ci accorgiamo, con maggiore evidenza, che lo spazio della relazione è affetto da una doppia temporalità: quella

implicita nella cinesi dell'avvicinare e quella determinata dalla storicità che impone e sovrappone alla prima criteri cumulativi o diversi della *reductio ad unum*.

Prendiamo ad esempio il rapporto uomo/donna (pensabile come più originario di altre relazioni umane che hanno subito una lunga elaborazione storico-culturale), il loro avvicinamento dentro il principio di eguaglianza — radicato nella biologia, nella fisiologia, nell'antropologia, nella sociologia, nella complementarietà generativa di altri uomini e di altre donne — è ciò che ci permette, alla fine di un tormentato processo (culturale), di poterli definire come l'endiadi che definisce l'identica umanità di ciascuno al di là delle differenze, dissomiglianze e diversità. Gli uomini in generale, *uti singuli*, sono percepibili nella loro molteplicità come diversi, dissimili, e disuguali eppure unificabili, riconducibili all'uno, da molti (decidibili) punti di vista, relativamente ai quali possono apparire identici, simili o eguali.

Nella storia dei molteplici avvicinamenti degli uomini all'uomo il motore più appariscente, più costantemente attivo e presente è stato la legge. Essa, infatti, nella sua natura prescrittiva, nella sua destinazione universalistica, nella sua potenza formale, nella sua astrazione, spesso preziosa, dalla vita immediata — anche al di là dei suoi diversissimi connotati storici — si impone come una condotta forzata che, dal vertice del potere sociale (religioso, politico, giuridico, etico, economico), canalizza e razionalizza la violenza anomica dispersa nella moltitudine convertendola in forza ordinata a fini comuni a alcuni o a tutti, più o meno universali. Forza ordinata che, da quel vertice appunto, cala sui propri destinatari disciplinandone le condotte di vita. A questo fine l'eguaglianza (per alcuni o per tutti) è sempre stata un principio coesenziale alla natura della legge che, proprio in relazione al 'valore' sociale (storicamente variabile per estensione e contenuti) della stessa eguaglianza, violandolo come principio può definirsi 'ingiusta'. La giustizia (di cui le leggi dell'economia, del diritto, della politica e della morale possono apparire più o meno fornite o attrezzate a realizzarne la prestazione relazionale), infine, è una nozione che presuppone l'endiadi eguaglianza/disuguaglianza, nonché il discernimento di ciò che è uguale o disuguale e l'argomentazione per decidersi per l'una o per l'altra. Ad esempio, sul 'giusto' presupposto che gli uomini siano eguali, è

altrettanto giusto che un adulto sia considerato (sempre) eguale a un bambino? Che un uomo sia considerato (sempre) eguale a una donna? Che il lavoratore sia considerato (sempre) eguale al datore di lavoro? È facile comprendere come, pur prescindendo dalla precisa connotazione epocale del presupposto, le tre domande ‘elementari’ mostrano — connotando interi capitoli della storia morale, giuridica, politica, etica e economica — la complessità ‘astronomica’ (= considerare) che si nasconde nello stabilire o nel prescrivere o nel giudicare la giusta relazione di eguaglianza nella sfera della pratica.

Dunque, anche l’ente uomo, è pensabile nella sua unità/molteplicità. Il problema è, semmai, come vedere l’unità (che li avvicina, li assimila, li identifica e li eguaglia) e come lasciar sussistere la molteplicità (che li allontana, li differenzia, li distingue, li pluralizza). Nella definizione classica (non-moderna) dell’uomo, sempre più chiaramente in primo piano si imporrà la *koinonia* come il tutto organico, rispetto a cui le parti (singoli e gruppi) si ordinano nella teleologia che loro spetta nell’ordine universale. E l’ordine, in quanto paradigma del vivente (e la *koinonia* è vivente), significa anche ‘armonia’ (oltre che ‘bellezza’, ‘ornamento’, connotati dalla parola *kosmos*) come prodotto del plesso di capacità relazionali che integrano la virtù. Scriverà Platone, al culmine di una crisi radicale della ‘coscienza’ greca impersonata da Socrate in ‘lotta’ [*polemos* e *mache* sono i due sostantivi che aprono il *Gorgia*] con la ‘brutta’ persuasività dei maestri di retorica corrivi all’uomo ‘ingiusto’ (intemperante e preda della sfrenatezza dei desideri), ‘pleonettico’ e incapace di *koinonia*: « Dicono i sapienti, o Callicle, che sia cielo sia terra sia dei sia uomini sono legati da comunità e amicizia e regolatezza e temperanza e giustizia [costituiscono la comunità che include e amicizia e regolatezza e temperanza e giustizia] e tale tutto per queste ultime chiamano ordine, o caro, e non disordine (*akosmian*) né sproporzione (*akolasian*) » (1).

2. Dalla eugeneia alla dikaiosyne: il problema della democrazia.

Nell’universo aristocratico del VI secolo a.C., l’*eugeneia*

(1) *Gorgia*, 507e-508a.

(prima di declinarsi democraticamente in *autoctonia*) è ancora appartenenza di uomini alle stirpi tra cui avvenne la divisione originaria della terra in funzione di particolare eccellenza o virtù: «uomini liberi nati da genitori ragguardevoli» (Alceo). Costoro sono i 'buoni' (*agathoi, esthloi, gnorimoi*, ecc.), quelli di oscura nascita, invece, sono i *kakoi* che apparivano a Teognide invadere la città come «nuovi arrivati», sprovvisti, al pari degli animali selvatici a cui somigliano, di *dikai* e di *nomoi*. Nessuna *philia* è possibile tra buoni e cattivi perché essa è lecita soltanto tra omogenei e dunque nessuna 'concordia' (*homonoia*) poiché essa presuppone l'*homoiototes* come principio di unione naturale opposto all'*isotes* che è artificio produttivo di indifferenza rispetto a ciò che originariamente distingue, unità fittizia tra uomini eterogenei. La pretesa di artificio contenuta nell'*isotes* sembra riconducibile alla nuova ricchezza (mobiliare e mercantile) dei *kakoi*; ricchezza sradicata dalla terra e, perciò, fonte di *hybris*: la forza maligna che ha «mescolato le stirpi» (Teognide). I grandi contrasti che segnano la vita della polis aristocratica cercano soluzione, nel VI secolo, nella *eunomia* (legata alla figura del grande legislatore) essenzialmente concepita come freno alla tirannide che, in Solone, appare come *hybris* speculare alla *hybris* delle 'parti' contrapposte nella città dalla discordia. Il superamento della misura, il 'troppo' («nulla di troppo» è monito delfico) è causa di *dysnomia* (disordine e disgregazione dell'unità) che il 'sapiente' ha il compito di riportare con le leggi alla misura giusta ponendosi come *horos* al centro della contrapposizione («io [...] come in mezzo a due eserciti/mi sono posto tra loro a far da limite»), piantato nella terra e armato del *kratein* per armonizzare *bia* e *dike* («violenza e giustizia unendo/[...] mi aggirai come un lupo tra tanti cani») a correttivo della dismisura. L'ideale eunomico, di cui Solone è cifra eloquente, rappresenta dunque l'ordinamento giusto, la retta distribuzione tra le 'parti' che restano tali nella loro differenza, ma unificate come elementi costitutivi della polis. L'aristocrazia transcittadina predicata da Teognide, che svaluta l'unità della polis, viene realisticamente rifiutata da Solone in base alla convinzione che *hybris* infetta ormai sia i 'buoni' sia i 'cattivi' che necessariamente si fronteggiano nella città e tra cui bisogna stabilire *homonoia*. *Eunomia* non significa pertanto abolizione della differenza che separa gli omogenei (i *thesmoi* di Solone non aspirano all'*isotes* bensì alla *homoiototes*), ma

repressione della *hybris* che li contrappone facendoli straripare dalla giusta misura (oltre il limite): nessuna *isomoiria* è possibile perché la buona distribuzione deve essere rispettosa della *moira* divina (« [...] né mi piace/compiere alcunché con violenza tirannica, né dare/ai nobili come ai non nobili una eguale parte nella grassa terra della patria »). *Eunomia* è, dunque, buon ordinamento fondato sul ‘confinare’ tra le parti che permette la metabolizzazione del conflitto inscritto nella città. Il *kratein* che compare in Solone è l’arma di cui il legislatore si serve per tenere insieme (tramare, tessere: Giorgio Colli traduce armonia con trama) la differenza tra *bia* e *dike*, per porsi come *horos*, per riportare alla giusta misura le parti che traboccano per *hybris*: rispetto alla *eunomia* come prestazione di sapienza divina e pertanto impersonale, il *kratein* ha un valore puramente strumentale, ancora incapace di definire l’ordine della con-vivenza affidato al *nomos*. E ancora basata sulla predominanza del *nomos* sul *kratos* è l’apparizione dell’ideale isonomico che ha un significato più immediatamente politico connotando più il ‘peso’ politico dei cittadini che non la loro parte nella divisione originaria.

Mentre fino a Platone *dikaiosyne* è raro (se ne registra, però, un’occorrenza significativa in Teognide) e il termine *dike* (*dikai, dikaion*) tende generalmente a significare una relazione di obbedienza-applicazione di regole indisponibili da parte dei singoli, la *dikaiosyne*, si determina, con Socrate e il suo Allievo, in una nuova veste che lega strettamente interiorità e exteriorità della vita umana. La giustizia diventa così la virtù necessaria in vista della costituzione ‘retta’ sia dell’uomo singolo che della polis; e in quanto tale essa è virtù architettonica per eccellenza, volta cioè ad erigere costruendo. E, in quanto virtù architettonica, è anche il movimento necessario che porta alla *rettitudine intesa proprio come gerarchizzazione*. Ora, l’*orthos* e l’*orthotes* che sono figure della giustizia non hanno soltanto un significato metaforico, ma indicano anche una posizione nella *physis* che ha la sua cifra nella stazione eretta dell’animale uomo (la cui *orthotes* è inversa alla postura delle piante) in cui è reso presente il valore gerarchico delle sue membra e delle sue qualità: l’erigersi dell’uomo nella sua stazione ‘normale’ (ossia perpendicolare alla terra) rappresenta la retta sovra- e subordinazione di parti che dà senso al cosmo: l’ordine ascendente dell’essere. La giustizia perfetta è armonizzazione in vista del meglio, ossia della parte che eccelle

sulle altre: che delle altre è *kyrion*: è movimento di crescita verso l'alto, verso il sacro [*Critone*, 47d; *Cratilo* 412d ss.]. La democrazia sovvertirebbe ogni possibilità di *orthotes* perché rende difficile distinguere tra alto e basso: la *eleutheria* (che dovrebbe essere solo il punto di partenza minimale per essere parte della città, definendo la differenza con lo schiavo) diventa un attributo politico legittimante tutti a tutto nello stesso modo, da cui deriva che ognuno pensa di poter far tutto, trascurando la propria singola, peculiare destinazione: l'anarchia è il frutto della *polypragmosyne* indotta dalla semplificazione (= eguaglianza) delle necessariamente diverse qualità e proprietà del cittadino alla sola *eleutheria*. Da questo punto di vista, Platone resta il pensatore aristocratico per eccellenza: la visione protagorea, della diffusione *erga omnes* delle competenze necessarie per la vita politica, contraddice il suo punto di vista in maniera radicale.

Ma che significa aristocrazia in Platone? Certamente essa non ha nulla a che vedere con la concezione vetero nobiliare della lirica di Alceo o Teognide, o di quella che appare nella *Politeia* del Vecchio Oligarca. Anzi, proprio il paragone con il contenuto di questo scritto, la più antica testimonianza di prosa attica che ci è rimasta, può essere utile per una collocazione di Platone in una visione dell'aristocrazia diversa dalla tradizione che la *Costituzione degli ateniesi* ⁽²⁾ espone; una visione che non poco deve all'insegnamento socratico e all'esperienza di vita con il Maestro.

Il Vecchio Oligarca contrappone in maniera radicale e perenne le due forme di governo. Manca del tutto la visione di una spontanea trasmutazione (*metabole*) da una forma di governo all'altra; e manca, soprattutto, l'idea che i due tipi umani soggiacenti rispettivamente alla democrazia e all'aristocrazia siano in alcun modo assimilabili, confondibili, mescolabili. Risulterebbe, pertanto, aberrante, per il

(²) Per il testo mi riferisco a PSEUDO-XENOPHON, *Constitution of Athenians*, translated by G.W. Bowersock, in Xenophon, *Scripta minora*, trans. by E.C. Marchant, Cambridge Mass.-London, Harvard U. P., 1968, pp. 474-507. Per una bella resa in italiano, e una fine articolazione in forma di dialogo, si v. ANONIMO ATENIESE, *La democrazia come violenza*, a cura di L. Canfora, Palermo, Sellerio, 1982. Si v. anche il recente SENOFONTE, *Athenaion politeia. Il sistema politico degli Ateniesi*, a cura di E. Ferri, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2014.

Vecchio Oligarca, il solo pensiero di una ‘costituzione mista’ che, fondendo e confondendo uomini e principî tanto radicalmente diversi e estranei, corromperebbe una eterogeneità radicale con una innaturale possibilità di eguaglianza. La sua critica alla democrazia, perciò, è, senza alcun infingimento ideologico, una critica motivata dalla propria appartenenza a un’umanità che si reputa diversa da quella a cui appartengono coloro che formano il *demos*. Pertanto le ragioni del governo dei ‘migliori’ non possono non essere negate dal *demos*, perché è esistenzialmente altro dai ‘migliori’: il loro nemico. Perciò, per restare tali, i migliori *devono* essere « dovunque sulla faccia della terra [...] nemici della democrazia » (con ciò alludendo anche alla necessaria alleanza tra le aristocrazie delle diverse *poleis*, contro il comune nemico, come vera comunità al di là di ogni appartenenza cittadina). La critica alla democrazia, dunque, non presuppone un’idea universalistica della miglior forma di governo; anzi, per i ‘cattivi’ la democrazia è la miglior forma di governo possibile, così come per i ‘buoni’ lo è l’aristocrazia. E i ‘cattivi’, proprio ad Atene, dimostrano di saper governare nel migliore dei modi per garantire quegli interessi, quel tipo di vita, quel modo di comportarsi e di apparire peculiari ai ‘peggiori’. Migliorare la democrazia (dove il termine, anche greco, è intrinseco al punto di vista dei ‘migliori’) non risponde alle sue esigenze, anzi significherebbe « intaccare l’essenza stessa della democrazia »: perciò essa è una forma di governo che, per i migliori, va distrutta, non migliorata, perché, per i fini che si propone, ossia quelli dei ‘peggiori’, è la forma perfetta che, tolti alcuni ritocchi minimi, non consente alcuna miglioria, né tollera correttivi.

L’idea aristocratica di Platone, invece, parte dalla certezza che è possibile pervenire a una concezione della costituzione e del governo della *polis* tale che possa essere la migliore per tutti gli uomini. E che, anzi, proprio perché in vista di questo fine universale, può e deve essere ricercata una *technè*, ancora sconosciuta ai più, che si ponga al servizio di detto fine. Ma tale competenza, non ostante il fine universale che si propone — fine che la rende legittima e desiderabile, nonché razionalmente rigorosa (nei limiti delle cose umane), piuttosto che frutto arbitrario di artificiose e virtuosistiche semplificazioni sofistiche —, non può essere essa stessa universalmente accessibile. Essa non può che restare monopolio di ‘pochi’,

migliori degli altri non perché 'ben nati' ma perché 'ben riusciti'. 'Ben riusciti' in vista di una particolare 'forma di vita', che consiste nel dedicarsi, senza desiderarlo, a ciò che invece tutti desiderano, ossia il potere di governare gli altri, non nel proprio (come fanno i più), ma nell'altrui interesse. Il 'male necessario', che il liberalismo moderno ha promosso a *topos* indiscusso dell'ineliminabilità del potere politico, ha una radice o un precedente illustre in questa visione disincantata, ma anche disincarnata, dell'esercizio del potere, inteso a tal punto come tentazione da far risultare il tiranno il più spregevole degli uomini, il più severamente punito nell'al di là; e, per converso, inteso a tal punto come servizio da essere essenzialmente un sacrificio di sé agli altri nella radicale rimozione di ogni 'piacere' del comando che, se solo si percepisce come tale, è già sulla via della *pleonexia* tirannica.

Politica, dunque, come *techne*, competenza operativa, e *arche* come vocazione, chiamata a cui bisogna rispondere positivamente, per una prestazione pratica che, almeno in parte, esula dalla propria peculiare destinazione: il filosofo, infatti, non sembra destinato al comando ma al *bios theoretikos*, non alle *technai*, ma alle 'scienze', e soprattutto a quelle più perfette che esigono la continua pratica del pensiero. Egli, governando, fa qualcosa per cui non è nato: lo fa solo perché nessuno è in grado di farlo meglio di lui, e pertanto si offre distogliendosi da sé, facendosi quasi ingiustizia, per realizzare la giustizia di tutti e di ciascuno. L'eros del filosofo costretto al governo si esprime nel rigoroso piacere della giustizia che, solo poi, con le tecniche ben orientate, si fa carne, edifici, strade, storia.

L'uomo, per il pensiero greco che culmina in Aristotele, è un 'ente' mediano che abita nello spazio che la sua *deinotes* ha frapposto tra i bruti e gli dei. E solo all'uomo, proprio perché lo 'spaesante' per eccellenza, spetta, tramite il logos, la ricerca del bene e del male, del giusto e dell'ingiusto. L'uomo, perciò, si colloca tra due indifferenze zetetiche: quella dell'assoluta sensibilità, che culmina nella manifestazione fonetica del dolore e del piacere, e quella dell'assoluta noeticità che non ha bisogno di parole per comunicare la propria compiutezza; il logos perimetra lo spazio intermedio abitato dall'uomo nelle *koinoniai* che determinano la sua vita intermedia, e perciò aperta a due eccedenze: alla brutalità verso il basso e alla divinità verso l'alto. L'ordine della *zoe* risulta dalla tensione tra la

molteplicità delle forme di vita (*i bioi*) che si gerarchizzano tra questi piani (il piano vegetale, come inversione dell'*ortobotes*, di cui l'uomo nella sua postura è la cifra eminente, rappresenta una complicazione aristotelica non perfettamente risolta anche a livello dell'ordinamento psichico); e si gerarchizzano proprio nel senso che, per costituire il tutto dell'ordine stesso, hanno bisogno che ciascuna componente faccia la sua parte, assolva al suo ruolo (pulsionale, frenante, governante). L'uomo ha dentro di sé, nella psiche, il segreto del cosmo: la sua tripartizione è funzionale a un tutto che si regge per la reciprocità dell'azione di ogni parte, secondo il suo ruolo nel tutto, sulle altre parti. Per conseguire la felicità come *eudaimonia*, l'azione di governo (su di sé, sugli altri, sulla *polis*) non può essere semplicemente repressiva, ma deve tener conto della costituzione umorale e psichica del tutto di cui è responsabile. Armonia è parola che richiama il buon governo delle diverse parti che compongono il tutto: significa congiungere ciò che si oppone in modo che la giuntura (*hormos*) renda manifesta la complementarietà che può, a sua volta, essere a diversa dominanza.

La *eudaimonia* della *koinonia*, del singolo, non è che risultato del buon governo come dominio misurato (*metriotes*) delle parti migliori (quelle più elevate rispetto all'*orthotes*) sulle peggiori. La felicità è la buona *praxis* (*eupraxia*), in grado cioè di porre in essere quelle decisioni opportune (*phronesis*) ad assecondare il *daimon* del singolo rendendolo buono (*eudaimonia*). Vale a dire elevato quanto può ciascuno, singolarmente considerato, al cospetto della propria peculiare destinalità. Beato è solo il filosofo, ma felice in una *polis* felice può esserlo anche il mercante o il lavoratore a giornata, e in un *oikos* felice può essere felice anche il servo.

In questo che possiamo definire un ordine gerarchico l'eguaglianza/disuguaglianza ha senso solo rispetto ad alcune 'proprietà' che possano renderla significante: libertà (*eleutheria*), ricchezza, nobiltà, virtù, sapienza. Se l'uomo come *Gattungswesen* ⁽³⁾ è

⁽³⁾ Uso questo termine che ridonda nei *Manoscritti economico-filosofici* di Marx per il significato che esso dà alla definizione di uomo (*Mensch als Gattungswesen*): *die Gattung* (= un collettivo tenuto insieme, unificato, fuso da una proprietà essenziale comune), viene dal verbo *gatten* (*sich*) che significa *sich verbinden* (legarsi) o, ancora più intimamente, *sich paaren* (accoppiarsi nel senso fusionale o istituzionale); da cui pro-

politico, il singolo, nella *koinonia politike*, può essere libero o non libero, ricco o povero, nobile o plebeo, buono o cattivo (e in Aristotele, nella *politeia* storica, non c'è perfetta identificazione nemmeno tra buon cittadino e uomo buono) sapiente o ignorante, governante o governato; e questa comunità ingloba, come suo compimento, quella più originaria, l'*oikos*, in cui il tutto è frutto dell'armonizzazione dei ruoli padrone o servo, maschio o femmina, marito o moglie, padre o figlio. Tra queste polarità si definisce il posto di ciascun singolo nelle cerchie di vita che, per inglobamento (la polis ingloba la *kome*, la *kome* l'*oikos*) o opposizione (i *gene*, le tribù, le 'parti'), crescono dalla comunità domestica e culminano in quella politica in cui, se sana, riposa armonicamente la molteplicità unificata nel *bios politikos*. Un padre può essere povero, nobile, buono e un figlio ricco governante e cattivo: essi saranno uguali per alcuni aspetti e disuguali per altri, ma in essenza legati nelle comunità di appartenenza dalle necessarie funzioni dei ruoli che giocano. E i ruoli politici a loro volta rappresentano 'qualità' la cui signoria determina la specifica forma di governo che da tale signoria necessariamente discende. In questo senso, per Aristotele, la democrazia resta tale anche se a governare è un *demos* minoritario (non *plethos*). Infatti se la natura delle costituzioni dipende dal predominio di una di queste qualità, per quanto riguarda specificamente ricchezza e povertà « l'essere pochi o molti [signori della costituzione] è un elemento accidentale, l'uno delle oligarchie, l'altro delle democrazie, dovuto al fatto che i ricchi sono pochi e i poveri sono molti dovunque [...] ciò per cui differiscono tra loro la democrazia e l'oligarchia sono la povertà e la ricchezza » (1179b) ma, oltre, ancor più chiaramente leggiamo:

Non bisogna supporre però, come adesso alcuni fanno di solito, che c'è senz'altro democrazia dove il maggior numero (*to plethos*) signoreggia (anche nelle oligarchie e dappertutto la maggioranza domina [è l'argomento di scuola secondo cui all'interno di ogni 'corpo' o 'parte' o 'gruppo' o 'ceto'

vengono i due sostantivi *der Gatte* (lo sposo o il marito) e *die Gattin* (corr. femm.), la traduzione italiana, pertanto, di uomo come *Gattungswesen* dovrebbe rendere un significato del tipo « l'uomo va inteso come l'essere che si manifesta solo nella e attraverso la relazione di comunanza con gli altri uomini »: un essere, dunque, non 'generico', come pur è stato tradotto, ma appartenente a un 'particolare' modo di 'essere in relazione'.

o 'associazione, ecc. a decidere è sempre la maggioranza degli appartenenti]) e l'oligarchia dove pochi sono signori della città. Se ci fosse una massa di milletrecento persone e di costoro mille fossero i ricchi e non ammettessero alle magistrature i trecento, di povera condizione ma liberi e per ogni altro rispetto uguali, nessuno affermerebbe che costoro sono retti a democrazia: parimenti se i pochi fossero poveri, ma tuttavia più forti dei ricchi, di numero maggiore, nessuno chiamerebbe oligarchia siffatta forma di governo. Quindi bisogna piuttosto dire che c'è democrazia quando signoreggiano i liberi, oligarchia quando lo fanno i ricchi (1290a).

La democrazia è la forma di governo che riduce al minimo l'attrezzatura necessaria ai governanti (l'*eleutheria* come appartenenza ai liberi) togliendo valore ad ogni ulteriore disuguaglianza politica sul presupposto che la libertà che li rende uguali alle altre componenti della polis possa bastare a configurare una giusta costituzione. « Si pensa che il giusto sia uguaglianza, e lo è, ma non per tutti, bensì per gli uguali: anche la disuguaglianza si pensa sia giusta, e lo è, in realtà, ma non per tutti, bensì per i disuguali ». Uguaglianza e disuguaglianza sono entrambe necessarie alla pluralità di qualità, destinazioni, funzioni necessarie alle comunità in cui l'uomo per sua natura e con la sua specifica finalità è determinato a vivere. Ogni rivendicazione unilaterale dell'una o dell'altra rappresenta un principio di corruzione della polis.

Così la democrazia nacque dall'idea che quanti sono uguali per un certo rispetto, siano assolutamente uguali (e in realtà per il fatto che sono tutti ugualmente liberi pensano di essere assolutamente uguali), l'oligarchia dalla supposizione che quanti sono disuguali sotto un certo rispetto siano del tutto disuguali (e in realtà essendo disuguali nel possesso della proprietà suppongono di essere assolutamente disuguali). Perciò gli uni, essendo uguali, ritengono giusto partecipare in ugual misura di ogni cosa, mentre gli altri, essendo disuguali, cercano di avere sempre di più, e il più è disuguale (1301a).

3. *Dall'antico al moderno: Hobbes e Rousseau.*

Il pensiero antico presuppone (nel senso definito nell'introduzione) l'unità definitoria dell'uomo come *zo(i)on* (ossia il suo essere semplicemente vivente) alla sua declinazione nei possibili *bioi*, le molteplici 'forme di vita' in cui si calano le singolarità distinte, differenti e disuguali. Di conseguenza tali determinazioni, inessenziali per definire il genere come *Gattungswesen* (politico o domestico) non generico (è specifica la relazione che qualifica l'uomo

come *zo(i)on*), diventano essenziali per il funzionamento del tutto (*oikos* o *polis*) che determina una ‘forma di vita’ comune e relazionale (*bios oikonomikos* o *politikos*) proprio dall’articolarsi gerarchico delle singolarità nel tutto a cui sono determinate e che, come natura, presa nel significato di *telos*, governa, come l’origine che da sempre e per sempre gli viene incontro nel tempo, l’articolarsi stesso verso il suo compimento nell’ordine (*schema*, *taxis*, ecc.). Il pensiero moderno invece problematizza la pensabilità dell’umano come un tutto (*holos*) articolato in differenze diversità e disequaglianze, come *Gattungswesen*, che poi si declina in singolarità orientate al/dal *koinon*. La ‘genericità’ dell’uomo moderno (il suo essere pensato sotto la categoria dell’uno) tende a identificarsi con la più piccola unità, non ulteriormente divisibile (individuo), come campione generalizzabile dell’umano. Si dischiude la possibilità di pensare l’uomo come riferito soltanto alla sua individualità astratta, senza la necessità di pensarlo come ‘membro’ di un ordine ‘tessuto’ (Platone) di relazioni; e con ciò la singolarità perde il suo significato relazionale. E questa raffigurazione atomistica non vuole più tanto disegnare o prescrivere la natura dell’uomo desumendola dall’esperienza della vita e della storia, quanto, invece, riuscire a pensare l’uomo di natura, ossia l’uomo prima di ogni finalizzazione relazionale esterna che *ecceda* la sua individualità semplice. In questa eccedenza dalla propria natura si rende necessario lo stabilirsi delle relazioni con altro da sé: le relazioni sono un di più non strettamente connesso alla determinazione individuale (naturale) dell’uomo. Perciò la necessità di ‘istituzionalizzarle’ obbligando la natura individuale a farsi sociale o politica. Ma questa stessa eccedenza è ciò che più caratterizza l’umano denunciando la sua radicale eterogeneità rispetto agli enti naturali e in particolare agli altri animali ⁽⁴⁾, cosicché la natura

(4) Hobbes pensa l’uomo di natura come incapace di raccogliersi e muoversi insieme (*coire*), nel perseguimento del bene comune, con gli altri individui (a causa della radicale diversità di costituzione e di intenti) come, invece, proprio per natura, sono capaci di fare gli animali cc.dd. sociali o politici. Questi, pur non essendo in grado di stipulare patti, sono adatti a formare un ‘ceto’ tenuto insieme dal mero appetito naturale che inconsapevolmente li spinge, ciascuno con la sua volontà, verso il bene comune: « Non sunt tamen coetus eorum *civitates*, neque ideo ipsa animalia *politica* dicenda sunt; QUIPPE QUORUM REGIMEN CONSENSIO TANTUM EST, SIUE MULTAE VOLUNTATES AD UNUM OBIECTUM; NON (UT IN ciuitate opus est) una

dell'uomo in generale la si coglie solo nella negazione dell'animalità che naturalmente gli appartiene come risultato dell'artificio che porta dalla condizione naturale a quella sociale. Dove, nella prima tutti sono *egualmente* liberi (perché irrelati) — la libertà naturale all'uomo è il risultato dell'assenza di relazioni che, per i moderni, sono anche legami: essere libero perde definitivamente il significato di appartenenza a una comunità (anche trascendente) per acquisire quello di scioglimento e, similmente, l'eguaglianza perde il valore comparativo facendosi un corollario della nuova (inutile) libertà — e nella seconda, proprio attraverso la rinuncia totale o parziale a quella libertà autoreferenziale (in Rousseau addirittura autistica), si stabiliscono le dure ma necessarie leggi che determinano l'*origine de l'inégalité parmi les hommes* (5). La società viene intesa come sovra

voluntas » (*De Cive*, ed. H. Warrender, Oxford, Clarendon, 1983, P. II, cap. V, § V, p. 132) la società civile per Hobbes si ha solo con il passaggio dalla moltitudine all'*unio* come sostituzione della molteplicità delle volontà individuali con l'unica volontà del sovrano (ivi, §§ VI-VII, pp. 133-134). Ma lo stesso Grozio colloca l'*appetitus societatis* su un piano completamente diverso da quello della semplice animalità: GROTIUS, *De jure belli ac pacis libri tres, in quibus jus naturae et gentium, ita juris publici praecipua explicantur*, ed. J. Fr. Gronow e J. Barbeyrac, Amstelaedami, Janssonio-Waesbergios, 1735, *Prolegomena*, § 6: « nam homo animans quidem est, sed eximium animans, multoque longius distans a caeteris omnibus, quam caeterorum genera inter se distant: cui rei testimonium perhibent multae actiones humani generis propriae. Inter haec autem, quae homini sunt propriae, est appetitus societatis, id est communitatis non qualiscumque sed tranquillae, et pro sui intellectus modo ordinatae, cum his qui sui sunt generi ». Per quanto riguarda l'*appetitus societatis* in Hobbes v. sotto, in nota 6.

(5) Nel *Discours* Rousseau fa della libertà, indipendenza, solitudine e afasia dell'individuo il fulcro attorno a cui pensare la condizione naturale dell'uomo. È la relazione in quanto tale che determina dipendenza (e con essa la disuguaglianza), anche la relazione con Dio. Nemmeno l'uomo biblico è l'uomo naturale. Certo esistono 'qualità' naturali che legittimerebbero una *inégalité* non dovuta a società, come la forza, la salute, la pietà. « Ma, anche se la natura avesse assegnato nella distribuzione dei suoi doni tutti i privilegi (*préférences*) che si vuole, quale vantaggio avrebbero potuto trarne i più favoriti a detrimento degli altri in uno stato di cose che esclude (*qui n'admettroit*) quasi ogni forma di rapporto (*relation*) tra gli uomini (*entre eux*)? Là dove non esiste l'amore, a che servirebbe la bellezza? A che cosa servirebbe l'ingegno (*esprit*) a persone che non parlano, e l'astuzia a chi non deve concludere affari? Sento sempre ripetere che i più forti opprimono i più deboli; ma mi si spieghi che cosa significa questo termine oppressione. Alcuni che dominano con la violenza, altri che gemono atterriti a tutti i capricci dei primi: ecco esattamente ciò che osservo tra noi; ma non vedo come tutto questo potrebbe riferirsi a uomini selvaggi, ai quali si stenterebbe perfino a far capire che

e subordinazione di singoli consenzienti in base ad un progetto razionale di vita condiviso e stipulato tra individui 'eguali'. Il patto, frutto della stipulazione, crea un nuovo spazio di vita, uno spazio comune in cui il movimento non è più assoluto ma perimetrato e vincolato dalle leggi del sovrano. Questo, nel farsi effettivo, costituisce lo spazio comune del 'movimento' (= vita) possibile, in cui la moltitudine diventa unità (*unio*), ossia popolo. Il sovrano, sia esso la rappresentazione del popolo, la sua rappresentanza o il popolo stesso come unità, è deputato a porre in essere 'una' volontà, vincolante il movimento di tutti; deve creare l'ordine in cui l'uomo diventa uomo (ossia civile e sociale) rinunciando all'eguale libertà naturale. La società civile, nel rendere possibile il movimento di tutti (= la vita), crea anche la necessaria sovra e subordinazione che pacifica il *bellum*. La disuguaglianza, come attributo della società, diventa il connotato del nuovo ordine concepito come 'stratificazione' (in Hobbes la metafora del muro, l'immagine del Leviatano) e l'eguaglianza, come artificio giuridico, può essere solo il prodotto della legge sovrana che esonera dall'inutile libertà naturale.

Il moderno, dunque, nell'apparente semplificazione del discorso su eguaglianza/disuguaglianza attiva un dispositivo di pensiero il cui carattere distintivo si articola attorno a astrazione e presupposizione. La persona cristiana (alla cui configurazione, eccedente ogni gerarchia tralaticia, si imputa la radice dell'individualismo moderno) vuole eguaglianza davanti a Dio solo sul principio di fede nella filiazione dal Padre e fraternità in Cristo; essa, però, mantiene tutta la sua particolarità di uomo terreno nella disugua-

cosa significhino servitù e dominazione. Qualcuno (*Un homme*) potrà anche impadronirsi dei frutti che un altro ha raccolto, della selvaggina che questi ha ucciso, della tana che gli serviva da rifugio; ma come riuscirà a farsi obbedire (*comment viendra-t-il jamais à bout de s'en faire obéir*)? E quali potranno essere le catene della dipendenza tra uomini che non posseggono nulla? » (*Discorso sull'origine e i fondamenti dell'ineguaglianza tra gli uomini*, trad. it. di V. Gerratana, Roma, Ed. Riuniti, 1968, P. I, p. 129). Il *Contratto* sarà il tentativo di pensare, attraverso il processo di totale alienazione (della particolarità) di ciascuno nell'omogeneità del tutto, una quasi autoreferenzialità di obbedienza e dipendenza che non sarà più una relazione di sovra e subordinazione dell'uomo all'uomo, ma la restituzione appropriata di ciascuno a se stesso, una seconda natura, in cui per sempre viene imbrigliato il demone della *perfectibilité* (ivi, p. 110) che, pur se naturale in sé, la società scatena senza riuscire a porlo al servizio di tutti.

gianza delle relazioni sociali, ma fa salva nell'uguaglianza davanti a Dio anche la sua singolarità irripetibile di figlio e fratello che, attraverso l'amore come relazione infinitamente a due nella verticalità della relazione a Dio e nell'orizzontalità della relazione col prossimo, vuole travolgere e capovolgere la gerarchia tradizionale. L'individuo moderno radica l'uguaglianza 'naturale' nell'astrazione da ogni particolarità esistenziale che localizzi la sua vita, astrazione da ogni relazione che tenga insieme uomo e mondo. L'uomo naturale è pensato come movimento assoluto, in uno spazio senza 'luoghi', assoluto anch'esso proprio perché sciolto, libero da ogni localizzazione. In tale spazio anche la vita umana è 'assoluta', sciolta da legami, anzi la misura della 'scioltezza' è misura della naturalità. Ma lo scioglimento della vita da ogni possibile riferimento a luoghi, cose, uomini, dei, sottrae l'atomo di vitalità al mondo. E questa dimensione antropologica ha un fondamento psicologico. Il 'mondo' dell'uomo naturale è tutto spostato dentro di sé: in Hobbes è la contezza della propria struttura pulsionale, essenzialmente prevaricatrice per bisogno di moto (vita) onnidirezionale (*ius* senza *lex*), a rendere ostile, sul presupposto dell'uguaglianza, la possibile relazione con l'altro, che mi assomiglia, in uno spazio di movimento comune. Non posso pensare che l'altro non abbia dentro di sé ciò che io stesso percepisco in me come determinante la mia vita (il mio movimento), ossia la mia natura. È me stesso che temo nell'altro: ciò che in me produce 'speranza' (di vita), nell'altro mi provoca 'paura' (di morte), ciò che in me è desiderio nell'altro è minaccia. Questa uguaglianza percepita da ciascuno come radicale rende il 'comune' che ci aspetta fuori di noi, terrifico. Comunicare, allora, significa farsi guerra.

L'individuo naturale moderno è una forclusione interiorizzata del 'comune', tanto potente da far apparire l'individuo senza-mondo, non per essenza ma per sottrazione della e dalla comunità di vita. E questa assenza di mondo, che è il risultato della operazione di sottrazione ('scienza') dell'uomo alle relazioni costitutive, viene posta prima del mondo degli uomini (storia) destituendolo così di fondamento ontologico. L'impossibilità storica ed empirica dell'uomo senza-mondo, in quanto ente che non c'è (nel senso di non-esistente) perché uomo e mondo stanno insieme, diventa la ragione possibilante il corretto pensiero del mondo in cui

l'uomo si dà come uomo: l'uomo naturale è pensabile come criterio dell'eguaglianza perché è il 'non' dell'uomo civile; 'non' che, però, non lo fa animale allo stesso titolo dell'armento che nel suo *co-ire* naturale con gli altri armenti manifesta la sua povertà di mondo. Quel 'non', più che una semplice negazione, è una decisione, un costruito, che nel porre il 'non' lo determina come sua 'proprietà' esclusiva (la nullità animale è il presupposto della sua 'dignità' di mera potenza rispetto agli stessi animali). L'unificazione dell'uomo, allora, appare possibile solo come unificazione dei molteplici uomini nel nulla dell'uomo: l'uomo-criterio (non è 'idea', ossia l'unità conseguita 'muovendosi' nel molteplice) è il niente che si deve conseguire per permettersi di pensare gli uomini come eguali. L'eguaglianza degli uomini si raggiunge, nel moto dell'avvicinare che unifica, solo nel niente ontologico come decisione, costruzione astrattiva di un artificio, che corrisponde all'uccidibilità della vita nella sfera fisica. L'uguale come ni-ente è l'origine che viene incontro all'uomo nell'assolutezza dell'eguaglianza moderna.

L'idea antigierarchica che inaugura, distaccandosi da quella cristiana, la visione moderna della uguaglianza/disuguaglianza tra gli uomini è espressa in maniera esemplare nell'immagine con cui Hobbes illustra la legge di natura (quarta in *De cive*, quinta in *Leviathan*) che prescrive di adattarsi agli altri (*commoditas, compleasance*):

Gli uomini nel consociarsi (*ad societatem ineundam*) hanno una diversità di intenti (*diversitatem ingeniorum*) che nasce da una diversità di sentimenti (*affectuum*), non dissimile da quella che si trova nelle pietre da costruzione (*in lapidibus ad aedificandum comportatis*) a causa della diversità di forma e composizione (*materiae et figurae*). Infatti, come una pietra di forma irregolare ed angolosa (*prae figura aspera et angulosa*), che porta via più spazio alle altre di quel che essa non riempia, e che per la sua durezza (*prae materiae duritiae*) non si può né tagliare né comprimere (*neque... comprimi vel secari facile potest*), e quindi non permette alla costruzione di avere la necessaria compattezza (*nec compaginari aedificium sinit*), vien gettata via come inutile (*tamquam incommodus abiicitur*); così un uomo che per la sua prepotenza (*prae ingenii asperitate*), avendo per se quanto gli basta e gli avanza (*retentis superfluis sibi*), vuol togliere agli altri il necessario, e non si può d'altra parte correggere perché manca di ogni sensibilità (*neque prae affectuum contumacia corrigi potest*), suol dirsi inutile e molesto (*caeteris incommodus molestusque dici solet*) ⁽⁶⁾.

(6) La traduzione utilizzata è quella di Norberto Bobbio: HOBBS, *Elementi filosofici sul cittadino*, Torino, UTET, II ed. riveduta e accresciuta (I ed. 1948), 1959, p. 117.

Gli uomini sono qui colti da Hobbes nell'atto del consociarsi, in una condizione intermedia che non è più l'isolamento naturale ma non è ancora la società: quella della moltitudine non 'compaginata'. E anche qui, nell'ammasso di pietre « *comportatae* » e casualmente ammucciate dalla sorte o dalla lotta, compare un embrione di sovra e subordinazione, ma assolutamente effimero perché la forma e la materia di ciascuna pietra non è ancora stata compressa e tagliata in funzione della maniera adatta a erigere l'*aedes*. La « *compaginatio* » consiste proprio nell'operazione di compressione e taglio, proporzionali alla durezza della materia e all'asperità della forma di *ciascuna* pietra, finalizzati a tramutare le differenze naturali degli individui in un ordito di sovra e subordinazione, oltre che giustapposizione, che definisce la disuguaglianza necessaria alla finalità dell'edificazione. L'edificazione stabilizza la verticalità come ordine non effimero (perché costruito) delle relazioni tra le singole pietre, ciascuna costretta ad adattarsi a ciascun'altra ⁽⁷⁾ prima di potersi dire partecipe di un edificio comune. Il 'bene comune' dell'*aedificatio* si percepisce solo alla fine dell'operazione, se le pietre sono ben compaginate e la verticalità regge. È dunque dall'adattamento (*commoditas*) al calcolo razionale che sorregge l'azione dell'edificare che ciascuna pietra deve, in relazione con le altre, lasciarsi attribuire il proprio spazio e la propria posizione nella verticalità dell'ordine. E il calcolo sarà razionalmente corretto se saprà utilizzare al meglio ogni singola pietra approfittando della diversità di intenti di forma e di materia, tagliando e comprimendo in proporzione alla reciproca adattabilità.

Se prendiamo sul serio questa immagine della statica, per così dire, dell'edificio sociale (immagine che costituisce una variazione della figura sul frontespizio del Leviatano la cui *textura*, fatta di

(7) La *comportatio* delle pietre equivale al mero *congressus*, possibile anche nella condizione di natura, che, però, non costituisce società e può essere generato da *appetitus congressus* che, per Hobbes, è cosa radicalmente diversa dall'*appetitus societatis*. La società, come frutto di un calcolo razionale di rinuncia di ciascuno alla propria volontà individuale, non è un semplice stabilire relazioni per il piacere della compagnia, essa è la sovra e subordinazione degli individui unificati dall'obbedienza alla volontà del sovrano: « *Itaque homines alterum alterius congressum natura cogente appetere non nego. Societates autem civiles non sunt meri congressus, sed Foedera, quibus faciendi fides et pacta necessaria sunt* » [cors. dell'Ed.] in *De Cive*, cit., cap. I, § II, p. 92.

piccoli uomini, è simile a un muro di pietre ordite verticalmente), dobbiamo chiarirci meglio il significato dell'assoluta eguaglianza naturale degli uomini predicata da Hobbes non tanto in relazione alla mortalità come destino, bensì riguardo all'uccidibilità come accidente da cui nessuno, in natura, può dirsi al sicuro. È proprio questa accidentalità che rende ogni sovra e subordinazione 'naturale' altrettanto accidentale e provvisoria conferendo all'eguaglianza che ne deriva una sua radicale inessenzialità relazionale: l'eguaglianza naturale significa soltanto la possibilità di non obbedire a nessuno, il che per Hobbes significa non intrattenere relazioni sociali. Nella condizione naturale l'uomo è reso incapace di far valere le differenze e diversità di « forza fisica, esperienza, ragione e affettività » come disuguaglianza effettiva e perciò pacificatrice dei possibili 'congressi', perché oblige.

Ma, oltre a questa eguaglianza definibile come inessenzialità delle disuguaglianze naturali, che rende impossibile ogni soggezione ordinata nello stato di natura, il fondamento stesso della possibilità di pattuire efficacemente la costituzione del sovrano si determina rendendo efficace la legge di natura che *prescrive* l'uguaglianza. I passi omologhi di *De cive* e *Leviathan* sono notissimi, ma la loro ambivalenza, il doppio messaggio che essi contengono, li sovraccaricano di significato in questo contesto spingendoci a leggerli ancora una volta.

In *De cive*, III, XIII: « Quaestio uter duorum hominum dignior sit, non ad statum naturae, sed ad statum civile pertinet [...] inaequalitate quae nunc est, puta a diuitiis, a potentia, a nobilitate generis, profectam esse a *lege ciuili* »: le 'qualità' aristoteliche, in questa affermazione epocale ⁽⁸⁾, sono esigenze o opportunità meramente legali finalizzate all'ordine civile imposto dal sovrano; ma più interessante per il nostro discorso è quanto Hobbes argomenta, non solo in base alla ragione ma facendo un non scontato richiamo all'esperienza (lo stato di natura, il conflitto, è sempre latente!), « nessuno è tanto stupido da non pensare (*ut non [...] arbitretur*) che

(8) Che ripete, in forma attenuata, la terribile definizione dell'uguaglianza naturale di *De cive*, P. I, cap. I, § III: « Aequales sunt qui aequalia contra se inuicem possunt; At qui maxima possunt, nimirum occidere, aequalia possunt. Sunt igitur omnes homines natura inter se aequales. Inaequalitas quae nunc est, a lege ciuili introduca est ».

sia meglio essere sottomessi a sé stessi che ad altri (*rectius [...] sibimet se quam aliis regendum tradere* — si noti come il punto di partenza del giudizio pratico è sempre strettamente individuale). E se scendono in campo tra di loro i più saggi e i più forti, non la spuntano che raramente i primi. Dunque, o ammettiamo che per natura gli uomini siano uguali tra loro, e allora bisogna riconoscerne l'eguaglianza (*agnoscenda est aequalitas*); o ammettiamo che siano disuguali, e allora, poiché subito si metterebbero a lottare tra di loro per sopraffarsi (*quia certaturi sunt de imperio*), è necessario, per raggiungere la pace, che siano considerati uguali (*necessarium est ad pacem consequendam ut pro aequalibus habeantur*) »⁽⁹⁾. Il presupposto (nel senso kelseniano di *Voraus-Setzung*) dell'operatività della legge naturale come condizione costituente dell'ordine civile è l'abrogazione delle disuguaglianze naturali, vere o presunte, attraverso o la determinazione stipulativa dell'uguaglianza o la sua 'fictio', in vista della disuguaglianza civile determinata dalla *potestas regendi* dell'« imperium » sovrano. Il passaggio dalla condizione naturale alla società civile è passaggio dall'inutile lotta per la disuguaglianza individuale all'accettazione della disuguaglianza sociale: il bordo, il confine tra le due disuguaglianze è l'uguaglianza risultante dalla sospensione normativa delle disuguaglianze effimere (sospensione della guerra) in vista dell'ordine pacifico. Prima della (necessaria) disuguaglianza sociale, perciò abbiamo due forme di uguaglianza, una dovuta alla fragilità della vita, l'altra dovuta alla forza della ragione — entrambe fugaci. Tuttavia mentre una è negatrice di ogni

(9) *Elementi*, cit., pp. 119-120; *De Cive*, cit., pp. 113-114. Cfr. *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato* (Common-Wealth) *ecclesiastico e civile*, trad. it. A. Pacchi con la coll. di A. Lupoli, Roma-Bari, Laterza, 1998, P. I, cap. XV dove, nell'argomentazione in vista della nona legge di natura, ancora più chiara è l'inessenzialità di ogni possibile disuguaglianza naturale ai fini della relazione pacifica: « se la natura ha fatto gli uomini uguali, questa uguaglianza deve essere riconosciuta (*is to be acknowledged*); oppure, se li ha fatti disuguali, questa uguaglianza deve essere parimenti riconosciuta (*must be admitted*), poiché gli uomini, ritenendosi uguali, non entreranno in uno stato di pace se non a uguali condizioni. Quindi pongo questa come nona legge di natura: *ognuno deve riconoscere l'altro come uguale a sé per natura* (every man acknowledge other for his Equal by Nature) » (p. 125) non è senza significato la scomparsa del *must* nell'enunciato prescrittivo finale: l'efficacia della norma dipende dall'osservanza del dovere (morale) di abrogazione delle disuguaglianze e la sua validità riposa sul presupposto normativo dell'« ammissione » dell'eguaglianza come principio.

ordine, l'altra è il presupposto stesso del processo costituente della società civile.

Ho appena accennato a un aspetto che ora va meglio esplicitato: lo scardinamento moderno della struttura gerarchica dell'ordine, sostituito dalla coppia eguaglianza-disuguaglianza, sovra e subordinazione, comando-obbedienza, ha a che fare con una attribuzione ontologica di una proprietà che appare indiscutibile (perché teologicamente tale) attributo dell'individuo per diritto naturale, ossia la libertà. Lo stesso Althusius, che ancora non considera una condizione naturale diversa dalla vita politica intesa come simbiosi, e che ancora presenta fortissimi tratti di pensiero gerarchico, afferma con grande chiarezza il principio secondo cui, per il diritto naturale, nessuno è costretto all'obbedienza senza il proprio consenso e, pertanto, ciascuno è libero ⁽¹⁰⁾. Hobbes, che invece pone lo stato di

⁽¹⁰⁾ ALTHUSIUS, *Politica methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata*, 2. Neudruck der 3. Auflage (Herborn, 1614), Aalen, Scientia Verlag, 1981, spc. XVIII, *passim*, ma in part.: « Jure naturali omnes homines sunt aequales [...] et nullius jurisdictioni subjecti, nisi ex suo consensu et facto voluntario, quo se imperio alieno subjiciant, et in aliu(m) jura sua transferat, quae nec alius sine titulo justo a domino eorunde accepto sibi vindicare potest » (§ 18, p. 282). All'origine del genere umano, origine che non coincide con alcuno stato di natura, gli uomini potevano anche vivere senza 'rectores', ma la storia umana è anche storia sacra e le potestà terrene hanno una radice celeste: « Deum vero optimum maximum hanc constituendi et eligendi potestatem et necessitate imposuisse universitate politicae [...] Per me [A. cita direttamente la parola rivelata] reges regnant, et legum conditores justa decernunt [...] [e conclude con Paolo] Non est enim potestas nisi a Deo. Et quae potestates sunt, a Deo sunt ordinatae. Itaque quisquis se opponit potestati, Dei ordinationi resistit » (§ 20, p. 283). La libertà che residua (per diritto naturale) non riguarda, pertanto, il necessario inquadramento in una comunità politica (e, per A., che rifiuta la nozione antica di 'economica', è tale anche la famiglia che, anzi, attraverso l'esemplarità della figura paterna impronta tutta la gerarchia delle *potestates* fino all'esercizio della *summa*) ma soltanto la scelta tra i diversi possibili tipi di regime o forme di governo (che, per altro, non possono mai essere 'pure', ma, per essere sane e durevoli, 'miste'). Non solo ma l'unificazione gerarchica del molteplice in unità organiche è un tratto che unisce l'intero creato, oltre che la natura simbiotica (= politica) dell'uomo: « In elementis unum in mixtis dominetur necesse est. Sic igitur imperare, regere subijci, regi et gubernari, consentanea sunt juri naturae, divino et humano » (§ 22, p. 284). Ciò che è contro natura è l'*ataxia*: « Ordo enim necessarius in omnibus, adeo ut conservatio et duratio rerum omnium consistat in ordinationis et subjectionis concordia, et aequali diverso rum hominum temperamentum et harmonia, ex *ataxia* vero et anarchia, confusio et calamitas proveniat, qua Deus hanc [...] consociationem quandoque punire solet » (*ibidem*): « Ubi non est gubernator, populus corrui

natura come il necessario orizzonte di pensabilità della società civile, in quanto sua radicale *eductio*, considera la libertà (e *Libertas* è il titolo della prima parte del *De cive*) come la condizione che più lo caratterizza, essendo la guerra soltanto una conseguenza della condizione ‘naturale’ di assoluta (absoluta) libertà. L’idea di scioglimento da ogni legame che questa nozione di libertà esibisce ha a che fare strettamente col *moto*: libertà è solo ed essenzialmente la libertà di muoversi senza impedimenti. Ma la stessa vita è moto: moto acquisitivo per conservarsi e crescere. E *ius*, infine, è la possibilità di realizzare il moto (= la libertà) che definisce la vita. Vita significa movimento, libertà significa non impedimento al moto, *ius* significa titolarità della stessa libertà attraverso cui la vita si manifesta. Se, perciò, la libertà è la manifestazione della vita, essere liberi ed essere vivi è la stessa cosa: questa è la base più solida dell’eguaglianza dei moderni, pensare la libertà come un attributo della vita prima di ogni « legame ». Lex, infatti, per Hobbes non insiste nella semantica di *ius*, bensì in quella del suo contrario: *lex* (da *ligari*, ripete Hobbes) significa legame, vincolo al movimento, suo impedimento o sua canalizzazione. Lo stato di natura perciò non è altro che la vita degli individui sciolta da legami, nella sua assoluta potenza effusiva che, in quanto tale (*dynamis*), tocca a tutti egualmente. Ma nella effettività della singola esistenza proprio questa potenza minaccia la vita stessa. Senza legami la vita da un lato si dissipa nell’insensata ricerca della

[...] nam ferocia et superbia effraenis, opus habet directore et gubernatore, ne ea seipsum homo perdat, et sibi omnia licere putet [...] Quae cum ita sint, recte concludo, anarchia pugnare cum recta ratione et jure naturali, et ideo damnandam » (§§ 23-24, ivi). Sul punto cfr. ivi, cap. I, §§ 26 (sulla varietà umana come ricchezza da mettere a frutto con la gerarchia), 32 (sulla natura ‘civile’ dell’uomo), 34 (sulla naturalità della gerarchia), 35 (sulla varietà-diversità del mondo che in assenza di ‘governo’ provocherebbe lo scontro di poteri uguali ed opposti), 36 (sull’*harmonia*), 37: « Quod si vero omnes aequales, singulique pro arbitrio vellent alios regere, et allii recusarent regi, hinc facilis esset discordia, et discordia dissolutio societatis: nullus esset gradus virtutis, nullus meritorum, et sequeretur, ut ipsa aequalitas esset summa inaequalitas » (p. 11). Dunque, la condizione che in Hobbes definisce la condizione dell’uomo di natura è il segno, in Althusius, della fuoriuscita dell’uomo dalla sua condizione naturale (= la politica) che può configurarsi addirittura come castigo divino. Così l’uomo isolato, senza il complesso di relazioni gerarchiche che lo sostengono, è anch’esso, non l’uomo di natura, bensì una anomalia che nessun credo religioso può legittimare, v. ivi § 25 (la condanna della monastica dell’eremita « sine certo lare, foco vel domicilio », p. 8).

felicità ⁽¹¹⁾, dall'altro si espone alla morte violenta a causa della presenza delle altre individualità 'libere' nel moto acquisitivo degli stessi beni che non tutti possono godere. Lo spazio del movimento di vita è lo spazio dello scontro: esso costituisce il luogo del *bellum* che l'uguale libertà istituisce. La paura, la ragione, le leggi di natura sono i primi vincoli che l'individuo trova dentro di sé, ma essi sono vincoli fragili perché affidati alla migliore o peggiore disposizione naturale di ciascuno a lasciarsi vincolare (le pietre già per natura sono più o meno adatte a costruire l'edificio), ancora una volta possiamo definirli come *Voraussetzungen* del tessuto legale dello spazio civile. Solo il tipo di legge 'posta' dal sovrano è in grado di vincolare effettivamente il movimento dei corpi (l'uguale libertà, inutile e rischiosa) rendendolo funzionale alla vita di tutti (rendendo la vita sicura e quindi possibile), perché canalizzato in modo tale da evitare lo scontro. *Ius* resta la possibilità di muoversi solo negli spazi consentiti e nelle direzioni indicate dove, sulla base di un ordine del movimento che, abrogando l'uguale libertà di tutti, predispone piste percorribili pacificamente, potrà continuare la gara di corsa che identifica il senso della vita (« abbandonare la pista è morire ») nel tempo della disuguaglianza dei moderni.

⁽¹¹⁾ HOBBS, *Leviatano*, cit., P. I, cap. XI: « la felicità (*felicity*) di questa vita non consiste nel riposo di una mente soddisfatta. Non si dà infatti in questa vita né un *finis ultimus* (scopo ultimo) né il *summum bonum* (il massimo bene) di cui si parla nei libri degli antichi filosofi morali. Un uomo, i cui desideri abbiano raggiunto un termine, non può vivere più di un altro in cui si siano fermate le sensazioni e l'immaginazione. La felicità è un continuo progresso del desiderio da un oggetto ad un altro, dove il raggiungimento del primo non è altro che la via per il conseguimento del secondo » (p. 78): « Il *continuo successo* nell'ottenere quelle cose che di volta in volta si desiderano, cioè la continua riuscita (*continual prospering*) è ciò che si chiama FELICITÀ. Mi riferisco alla felicità di questa vita, perché finché viviamo quaggiù non esiste nulla di simile ad una perpetua tranquillità di spirito » (cap. VI, p. 51). Ma con maggior forza letteraria e metaforica in *Elements of Law Natural and Politic* (ed. Toennies, London, 1889), trad. it. (della 2^a ed., Cambridge, 1928) *Elementi di legge naturale e politica*, di A. Pacchi, Firenze, La Nuova Italia, 1968, P. I, cap. IX, Hobbes paragona, in un riuscitissimo esercizio di mnemotecnica panottica sulle passioni umane (« possiamo grazie ad esso [paragone] sia vedere che ricordare quasi tutte le passioni »), la vita umana ad una gara di corsa, sul presupposto stipulato col lettore che « dobbiamo supporre che questa corsa non abbia altra meta, né altro premio che star davanti »: qui la felicità viene identificata con la pura e semplice velocità: « Superare continuamente quelli davanti, è felicità: E abbandonare la pista, è morire » (pp. 75-76).

L'accusa di Rousseau allo stato di natura hobbesiano è di realismo ingannevole o ingenuo, o meglio ingannevolmente ingenuo. Hobbes trasferirebbe l'uomo aggressivo e corrotto dalla società in una condizione, la guerra, che negherebbe proprio la 'naturalità' dell'uomo⁽¹²⁾. Tale naturalità va pensata, e può essere solo pensata, in una pacifica, timida e soddisfatta condizione di perfetto equilibrio nell'individuo tra le sue forze proprie e i bisogni della sua natura. Nella natura di Rousseau la vita del singolo è assolutamente irrelata, senza alcuna società, nella totale identità di condizione che, proprio per l'assenza di qualsiasi legame, nasconde ogni possibile diseguaglianza. Eguaglianza e ineguaglianza sono pensabili solo nella società.

Il meccanismo di rigenerazione 'politica' della volontà, attraverso la sua alienazione che la trasfigura da individuale in generale, viene, com'è noto, perfezionato da Rousseau, che la restituisce al singolo cittadino nell'atto del volere il 'non' della volontà propria (il 'non' del proprio interesse), di semplice individuo eguale a ogni altro nella negazione del proprio particolare. Il 'comune', che definisce la volontà generale, è la « somma delle differenze » (*Du contrat social*, L. II, c. III) che motivano le singole volontà. Mentre infatti la volontà di tutti è la somma di una 'moltitudine' di volontà particolari che potenzia la 'particolarità' degenerativa del compromesso politico e dell'egoismo sociale, la volontà generale non rappresenta altro che la propria non-particolarità (come opposizione, perciò, all'interesse 'proprio' di ogni singolo nell'interesse comune) di cui nessun individuo o gruppo (anche la maggioranza, se si presenta come 'società parziale'), in quanto tale, può essere titolare: l' 'autorità' (nel senso autoriale di Hobbes) del corpo sovrano non necessita di alcun 'attore' che la 'impersoni', perché il popolo, costituito dalla volontà generale, ne resta l'esclusivo titolare in quanto 'corpo collettivo', legittimato a delegare il potere (i poteri?) della volontà (le funzioni come 'magistrature') ma non la volontà stessa che, ancorché depositata nella legge, resta nella costante attualità del volere del corpo sovrano (in quanto suo 'presupposto') che non si fa mai

(12) Sul punto si v. in particolare gli *Scritti sull'Abbé de Saint-Pierre*.

‘voluto’ (13). In *Du contrat social*, che s’interessa principalmente della filosofia del diritto pubblico (o, come suona il sottotitolo, dei *Principes du droit politique*), Rousseau, solo di sfuggita, guarda alla sfera di vita del cittadino che potremmo definire ‘privata’. Diversamente da Hobbes che tende a ‘privatizzare’ (o spoliticizzare) quanto più possibile la vita degli individui nella ‘società civile’, Rousseau, nella sua ‘applicazione’ della ‘libertà degli antichi’ in vista del suo progetto di comunità politica, usa il paradigma olistico di quella libertà come farmaco alla condizione umana del suo tempo, e perciò pensa, nel *Contratto*, la sfera privata come un residuo di vita, quanto più possibile eterogeneo e remoto dalla sfera pubblica, affidato al ‘diritto naturale’ per tutto ciò che il corpo sovrano non considera importante sia messo in comune.

Ma, oltre alla persona pubblica — scrive Rousseau riferendosi al ‘corpo politico’ (= ‘persona morale’= Stato o città) dotato di potere assoluto su tutti quelli che sono come le sue membra; esse stesse, in quanto restano tali, da considerarsi pubbliche —, noi dobbiamo considerare le persone private che la compongono, la vita e la libertà delle quali sono naturalmente indipendenti da essa (*naturellement indépendantes d'elle*). Si tratta dunque di distinguere bene i diritti rispettivi (*droits respectifs*) dei cittadini e del sovrano, e i doveri che devono adempiere i primi in qualità di sudditi (*et les devoirs qu'ont à remplir les premiers en qualité de sujets*), dal diritto naturale di cui essi devono godere nella qualità di uomini (*du droit naturel dont ils doivent jouir en qualité d'hommes*).

L’individuo, dopo il ‘contratto’, acquisisce due qualità rilevanti per due diversi ‘diritti all’eguaglianza’: la (particella di) sovranità del cittadino nel tutto del corpo politico e la sua soggezione, singolar-

(13) Nel senso fondativo, raro, aurorale e costituente che in Rousseau ha l’opera del legislatore, il legislatore stesso manca di qualsivoglia autorità (da tale nozione, tutta pubblicistica o politica, si esclude il *génie* e la *sagesse* che sono le doti irrinunciabili del ‘vero’ legislatore e che noi, oggi, ascriveremmo all’autorevolezza personale): più precisamente « n’a [...] ou ne doit avoir aucun droit législatif » (II, VII). Da tale prescrizione discende la famosissima e, con buone ragioni, discussa affermazione: « Ainsi l’on trouve à la fois dans l’ouvrage de la législation deux choses qui semblent incompatibles: une entreprise audessus de la force humaine et, pour l’exécuter, une autorité qui n’est rien ». Nel ‘redigere’ l’enunciato della legge il legislatore è, anch’egli, un ‘esecutore’ della volontà generale che, anche se approva la legge in un momento successivo, è il ‘presupposto’ della sua opera. Perciò sarebbe auspicabile che « l’esprit social, qui doit être l’ouvrage de l’institution, présidât à l’institution même; et que les hommes fussent avant les lois ce qu’ils doivent devenir par elles » (ivi). Essendo ciò irrealistico, tale ‘esprit’ deve essere ‘presupposto’.

mente considerato, nello stesso diritto politico che, come suddito, lo assoggetta alla libertà comune della volontà generale ⁽¹⁴⁾, sono la doppia condizione necessaria perché l'uomo, che il cittadino continua a essere, possa godere del proprio 'diritto naturale'. In tali rapporti 'privati', non può intervenire la legge come volontà generale, perché essa, nel fronteggiare un cittadino in quanto privato, nel riconoscerlo come titolare di una volontà e di un interesse particolari, si fa particolare essa stessa: non è più il tutto che si rivolge a tutti in modo uguale, ma il tutto divenuto parte per incompletezza (Rousseau insiste che per aversi volontà generale non è necessaria l'unanimità — tranne che nel patto costitutivo — ma è sufficiente la maggioranza, sono tuttavia necessari 'tutti' i voti, proprio perché anche la mancanza di un voto non rende tutto il tutto, ma parte ⁽¹⁵⁾)

⁽¹⁴⁾ Il punto di massima tensione con Hobbes è nella rappresentazione del 'terzo', rispetto ai contraenti, a favore del quale si converrebbe l'uscita dallo stato di natura: la formazione del corpo politico, in quanto *être collectif*, non è una 'rappresentazione' che 'impersona' un popolo che non esiste. « Se [...] il popolo promette soltanto di obbedire (*promet simplement d'obéir*), si dissolve in quest'atto se stesso (*il se dissout par cet acte*), e perde la sua qualità di popolo (*il perd sa qualité de peuple*); nell'istante in cui si dà un padrone (*à l'instant qu'il y a un maître*), non c'è più sovrano (*il n'y a plus de souverain*), e da quel momento stesso il corpo politico è distrutto (*et dès lors le corps politique est détruit*) » (L. II, I).

⁽¹⁵⁾ L'esigenza che 'tutti' siano presenti è conseguenza della radicale eguaglianza politica dei singoli componenti del 'corpo' legislativo, eguaglianza nella comune cittadinanza che rende ogni cittadino una frazione di sovranità che non può (non deve) sottrarsi al tutto anche se può votare contro la maggioranza: « La differenza di un solo voto rompe l'eguaglianza; un solo oppositore rompe l'unanimità: ma tra l'unanimità e l'eguaglianza vi sono parecchi quorum diversi (*il y a plusieurs partage inégaux*), per (à) ognuno dei quali si può fissare il (*ce*) numero secondo lo stato e i bisogni del corpo politico » [IV, II, p. 311: ho tradotto molto liberamente il passo citato discostandomi dalle versioni di R. Mondolfo (ROUSSEAU, *Opere*, a cura di P. Rossi, Firenze, Sansoni, 1972, p. 328b), di V. Gerratana (Id., *Il contratto sociale*, intr. di R. Derathé, Torino, Einaudi, 1966, p. 142) e di Jole Bertolazzi (ripresa — dall'ed. Torino, Utet, 1970, a cura di P. Alatri, degli *Scritti politici* di Rousseau — in *Il contratto*, cit., intr. di A. Burgio, note di A. Marchilli, Milano, Feltrinelli, 2003, p. 197)]. Da tale affermazione si può dedurre che, non ostante il principio generale, Rousseau contempra la possibilità della fissazione anche di un numero 'legale' di presenze per la validità delle assemblee del corpo politico, nonché, come si evince dal prosieguo del suo discorso, di un quorum più o meno 'qualificato' a seconda dell'importanza (crescendo la quale il quorum dovrebbe rasentare l'unanimità) o dell'urgenza (crescendo la quale il quorum dovrebbe tendere a coincidere con la metà più uno dei votanti) delle decisioni legislative da prendere.

che si confronta con un'altra parte. In questo spazio, assolutamente eterogeneo rispetto alla legge che, per la sua essenza e per il suo oggetto, deve restare estranea a ogni particolarità, opera il potere 'esecutivo' dei magistrati. Non si può risolvere con una legge una controversia tra 'privati' (e anche la collettività si fa 'privata' se, particolarizzata dall'incompletezza dei suoi componenti, vuole giudicare o decidere « d'un fait o d'un droit particulier sur un point qui n'a pas été réglé par une convention générale et antérieure » [CS, II, IV]) soprattutto per quei beni che la volontà generale lascia loro in godimento 'naturale' e per gli interessi che a tali beni o sfera di vita si connettono. A questo servono sentenze e 'decreti' che, comunque, devono rispettare la sfera di diritto naturale conservata, per convenzione, ai singoli e che, lungi dal limitare il potere sovrano che la perimetra, è collocata, anzi spostata, in uno spazio diverso dal 'comune' che la volontà generale istituisce come lo spazio dell'eguaglianza 'civile', in cui è abrogata ogni particolarità. Per quanto il magistrato debba e voglia farsi 'bocca della legge', una volta convenuto uno spazio, anche limitatissimo, di 'diritto naturale' in cui si perseguono legittimamente interessi 'privati' e perciò estranei al 'diritto politico', è la particolarità del 'fatto' o del 'diritto' a dettare la regola del caso ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ Il passo citato nel testo, nella sua interezza (sibillina) suona così: « non appena si tratti di un fatto o di un diritto particolare su un punto che non è stato regolato da una convenzione generale ed anteriore, l'affare diviene contenzioso (*l'affaire devient contentieuse*): è un processo (*procès*) dove *les particuliers intéressés* sono una delle parti, e il pubblico l'altra, ma dove non vedo né la legge che si deve seguire (*ni la loi qu'il faut suivre*), né il giudice che deve decretare (*ni le juge qui doit prononcer*) ». La mia interpretazione è la seguente: proprio per la particolarità della questione (in quanto singolo 'caso') essa è impreveduta e imprevedibile e, anche volendolo fare al momento, su di essa non si può legiferare stante la sua particolarità che, per principio, nega l'eguaglianza (pubblica e politica, oggetto assoluto della volontà generale); il giudice, per altro (per il suo ufficio magistratuale verso i 'particolari' e 'ministeriale' verso il corpo politico), può sentenziare o decretare, ma non può legiferare, né tantomeno può, se per assurdo una legge (necessariamente iniqua) ci fosse, giudicare una legge (= volontà generale), e, per di più, in relazione ad un fatto o diritto 'particolare'. Per inciso, può essere utile ricordare che la longevità di questa concezione della volontà generale è efficacemente dimostrata dagli argomenti avanzati negli anni Cinquanta del secolo scorso, nell'ambito del dibattito pro e contra l'istituzione di un tribunale costituzionale in Francia (poi introdotto dalla Costituzione della Quinta Repubblica, nel 1958),

La legge, dunque, deve imporre e garantire, insieme con la libertà che è principio e fine della rigenerazione politica dell'uomo, l'eguaglianza 'morale' o 'civile' rispetto alla quale la diseguaglianza sociale dovrebbe persistere come mero residuo. Leggiamo in *Du contrat social*, L. II, cap. XI:

riguardo all'eguaglianza, non bisogna intendere attraverso questa parola che i gradi di potenza e di ricchezza siano assolutamente gli stessi (i medesimi); ma che, quanto alla potenza, essa sia superiore a ogni tipo di violenza (= superi ogni tipo di violenza, si ponga al di sopra di ogni tipo di violenza) (*elle soit au-dessus de toute violence*), e non si eserciti altrimenti che in virtù (*et ne s'exerce jamais qu'en vertu*) dell'ordine (*rang*) e delle leggi; e, quanto alla ricchezza, che nessun cittadino sia tanto opulento da poterne comprare un altro, e nessuno tanto povero da essere costretto a vendersi: e ciò suppone, da parte dei grandi, moderazione di beni e di riputazione (*crédit*), e da parte dei piccoli, moderazione di spilorceria (*d'avarice*) e di cupidigia (pp. 289-270).

E tuttavia, già questo tipo ineludibile di diseguaglianza che non può non accompagnarsi all'eguaglianza civile, appare una 'chi-

considerato un « colpo di Stato permanente » (cfr. François MITTERAND, *Le coup d'Etat permanent*, Paris, Plon, 1964) perché la legge non si processa e non si giudica (anche Togliatti si era pronunciato in tal senso durante i lavori della Costituente). Ma, tornando a Rousseau, nello stesso capo (= *Des bornes du pouvoir souverain*) del libro secondo, leggiamo « la volontà generale [...] perde la sua rettitudine naturale (*perd sa rectitude naturelle*) allorché tende a qualche oggetto individuale e determinato (*objet individuel et déterminé*), perché allora, giudicando di ciò che ci è estraneo (*jugeant de ce qui nous est étranger*), non abbiamo alcun vero principio di equità che ci guidi (*nous n'avons aucun vrai principe d'équité qui nous guide*) [principio che invece 'naturalmente' possediamo come guida per ciò che ci è intimo e proprio] [...] Sarebbe ridicolo voler allora [cioè, riguardo alla questione di rilievo esclusivamente particolare] rapportarsi a una espressa decisione della volontà generale, che non può essere [in quanto risolutiva del 'caso' singolo] altro che la conclusione di una sola delle parti (*que la conclusion de l'une des parties*), e che di conseguenza (*par conséquent*) per l'altra non è che una volontà straniera, particolare (*n'est pour l'autre qu'une volonté étrangère, particulière*), portata in questa occasione (sott. mia) all'ingiustizia (*portée en cette occasion à l'injustice*) e soggetta all'errore (*et sujette à l'erreur*). Così, come una volontà particolare non può rappresentare la volontà generale (*de même qu'une volonté particulière ne peut représenter la volonté générale*), la volontà generale a sua volta cambia natura (*change de nature*), avendo un oggetto particolare (*ayant un objet particulier*), e non può, in quanto generale, decretare né su un uomo né su un fatto (*prononcer ni sur un homme ni sur un fait*) ». Cito da ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, in *Œuvres choisies de J.-J. Rousseau*, Paris, Garnier, 1962, p. 254.

mera speculativa' per coloro che, secondo Rousseau, considerano la pratica della vita reale necessariamente dominata dall'« abuso » prodotto dalla polarizzazione di opulenza e miseria che si dispera di poter « regolare ». « Questi due stati, — scrive — naturalmente inseparabili, sono egualmente funesti al bene comune; dall'uno escono i fautori della tirannia, e dall'altro i tiranni: è sempre fra loro che si compie il commercio (*traffic*) della libertà pubblica: l'uno la compra e l'altro la vende » (*ibidem*, in nota). Per Rousseau è fuor di dubbio che quella che egli definisce « la forza delle cose », ossia quella forza che ha formato le società così come sono storicamente sorte e degenerate, « tende » (di fatto) costantemente a distruggere l'eguaglianza: a questa forza, ineludibile perché coesenziale alla difettività nativa della relazione umana affetta dall'« amor proprio » che la stessa relazione genera, va contrapposta la « forza della legislazione » che, coll'imporre il dettato della volontà generale come unità del volere di un tutto omogeneo, « deve tendere » (di diritto), altrettanto costantemente, a restituire il cittadino a se stesso, a temperare l'amor proprio, a rendere eguale la libertà e plausibile e sostenibile l'eguaglianza. La costanza delle due forze contrarie delle 'cose' e delle 'leggi', del fatto e del diritto, della storia e della ragione, nel testo, è segnata da una fortissima coordinazione contrappositiva tra la realtà e il suo dover essere. Cito: « È precisamente perché la forza delle cose *tende sempre (tend toujours)* a distruggere l'eguaglianza, che la forza della legislazione *deve tendere sempre (doit toujours tendre)* a mantenerla » (*ibidem*, il corsivo è mio).

Il bisogno, che porta il singolo dall'isolamento radicale dell'uomo naturale alla relazione con l'altro, lo allontana dall'amor di sé come amore dell'umanità di cui è inconsapevolmente portatore. Narciso vive la premonizione dell'eguaglianza in una relazione riflessiva, una relazione d'amore che lo conserva nella propria identità di essere vivente (non ancora coscientemente uomo) che, proprio nella relazione con l'altro uomo, fattosi prossimo e simile (per la soddisfazione di bisogni artificialmente moltiplicati), degenera in amor proprio: un amore, tutto e troppo umano, che, nell'individuare, cerca la differenza, la distinzione, e, infine, la diseguaglianza come l'artificio che, oggettivandosi nella proprietà individuale di ciò che è comune, inghiotte per sempre la natura originaria a cui può

tornarsi solo con un ulteriore e più radicale artificio, il contratto 'sociale', che restituisce l'uomo a se stesso, all'unità della sua umanità che ora può rispecchiarsi negli altri, farsi 'comune'. Unità, la cui cifra è la volontà generale, che disciplina l'amor proprio (conciliandolo con l'amor di sé) e regola la proprietà (convertendola da abuso in diritto). Questo, in estrema sintesi, il processo di rigenerazione che rende possibile la coesistenza 'civile' di eguaglianza e disegualianza, di individuo e popolo, di uomo e cittadino, di natura e storia.

4. *La rivoluzione politica: aristocrazia e democrazia.*

Con la Rivoluzione francese, il popolo, irrapresentabile nelle teorie radicali della sovranità sia di Hobbes sia di Rousseau, appare in carne e ossa sul proscenio della storia. E appare direttamente, per reclamare e prendersi i suoi diritti, in quanto diritti umani non più affidati alla 'metafisica' o alle 'chimere' dei filosofi, ossia alla forza dei 'Lumi', ma alla potenza rivoluzionaria del popolo stesso. Libertà e eguaglianza sono le parole d'ordine della Rivoluzione, un'endiadi perfetta nella sua inscindibilità, a cui solo in un secondo momento si aggiungerà la 'fraternità', quasi una risposta alle doglianze al Re presentate dal 'Secondo stato' contro il 'terzo' negli Stati generali del 1614 (25 novembre) che Sieyès ebbe cura di pubblicare in appendice al suo *Saggio sui privilegi* (17). L'Abate, pur non soffermandosi sull'etimo della parola, definisce il privilegio come antonimo della 'buona' legge (18) e negazione del 'diritto comune', inteso come il

(17) J.-E. SIEYÈS, *Opere e testimonianze politiche*, a cura di G. Troisi Spagnoli, intr. P. Pasquino, T. I, *Scritti editi* in 2 voll., Milano, Giuffrè, 1993, vol. I, (pp. 83-112) pp. 106-108. La doglianza consiste nel denunciare come offesa, umiliazione e disonore della nobiltà la pretesa del terzo stato di considerarsi parte della Francia intesa come una famiglia in cui, sotto la paternità regale, lo stato ecclesiastico è il primogenito, la nobiltà il secondo, e il terzo sarebbe formato dai 'cadetti'. Ma il terzo stato non è che il 'popolo', della campagna e della città. Il primo fatto quasi esclusivamente di vassalli non inquieta la nobiltà in quanto affidato alla giurisdizione dei due primi 'ordini': è quello cittadino (fatto di borghesi, mercanti, artigiani e qualche ufficiale) che osa paragonarsi ai nobili considerandosi figli cadetti del Re e perciò, anche se minori, loro fratelli. Ivi, p. 107.

(18) «Tale è l'effetto deplorabile del lungo asservimento degli animi, che i popoli, lungi dal rendersi conto della loro reale posizione sociale, lungi dal riconoscersi

diritto naturale di tutti gli uomini di poter fare tutto ciò che non è proibito. « È certo che tutti i privilegi indistintamente — scrive — hanno per obiettivo di *dispensare* dalla legge o di attribuire un diritto esclusivo su qualcosa che dalla legge non è proibito. L'essenza del privilegio consiste nel fatto di essere al di fuori del diritto comune al quale si sfugge solamente in uno di questi due modi » (19). In più, secondo Sieyès, il privilegio, diventando ereditario, perde ogni contatto con le ragioni, sempre opinabili (meglio ricompensare che privilegiare (20)), della sua concessione e tramuta i privilegiati in 'casta' (21) facendo apparire come un fatto naturale (addirittura per nascita) la 'gerarchia' nella società (22). L'attacco alla gerarchia, alla casta, allo spirito di appartenenza a un singolo gruppo che si separa dal corpo della nazione (23), per giungere a percepirsi come formato da una specie diversa di uomini, serve a Sieyès certamente per contrapporre alla società del privilegio la società degli eguali in diritti, ma gli serve anche per rinnovare la critica ai 'corpi intermedi' (24), intesi come garanti delle storiche libertà, plurali in una

il diritto di fare addirittura revocare le leggi cattive, sono arrivati al punto di credere che ad essi spetti solo quanto la legge, buona o cattiva che sia, intende accordare »; *ivi*, p. 86.

(19) *Ivi*, p. 85.

(20) *Ivi*, p. 88-89. A chi ricordasse che oltre la ricompensa, per i meriti acquisiti servendo lo Stato, occorrerebbe anche un segno di 'distinzione', Sieyès replica: « sento di dovervi rispondere che la vera distinzione è nel servizio reso alla patria e all'umanità, e che i riguardi e la considerazione pubblica non possono non rispondere spontaneamente al richiamo di questi meriti »; p. 89.

(21) SIEYÈS, *Che cos'è il Terzo stato?*, in *Id.*, *Scritti editi*, cit., vol. 2, p. 212 e nota 3 a pp. 289-290.

(22) « La sola gerarchia necessaria [...] è quella che si stabilisce fra gli agenti della sovranità; è in quell'ambito che occorre gradazione di poteri; è in quell'ambito che sono giustificati dei veri rapporti da superiore a inferiore; la macchina pubblica, infatti, non può muoversi se non attraverso questo genere di relazioni. [...] Al di fuori di questa distinzione, non vi sono che cittadini uguali di fronte alla legge, tutti dipendenti non gli uni dagli altri, perché sarebbe inutile servitù, ma dall'autorità che li protegge, li giudica, li difende, ecc. »; *ivi*, pp. 97-98.

(23) Sul punto insiste *Che cos'è il Terzo stato?*, cit., dove, in apertura, è sottolineata l'autosufficienza del Terzo a costituire una « nazione completa » diversamente dagli altri due Ordini 'privilegiati'.

(24) « Se per miopia politica voi selezionate un corpo di cittadini, per porlo fra il governo e il popolo, o tale corpo parteciperà alle funzioni del governo, e in tal caso non è della classe privilegiata di cui parliamo, ovvero non avrà minimamente a che fare con

società complessa, contro l'atomizzazione assolutistica (dispotica) dei 'sudditi' spesso auspicata dai teorici della sovranità. Se gli uomini sono liberi e uguali nella fruizione dei diritti civili, essi saranno soprattutto 'mobili', capaci di costruirsi ciascuno il proprio destino sociale anche mutando la propria condizione di partenza. Pertanto, all'interno dell'unità della nazione, sulla base dell'eguaglianza dei diritti di libertà di tutti i cittadini, su cui si fonda la costituzione, si libera la legittima disequaglianza. « Esiste, a dire il vero, una grande ineguaglianza di mezzi (= per S. tali mezzi sono le facoltà morali e fisiche con cui l'uomo persegue il fine del benessere e della felicità) fra gli uomini. La natura li crea forti o deboli; ad alcuni concede un'intelligenza, mentre ad altri la rifiuta. Ne consegue che vi sarà fra di essi ineguaglianza di lavoro, ineguaglianza di risultati, ineguaglianza di consumo o di godimento; ma non ne consegue che possa esservi ineguaglianza di diritti »⁽²⁵⁾. Anzi, continua Sieyès, « lo stato sociale non aggiunge un'ingiusta ineguaglianza di diritti alla naturale ineguaglianza di mezzi: al contrario, garantisce l'eguaglianza dei diritti contro l'influsso naturale, ma nocivo, dell'ineguaglianza dei mezzi. La legge sociale non è fatta per indebolire il debole e rafforzare il forte: essa si preoccupa al contrario di proteggere il debole dalle iniziative del forte; e, estendendo la sua autorità tutelare all'insieme dei cittadini, garantisce a tutti la pienezza dei propri diritti »⁽²⁶⁾.

Dunque, l'idea che si profila nell'ala liberale e costituzionale

le funzioni essenziali del potere pubblico; mi si spieghi allora cos'altro può essere un corpo intermedio, se non una massa estranea, nociva, sia perché intralcia dei rapporti diretti fra governanti e governati, sia perché grava sul meccanismo della macchina pubblica, sia infine, perché diviene, a causa di tutto quanto la distingue dal grande corpo dei cittadini, un fardello in più per la comunità»; ivi, p. 99. Nella ricostruzione della patologia dell'aristocrazia dell'*ancien régime*, Tocqueville mostrerà come l'alienazione di nobiltà e alta borghesia dal 'governo del popolo' (= i migliori a cui tale potere sarebbe spettato, come classe dirigente), determinerà la spaccatura della società francese, l'isolamento e la lotta delle classi, la configurazione del privilegio come abuso, l'inessenzialità della 'aristocrazia' per il popolo e, quindi, la Rivoluzione. La citazione da Sieyès fotografa il compimento di quella 'patologia' (= nullificazione della funzione dei corpi intermedi).

⁽²⁵⁾ J.-E. SIEYÈS, *Preliminari della Costituzione. Riconoscimento ed esposizione ragionata dei Diritti dell'uomo. Letto il 20 e 21 luglio 1789 al Comitato di Costituzione dall'Abate Sieyès*, in Id., *Scritti editi*, cit., vol. 2, (pp. 375-399), p. 383.

⁽²⁶⁾ Ivi, p. 385.

della Rivoluzione, è che lo stato sociale basato sulla legge, giusta perché voluta dalla ‘nazione’, si fonda sull’eguaglianza dei diritti che sola permette la fruizione della libertà da cui necessariamente si determina l’ineguaglianza. Questa è legittima perché, con l’eguaglianza giuridica, non si privilegiano, come nello stato di natura, i più dotati di mezzi, i più forti che ‘naturalmente’ potevano opprimere i più deboli riducendo la loro libertà. L’eguaglianza giuridica libera da questo privilegio e dall’oppressione che ne deriva per i deboli, dando al debole la stessa libertà che dà al forte. L’eguale libertà garantita dalla legge rende legittima l’ineguaglianza perché sottrae ai ‘mezzi’ dell’uomo il potere ‘naturale’ di dominio sull’uomo; essa rende loro possibile solo realizzare al meglio, anche per la società tutta, la dotazione naturale dei mezzi propri di ciascuno senza nuocere a nessuno e, soprattutto, senza comprimere l’altrui sfera di libertà. La disuguaglianza sociale, allora, si riduce, come abbiamo letto, al lavoro, al consumo e al godimento ⁽²⁷⁾. A questa si accompagna anche la distinzione tra il cittadino ‘attivo’ e quello ‘passivo’ in relazione all’esercizio dei diritti politici che, appunto, Sieyès distingue, a loro volta, in diritti passivi (universali) e diritti attivi (limitati). Distinzione che non gli impedisce affatto di affer-

(27) Naturalmente Sieyès non ignora che, almeno fino a quando il benessere della società non sarà fruito da tutti (anche se in maniera ‘disuguale’), esisteranno sempre condizioni che esigono l’intervento pubblico (dei concittadini) a sostegno di chi si trova « nell’impossibilità di provvedere ai propri bisogni »; ed è convinto che costoro « hanno, a giusto titolo, diritto al soccorso dei loro cittadini ». Tuttavia non considera questi diritti ‘fondamentali’ al pari di quelli di libertà: essi appaiono come ‘vantaggi’ accessori che non hanno dignità costituzionale e, pertanto, non possono apparire enumerati nemmeno in una ‘Dichiarazione dei diritti’: « Ma non è nella dichiarazione dei diritti che deve trovarsi la lista dei vantaggi che una buona Costituzione può procurare al popolo. È sufficiente affermare in questa sede che i cittadini nel loro insieme hanno diritto a tutto ciò che lo Stato può fare in loro favore »; *ivi*, p. 389. L’*Articolo venticinquesimo*, che egli propone nella *Dichiarazione* acclusa a questi *Preliminari*, dispone, infatti, « Ogni cittadino che si trova nell’impossibilità di provvedere ai propri bisogni, ha diritto al soccorso dei suoi concittadini »; *ivi*, p. 397. Tra i ‘vantaggi’ che lo stato sociale deve assicurare ai cittadini Sieyès sottolinea l’importanza di « un buon sistema di educazione e di pubblica istruzione ». Sistema che, come è noto, nel pensiero di Condorcet, ha un ruolo centrale in vista della conquista di un’eguaglianza sempre più universale e progressiva e sempre più sostanziale, capace di correggere al massimo possibile le differenze ‘naturali’ tra i forti e i deboli, tra gli uomini e le donne, tra i più capaci e i meno capaci.

mare: « L'eguaglianza dei diritti politici è un principio fondamentale. Essa è sacra, come l'eguaglianza dei diritti civili. Infatti, dall'ineguaglianza dei diritti politici presto rinascerrebbero i privilegi ». E dal novero dei cittadini attivi sono esclusi « le donne, per lo meno nella condizione attuale, i bambini, gli stranieri, coloro che non contribuiscono minimamente a sostenere il sistema delle pubbliche istituzioni ». Tutti costoro, scrive l'Abate, « *non devono avere un'influenza attiva sulla cosa pubblica* » (il corsivo è mio). Cittadini attivi, invece, possono essere definiti « solo coloro che fanno parte del sistema delle pubbliche istituzioni » perché « rappresentano i veri azionari [sic] della grande impresa sociale », perciò « solo loro sono i veri cittadini attivi, i veri membri dell'associazione » (28).

L'idea che si fa avanti con prepotenza è che l'abolizione del privilegio e il tramonto del mondo giuridico e politico ad esso connesso dischiude un mondo nuovo, assicurato dal diritto uguale di tutti e di ciascuno alla propria libertà garantita e disegnata dalla legge. Nella legge si compie e si manifesta la libertà dello Stato e la libertà nello Stato. Nella legge la volontà (politica) del popolo si converte in diritto 'comune' al popolo stesso e nel suo diritto di essere giudicato e governato 'legalmente', nella cornice dei diritti universali dell'uomo e del cittadino, nell'interesse di tutti. Se la legge è espressione della libertà politica del popolo, il diritto uguale per tutti è la base sociale della libertà dei singoli, la libertà civile che appare come il nuovo motore della vita sociale a cui è affidato il futuro dell'eguaglianza. La libertà del cittadino, di ogni cittadino, diventa la realizzazione giuridica della libertà naturale che, una volta istituzionalizzata, dischiude la nuova storia dell'uguaglianza. Se la libertà non può non essere uguale, l'eguaglianza non può non essere libera. Sul punto è esemplare Condorcet:

L'uguaglianza che il diritto naturale esige tra gli uomini esclude ogni ineguaglianza che non sia una conseguenza necessaria della natura dell'uomo e delle cose, e che, pertanto, sia l'opera arbitraria delle istituzioni sociali. Talché, per esempio, l'ineguaglianza di ricchezze non è contraria al diritto naturale; è una conseguenza necessaria del diritto di proprietà, poiché questo diritto implicando l'uso libero della proprietà, implica altresì la libertà di accumulazione indefinita. Ma questa ineguaglianza diventa contraria al diritto naturale se fosse opera di una legge positiva, quale la legge che

(28) Ivi, p. 391. Sul punto cfr. *Che cos'è il Terzo stato?*, cit., pp. 223-224.

accorda ai primogeniti una porzione più grande, quella che stabilisce le sostituzioni, ecc. Parimenti la superiorità che un uomo incaricato di una determinata funzione ha su coloro che gli sono subordinati a causa della natura di tale funzione, non è contraria al diritto naturale, perché deriva dalla necessità che certi uomini esercitino detta autorità, e che altri obbediscano. Ma tale superiorità diventa contraria al diritto, se la si rende ereditaria, se essa si estende al di là di quanto è necessario affinché queste funzioni siano ben esercitate. Non è lesa il diritto all'eguaglianza, se i soli proprietari godono del diritto di cittadinanza attivo, dal momento che essi soli posseggono il territorio e solo il loro consenso conferisce il diritto di abitarvi; esso è lesa però, se tale diritto di cittadinanza è diviso inegualmente tra diverse classi di proprietari, perché una tale distinzione non nasce dalla natura delle cose (29).

È solo l'imperfezione « ancora attuale » dell'*art social* che, secondo Condorcet, può lasciar incrementare l'ineguaglianza allorché si instaura la libertà sociale e, comunque, tale incremento non può che essere provvisorio perché contrario all'idea stessa di progresso. Il progresso dell'umanità esige la realizzazione di tre « speranze »: la « distruzione » dell'ineguaglianza tra le nazioni, il « progresso » dell'eguaglianza all'interno dei singoli popoli, e, in fine, come compimento del cammino dell'eguaglianza universale, « il perfezionamento reale dell'uomo ». La proiezione che permette il *Tableau historique* induce a credere a una storia del progresso determinata, scandita e testimoniata soprattutto dello sviluppo dell'eguaglianza, e non di quella meramente formale o di diritto, bensì dell'« eguaglianza di fatto » che Condorcet indica come « dernier but de l'art social ». E questa, alla cui elaborazione Condorcet pensa da anni, proprio in quanto 'arte', ha il compito di liberare l'uomo da tutti i residui di natura che disturbano la società. L'*art social*, « con l'affievolimento (*diminuant*) proprio degli effetti della differenza naturale delle facoltà, non lascerà più sussistere che un'ineguaglianza utile all'interesse di tutti » (30).

Su un versante diverso, quello che pensa la Rivoluzione nella prospettiva radicale della 'redenzione' dell'uomo e della 'rigenera-

(29) CONDORCET, *Idées sur le despotisme à l'usage de ceux qui prononcent ce mot sans l'entendre* (1789), in Id., *Œuvres*, ed. A. Condorcet O'Connor e M.F. Arago, Paris, Didot, 1847-1848, vol. IX.

(30) In quest'ultimo capoverso mi riferisco a Id., *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, testo rivisto e presentato da O.H. Prior, ed. a cura di Y. Belaval, Paris, Vrin, 1970, *Dixième époque. Des progrès futurs de l'esprit humain*, pp. 203-204.

zione' ⁽³¹⁾ della società, l'eguaglianza tende a inglobare la libertà e a identificarsi con la virtù repubblicana e democratica, portando così a compimento, per l'umanità intera, il motivo più antico e conduttore della storia dei popoli liberi. Robespierre, nella sua immedesimazione con la Redentrice, parlando in suo nome, attesta l'avvenuta trasformazione dei criteri politici giuridici e morali insieme, « la prima fra tutte le leggi è la salute pubblica » egli scrive sul periodico « *Lettres a ses commettant* » il 28 dicembre 1792, ed essa prescrive che « un popolo, il quale si slancia verso la libertà, deve essere inesorabile verso i cospiratori; [...] in tal caso la debolezza è crudele, l'indulgenza è barbara, e [...] una giusta severità è imperiosamente ordinata dall'umanità stessa ». La Rivoluzione, inoltre, semplifica le relazioni sociali sulla base di un principio elementare e potente che Robespierre enuncia alla Convenzione l'8 maggio del 1793: « Colui che non è per il popolo è contro il popolo » da cui si ricava che « Esistono solo due partiti, quello degli uomini corrotti e quello degli uomini virtuosi. Non distinguate gli uomini in base alla loro fortuna e al loro stato, ma in base al loro carattere. Vi sono soltanto due classi d'uomini, gli amici della libertà e dell'uguaglianza, i difensori degli oppressi, gli amici dell'indulgenza e i fautori dell'opulenza ingiusta e dell'aristocrazia tirannica ». Da queste modifiche, da queste semplificazioni sociologiche e antropologiche, da questa riduzione della molteplicità degli uomini a due soli 'caratteri' che li pongono in due classi di 'eguali' contrapposte, ognuna perfettamente omogenea al suo interno, ma delle quali una è inessenziale tanto da doverla distruggere — da queste trasformazioni di cui è stata protagonista — si profila lo scopo della Rivoluzione che, per bocca di Robespierre, alla Convenzione del 18 piovoso dell'anno II, così suona:

⁽³¹⁾ Sull'idea' di rigenerazione è da vedere il lavoro magistrale di L. JAUME, *La religieux et le politique dans la Révolution française. L'edée de régénération*, Paris, Puf Léviathan, 2015, L'importanza del libro non è soltanto nella ricostruzione *begriffsge-schichtlich* dell'idea nelle sue variazioni semantiche, bensì anche nella parallela anamnesi di una patogenesi del repubblicanesimo francese non ancora risolta da una compiuta *actio finium regundorum* (distinzione teorica e separazione pratica) tra religione e politica capace di « rendre le politique plus modeste et religieux plus créatif: éloignement du cléricisme e des influences de César. [...] Ni absorption, ni entrisme, ni parasitage? Ce serait 'terminer la Révolution' », p. 145.

[...] Qual è lo scopo a cui tendiamo? Il pacifico godimento della libertà e dell'uguaglianza; il regno di quella giustizia eterna le cui leggi sono state incise non già sul marmo o sulla pietra, ma nel cuore di tutti gli uomini, anche in quello dello schiavo che le dimentica e del tiranno che le nega. Vogliamo un ordine di cose nel quale ogni passione bassa e crudele sia incatenata, nel quale ogni passione benefica e generosa sia ridestata dalle leggi; nel quale l'ambizione sia il desiderio di meritare la gloria e di servire la patria; ove le distinzioni non nascano altro che dalla stessa uguaglianza; nel quale il cittadino sia sottomesso al magistrato, e il magistrato al popolo, e il popolo alla giustizia; nel quale la Patria assicuri il benessere a ogni individuo, e nel quale ogni individuo goda con orgoglio della prosperità e della gloria della Patria; nel quale tutti gli animi si ingrandiscano con la continua comunione dei sentimenti repubblicani, e con l'esigenza di meritare la stima di un grande popolo; nel quale le arti siano gli ornamenti della libertà che le nobilita, il commercio sia la fonte della ricchezza pubblica e non soltanto quella dell'opulenza mostruosa di alcune case.

Noi vogliamo sostituire, nel nostro Paese, la morale all'egoismo, l'onestà all'onore, i principi alle usanze, i doveri alle convenienze, il dominio della ragione alla tirannia della moda, il disprezzo per il vizio al disprezzo per la sfortuna, la fierezza all'insolenza, la grandezza d'animo alla vanità, l'amore della gloria all'amore del denaro, le persone buone alle buone compagnie, il merito all'intrigo, l'ingegno al bel esprit, la verità all'esteriorità, il fascino della felicità al tedio del piacere voluttuoso, la grandezza dell'uomo alla piccolezza dei « grandi »; e un popolo magnanimo, potente, felice ad un popolo « amabile », frivolo e miserabile; cioè tutte le virtù e tutti i miracoli della Repubblica a tutti i vizi e a tutte le ridicolaggini della monarchia. Noi vogliamo, in una parola, adempiere ai voti della natura, compiere i destini dell'umanità, mantenere le promesse della filosofia, assolvere la provvidenza dal lungo regno del crimine e della tirannia. Ecco la nostra ambizione: ecco il nostro scopo.

Quale tipo di governo può mai realizzare questi prodigi? Solamente il governo democratico, ossia repubblicano. Queste due parole sono sinonimi, malgrado gli equivoci del linguaggio comune: poiché infatti l'aristocrazia non è repubblica più di quanto non lo sia la monarchia. La democrazia non è già uno Stato in cui il popolo — costantemente riunito — regola da se stesso tutti gli affari pubblici: e ancor meno è quello in cui centomila fazioni del popolo, con misure isolate, precipitose e contraddittorie, decidono la sorte dell'intera società. Un simile governo non è mai esistito, né potrebbe esistere se non per ricondurre il popolo verso il dispotismo. La democrazia è uno Stato in cui il popolo sovrano, guidato da leggi che sono il frutto della sua opera, fa da se stesso tutto ciò che può far bene, e per mezzo dei suoi delegati tutto ciò che non può fare da se stesso.

È dunque nei principi del governo democratico che dovrete ricercare le regole per la vostra condotta politica. [...] Ora, qual è mai il principio fondamentale del governo democratico o popolare, cioè la forza essenziale che lo sostiene e che lo fa muovere? È la Virtù. Parlo di quella Virtù pubblica che operò tanti prodigi nella Grecia e in Roma, e che ne dovrà produrre altri, molto più sbalorditivi, nella Francia repubblicana. Di quella Virtù che è in sostanza l'amore della patria e delle sue leggi. Ma, dato che l'essenza della Repubblica, ossia della democrazia, è l'uguaglianza, ne consegue che l'amore della patria comprende necessariamente l'amore dell'uguaglianza. [...] Non soltanto la

Virtù è l'anima della democrazia, ma addirittura essa può esistere solo in quella forma di governo. [...] Soltanto in un regime democratico lo Stato è veramente la patria di tutti gli individui che lo compongono e può contare tanti difensori interessati della sua causa, quanti sono i cittadini che esso contiene. Ecco qui la fonte della superiorità dei popoli liberi su tutti gli altri popoli. Se Atene e Sparta hanno trionfato sui tiranni dell'Asia, e gli svizzeri sui tiranni di Spagna e d'Austria, non occorre affatto cercare altra causa.

Nella cultura politica europea il nodo eguaglianza-libertà è il problema con cui si misura, dopo la Rivoluzione francese, tutto il pensiero politico — ma in particolare quello liberale — cercandone il possibile raccordo effettivo in una realtà sociale, prima ancora che politica, che viene definita 'democrazia' senza alcun riferimento immediato alla antica teorica delle forme di governo. Nella misura in cui i liberali del primo Ottocento accettano i principi della Rivoluzione, devono, dunque, necessariamente confrontarsi con il problema dell'eguaglianza, stabilendo fino a che punto essa poteva essere considerata un valore pari alla libertà. L'eguaglianza, infatti, se sviluppata coerentemente a livello istituzionale, avrebbe prodotto tutti i 'mali' da cui la dottrina costituzionale liberale voleva immunizzare la società moderna: democrazia politica e anarchia, sovranità del popolo e tirannia della maggioranza, dispotismo rivoluzionario e stagnazione del progresso. Porre termine alla Rivoluzione, accogliendone l'eredità positiva, significa conservare i principi dell'89 rifiutando gli esiti del '93: esorcizzare dallo 'spirito' della Rivoluzione il demone del giacobinismo. In ragione di tale esigenza sembrava necessario ridurre la portata del principio di eguaglianza, definendo fino a che punto e in quale ambito essa dovesse (e potesse) essere effettivamente perseguita come un valore prodotto dalla modernità.

A François Guizot è da riconoscere il merito di aver rappresentato nel modo più conseguente tale esigenza. Per lui democrazia può e deve significare soltanto uguale possibilità di tutti di accedere liberamente a tutte le posizioni sociali: il valore della democrazia sta solo nella mobilità sociale, strettamente connessa però alle 'capacità' individuali (il cui parametro 'sociale' è la capacità acquisitiva di cultura e proprietà). Democrazia, lungi dal dover significare una forma di governo pressoché irrepresentabile, denota invece un assetto della società, determinato da una « medesima condizione legale » per tutti, che, attraverso detta mobilità sociale, permette l'emergere di una « nuova aristocrazia », non più basata sul diritto

ereditario (e dunque illegittima) ma solo sulle capacità personali (= « naturali »), e pertanto legittima. Il principio di eguaglianza che la caratterizza, in tanto non entra in contraddizione col valore-libertà, in quanto, attraverso il processo storico da cui è nata la civiltà moderna, l'eguaglianza può servire a ripristinare rapporti 'naturali' tra gli uomini. E naturale, per Guizot, è tanto l'eliminazione di ogni differenza giuridica di tipo ascrivito (= privilegio), quanto il conferimento ai 'migliori' del potere di comandare. Democrazia pertanto significa questo duplice ritorno alla natura — eguaglianza nei diritti civili, ineguaglianza nei diritti politici — che solo la storia e il progresso della civiltà possono effettuare.

L'eguaglianza, quale sinonimo di democrazia, a sua volta intesa come la cifra antropologica dell'epoca moderna, è il tema intorno a cui ruota l'intera opera di Tocqueville. Cifra antropologica perché l'uomo prodotto dalla storia moderna è assolutamente nuovo rispetto a tutti i diversi e determinati tipi umani succedutisi in quella storia. E tuttavia — nell'essere, però, proprio la realizzazione effettiva di quanto sull'uomo in generale e sulla sua condizione si è sempre pensato in astratto — l'uomo democratico rappresenta dell'uomo in generale proprio l'origine che da sempre gli proviene dal tempo storico che attraversa nel percorso, provvidenziale per Tocqueville, che porta al tempo della democrazia. Democrazia, dunque, è essenzialmente, anche per Tocqueville, prima di tutto una condizione sociale, ma poi, per Lui, essa è anche una condizione spirituale che si dispiega con effetti omogeneizzatori nella sfera intellettuale, sentimentale, produttiva, ideologica dell'uomo moderno, culminando nell'assetto etico-politico. E, come per Montesquieu, anche per Tocqueville la storia della società è riassumibile nel ciclo che parte dall'eguaglianza originaria tra uomini indigenti e 'barbari' e vi ritorna al suo compimento (= *revolutio*) nella '*civilisation*'. Rispetto alle posizioni neoaristocratiche del liberalismo della Restaurazione — che aveva tentato di legittimare la democrazia solo nella misura in cui si limitasse ad allargare la base di selezione dei migliori, in quanto titolari 'naturali' del potere attraverso la titolarità dei diritti politici —, Tocqueville considera la democrazia una nuova forma di vita che soppianta e rende impossibile ogni tipo di aristocrazia (« Non si tratta [...] di ricostruire una società aristocratica, ma di far scaturire la libertà dal seno stesso della democrazia » [*La*

democrazia in America (1840), p. IV, cap. VII]) quale forma di vita e di governo, insieme, caratterizzante una fase definitivamente trascorsa della storia occidentale. Il problema etico-politico dell'epoca moderna, per Tocqueville, è costituito dall'ambivalenza dell'eguaglianza che la determina e che può tradursi in due opposte 'passioni' collettive: « Una passione maschia e legittima per l'eguaglianza che spinge gli individui a voler essere tutti egualmente forti e stimati. Questa passione tende ad elevare i piccoli al rango dei grandi. Ma nel cuore umano si può trovare anche un gusto depravato per l'eguaglianza che porta i deboli a voler degradare i forti [...] e che riduce gli uomini a preferire l'eguaglianza nella schiavitù alla diseguaglianza nella libertà » [*op. cit.* (1835), p. I, cap. III]. Se dalla prima nasce l'esigenza della universalizzazione dei diritti politici [*ibid.*] come « il solo mezzo che ci resta per essere ancora liberi » [*ivi*, p. II, cap. IX], dalla seconda passione nasce, invece, la mentalità che legittima il 'nuovo dispotismo', caratteristico della democrazia, in cui ciascun componente della massa livellata avrà come interlocutore un « potere immenso e tutelare [...] assoluto, minuzioso, sistematico, previdente e mite » [*op. cit.* (1840), p. IV, cap. VI] che lo esonererà progressivamente anche dalla « disponibilità di se stesso » [*ibid.*]. Il pericolo dell'eguaglianza non è tanto quello di provocare rivoluzioni, anarchia, violenza ed instabilità, quanto quello di ridurre l'umanità ad una massa omogenea, ristagnante in uno stato di permanente, edonistica minorità rispetto allo Stato-tutore (nella cultura francese, a partire dal Secondo impero, sarà coniata l'espressione Stato-providenza), dispensatore di regolarità e benessere. Il tipo di liberalismo ascrivibile a Tocqueville è nell'accettazione dell'eguaglianza come esigenza epocale non perimetrabile né confinabile in particolari settori o sfere di vita; essa, pertanto, deve essere intesa come il fine e il *pivot* degli ordinamenti democratici la cui patologia non verrà tanto dall'eguaglianza quanto dai tentativi di abrogarne in tutto o in parte il principio. Il problema di Tocqueville è, invece, come progettare istituzioni capaci di opporsi all'accidia etico-politica che l'eguaglianza porta, più o meno latente (e ciò a seconda delle diverse storie dei popoli democratici), dentro di sé insieme alla pulsione all'attivismo partecipativo, allo slancio modificativo degli assetti di vita consolidati dalla tradizione. L'ambivalenza dell'eguaglianza, che tiene insieme l'endiadi di debolezza e forza come connotati elementari della condizione umana e come pulsioni favorevoli

rispettivamente alla servitù e alla libertà, senza potersi decidere una volta per tutte o per l'una o per l'altra, lo spinge a credere che, abbandonata e se stessa (ossia senza il supporto di istituzioni adatte allo scopo e adatte al singolo popolo), l'eguaglianza — anche se storicamente si afferma attraverso lo spirito di innovazione, di libertà, di rivoluzione, di insofferenza per ogni distinzione che mortifichi l'uomo nella sua essenza fattasi 'uguale' — attraverso il conformismo, l'individualismo, la passione per il benessere materiale, l'estraneazione dalle responsabilità della politica, il relativismo e l'incredulità — l'eguaglianza, dicevo, gli sembra più portata verso la dipendenza di tutti da un potere anonimo e tutelare, onnipotente e mite che rappresenta il legittimo 'tutore' della 'folla', della 'massa' omogenea e uniforme di pigri titolari di aspettative in cui l'irripetibile unicità del singolo si perde, che non verso l'indipendenza, la cooperazione con gli altri uomini, l'interesse per la politica come pratica quotidiana di vita, nella cura per il 'bene' a un tempo proprio e comune.

Alla fine della lunga meditazione sulla democrazia, nelle pagine conclusive della sua grande opera su *La democrazia in America*, nel momento in cui sente concluso il suo 'viaggio' intellettuale, Tocqueville si sporge sul futuro e guarda al destino comune dei popoli democratici, essi stessi sempre più uguali. Leggiamo dal primo capitolo della 'Quarta parte', che inizia con il 'lento maestoso':

L'eguaglianza, che rende gli uomini indipendenti gli uni dagli altri, fa loro contrarre l'abitudine e il gusto di non seguire, nelle loro azioni particolari, altro che la loro volontà. Questa indipendenza totale (*entière*), di cui godono continuamente di fronte ai loro eguali e nell'esperienza (*usage*) della vita privata, li dispone a considerare con un occhio diffidente (*mécontent*) ogni autorità, e suggerisce loro immediatamente l'idea e l'amore della libertà politica.

Più sotto leggiamo:

Di tutti gli effetti politici che produce l'eguaglianza delle condizioni, è quest'amore per l'indipendenza che per primo colpisce gli occhi (*regards*) e di cui gli spiriti timidi più si spaventano, e non si può dire che abbiano assolutamente torto di farlo, poiché l'anarchia ha dei tratti più spaventosi nei paesi democratici che altrove. [...]

Sono convinto tuttavia che l'anarchia non è il male principale che i secoli democratici devono temere, ma il minore.

L'eguaglianza produce, in effetti, due tendenze: l'una mena direttamente gli uomini all'indipendenza e può spingerli di colpo fino all'anarchia, l'altra li guida per un cammino più lungo, più segreto, ma più sicuro, verso la servitù.

I popoli vedono facilmente la prima e le resistono; si lasciano invece trascinare dall'altra senza vederla ⁽³²⁾.

5. *La rivoluzione sociale: borghesia e proletariato.*

Ma è possibile, come pretendeva la dottrina liberale, ridurre drasticamente, in un mondo ormai fatto di 'eguali', la funzione e l'intervento dello Stato rispetto al compito di rendere disponibili per tutti i 'soci' dell'impresa, ormai comune, il crescente numero di possibilità che la società moderna dischiude agli individui? Questo problema, nel nuovo spazio teorico e pratico della 'questione sociale', si pone già all'indomani della Rivoluzione francese, che, più di quella americana, simbolizza l'avvento della modernità. D'altra parte l'eguaglianza che essa ha istituzionalizzato appare una conquista niente affatto universale, concretamente ascrivibile soltanto a quella 'classe' già 'socialmente' capace di darle un contenuto effettivo (proprietà e cultura). Borghesia e proletariato ereditano dalla Rivoluzione francese due diverse idee di eguaglianza: una formale e astratta dalle effettive condizioni socio-economiche (la cui critica più penetrante resta quella di Marx in *Sulla questione ebraica*) che scinde, parallelamente alla distinzione storicamente determinata società-Stato, l'uomo (ma in realtà il tipo umano 'borghese') dal cittadino ('alienando' il primo nel 'cielo' dello Stato); l'altra invece 'effettiva' o 'sociale' che non ha tanto a che fare con il 'diritto' quanto con i 'bisogni reali' o 'umani' di una classe che pur facendo parte della società civile non partecipa ai beni della civiltà. Questo nodo della storia dell'idea di eguaglianza va, come già ricordato, sotto il nome di 'questione sociale' e denota il conflitto tra borghesia e proletariato, tra capitale e lavoro. Il socialismo e il comunismo, nelle diverse forme assunte prima e dopo il 1848, non negano la carica emancipativa della Rivoluzione francese, ma ne considerano parziale il risultato. Essa, inquadrata e ridotta nella categoria della 'rivoluzione politica', sembra definibile come mero adattamento della costituzione politica e dell'ordinamento giuridico alla realtà dei nuovi rapporti economico-sociali; essa, cioè, sancisce l'eliminazione

⁽³²⁾ TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Première édition historico-critique revue et augmentée par E. Nolla, II T, Paris, Vrin, 1990, T. II, p. 240a-b.

dalla gestione del potere politico di quelle classi a cui ormai era sfuggita l'egemonia da parte di chi già possiede il potere sociale, definito ormai soltanto dalla quantità e qualità dei possessi. Contro questo tipo di potere — che appare storicamente l'ultimo e il più crudo, mettendo a nudo senza infingimenti gerarchici la realtà dello sfruttamento dell'uomo da parte dei suoi simili, pur se tutti uguali nella sfera giuridica — deve continuare il movimento rivoluzionario della modernità. La 'rivoluzione sociale' appare perciò, proprio in relazione al problema dell'eguaglianza, la necessaria continuazione della rivoluzione politica: se questa ha avuto come protagonista e soggetto storico la borghesia che ha distrutto l'antica costituzione europea basata sul 'privilegio', la rivoluzione sociale avrà come protagonista e soggetto storico il proletariato che, emancipando se stesso, emanciperà la storia dall'ultima e più originaria forma di diseguaglianza nata dall'eguaglianza dei moderni: lo sfruttamento, appunto, dell'uomo sull'uomo, senza più alcuna responsabilità degli sfruttatori nei confronti degli sfruttati — il governo è affidato alla politica come sfera di operazioni tecniche, separata dall'economia ma garante dei suoi principi 'naturali'. In questo contesto ideologico, si giunge fino alle teorie abolizionistiche dello 'Stato politico' e del diritto 'uguale' come strumenti del dominio di classe (inutili, pertanto, in una società liberata dalla diseguaglianza di classe); e con ciò si prospetta un esito egalitaristico in cui l'individualità di ciascuno, liberata dall'individualismo borghese, dovrebbe risolversi nell'armonia del tutto, in un ordine senza più conflitti: l'armonia degli eguali.

A queste visioni 'utopistiche' si contrappone Marx, pur condividendone alcune prognosi. Ma la sua grande prestazione teorica non è nel progetto del futuro assetto istituzionale di una società liberata dal capitalismo, a cui dovrebbe, dopo la rivoluzione, traghettare una provvisoria 'dittatura del proletariato'. Essa consiste soprattutto nello smontare l'edificio borghese-capitalistico, in cui soltanto hanno senso i principi moderni di libertà e eguaglianza, per analizzarne le 'strutture' e le 'sovrastrutture' mostrando come entrambe vengano 'santificate' dall'ideologia e sottratte alla storia e alla scienza della storia. L'ideologia della struttura, ossia la scienza economica moderna, resta il luogo privilegiato della 'critica' mar-

xiana ⁽³³⁾. La critica all'ideologia delle sovrastrutture giuridiche, politiche, etiche non porta Marx ad alcuna prefigurazione definita di assetti istituzionali. Il tema, comunque, è stato dibattuto a lungo e con apporti di altissimo profilo scientifico, tanto da esimerci di riprenderlo qui, anche solo per sommi capi. Ciò che, invece, mi sembra di poter dire, ancorché in maniera solo accennata, è che Marx, al di là delle posizioni giovanili sulla democrazia, nelle due versioni di « verità di tutte le costituzioni » o di « astrazione » borghese, non nutre per l'eguaglianza una particolare attrazione teorica. E ciò sin dai cosiddetti *Manoscritti parigini* (1844), dove contrappone alla « scienza della penuria » (= l'economia politica) la liberazione della « ricchezza di bisogni » di ogni singolo uomo nella relazione costitutiva (non alienata nelle 'merci' e estraniata dal 'genere') con la natura (anche la propria natura desiderante) e con gli altri uomini, intesa quest'ultima relazione come il bisogno comune e supremo. Sin da *L'ideologia tedesca* (1845), dove, auspicando l'abolizione della divisione capitalistica del lavoro, augura che ciascuno possa dedicarsi alle diverse attività che come singolo lo appassionano. O, infine, nella *Critica al programma di Gotha* (1875), dove il compimento della rivoluzione proletaria è sintetizzato nella scritta che sventolerà sulle bandiere della nuova società: « Da ciascuno secondo la sua attività, a ciascuno secondo i suoi bisogni ». L'eguaglianza, ma il tema è troppo complesso per poterlo trattare qui in maniera adeguata, gli appare un'astrazione storicamente determinata e perciò solo il punto di partenza per un nuovo processo storico in cui i soggetti della produzione stabiliranno tra loro e con la natura relazioni diverse da quelle proprie al capitalismo, ossia una diversa società (per Marx la società è appunto un plesso di relazioni tra gli uomini e tra questi e l'ambiente naturale) emancipata dalle nozioni e dai valori giuridici, politici e morali della

⁽³³⁾ Il sottotitolo di *Il capitale* è *Critica dell'economia politica*, e, nel *Poscritto alla seconda edizione* (Londra, 24 gennaio 1873), leggiamo: « Finché resta borghese (*Soweit sie bürgerlich ist*), vale a dire finché concepisce l'ordinamento capitalistico non come grado di svolgimento storicamente transitorio ma, al contrario, come forma assoluta e definitiva (*letzte*) della produzione sociale, l'economia politica può rimanere scienza solo finché la lotta di classe resta latente o si manifesta in fenomeni solo sporadici »: MARX, *Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie*, Erster Band, in *Marx Engels Werke*, Bd. 23, Berlin, Dietz, 1974, pp. 19-20.

società borghese. È la coppia eguaglianza-libertà, così come si è determinata nella storia della società moderna, a non poter essere trasferita in una società radicalmente diversa; della quale, se si possono prevedere in modo scientifico, a partire dalle ‘contraddizioni’ del dispositivo borghese sapere-dominio, le differenze ‘strutturali’ necessarie al loro superamento, non sono, invece, altrettanto prevedibili, senza fughe nell’utopia, le sue configurazioni ‘sovrastrutturali’; come dimostrerebbe (cfr. l’*Introduzione* a *La critica dell’economia politica*), per altro, il rigoglio sovrastrutturale della società greca antica rispetto alla sua rozzezza strutturale (produzione a regime schiavistico). Vorrei chiudere questi accenni a Marx citando un passo molto significativo sulla libertà che appare nel cap. 48 (*La formula trinitaria*) della ‘Settima sezione’ (*I redditi e le loro fonti*) del Libro terzo (capitolo su cui Engels non pare sia intervenuto altro che nella trascrizione) di *Il capitale*:

Il regno della libertà inizia realmente soltanto là dove cessa il lavorare determinato dalla necessità e dall’esterna conformità allo scopo; si colloca dunque, secondo la natura della cosa, al di là della sfera dell’autentica produzione materiale [...] La libertà in quest’ambito può consistere soltanto in ciò: che l’uomo socializzato, i produttori associati, regolino razionalmente questo ricambio (*Stoffwechsel*) con la natura, lo portino sotto il loro controllo comune (*unter ihre gemeinschaftliche Kontrolle*), invece di esser da lui dominato come da una potenza cieca; e che lo compiano con il più esiguo dispendio di forza e nelle condizioni le più degne e le più adeguate alla loro natura umana. Ma questo rimane sempre un regno della necessità. Al di là del medesimo inizia lo sviluppo delle forze umane che si fa valere come scopo a se stesso, il vero regno della libertà, che tuttavia soltanto su quel regno, come suo fondamento (*Basis*), può fiorire ⁽³⁴⁾.

Oltre Marx, sono molti gli intellettuali tedeschi che, alle lezioni di François Guizot, hanno imparato che la storia europea o della ‘civiltà’ è storia di lotta di classi. Tra questi ci fu anche Lorenz von Stein che, avendo studiato a Parigi il ‘movimento sociale’ e il pensiero che da quel movimento progettava la nuova rivoluzione, la ‘rivoluzione sociale’, scrisse importanti lavori di critica a quel pensiero rivoluzionario, ma di critica anche al ‘capitalismo’, in una prospettiva teorica che poneva la ‘riforma sociale’ come il compito fondamentale del *Revolutionszeitalter*. Stein indica e assume la

(34) MARX, *Das Kapital*, cit., *MEW*, Bd. 25, Berlin, Dietz, 1973, p. 828.

nozione guizotiana di civilizzazione ⁽³⁵⁾ come il punto di partenza inaggrabile per comprendere, sulla scorta dell'esperienza francese, la patologia della modernità (della civilizzazione) di cui la Rivoluzione rappresenta l'esito necessario. Tale esito, nella sua doppia configurazione, politica e sociale, l'una all'altra 'logicamente' connesse, si realizza come autodissoluzione della stessa civilizzazione se non si elabora una nuova scienza in grado di afferrare l'elemento patogeno che il suo 'movimento' naturalmente determina. La nuova scienza è la *Wissenschaft der Gesellschaft* ⁽³⁶⁾ e l'elemento patogeno che impone una riconsiderazione complessiva della stessa *Civilisation* è il proletariato. Se Guizot ha compreso la storia della civilizzazione europea come lotta di classi, non ha compreso però tra queste il proletariato come compimento e minaccia della stessa storia: il proletariato è la classe che può darsi solo al compimento di un processo sociale complesso, ma che, con la sua esistenza, in cui quel processo culmina, pone in contraddizione esiziale la civilizzazione con se stessa, ne revoca in dubbio le arroganze progressive. La scienza della società è, pertanto, la nuova scienza necessaria sia per comprendere l'essenza ambivalente (lacerata tra progresso e imbarbarimento) della civilizzazione, denunciata dall'esistenza del proletariato, sia per riformulare l'intera scienza dello Stato, a partire da ciò che determina entrambi — civilizzazione e Stato — ossia il « concetto della società » (= con il quale si afferra la 'legge' che nelle relazioni sociali impone la disuguaglianza e la illibertà) e la sua « storia » (= i diversi 'movimenti' che, a partire dal fondamento economico della vita sociale, portano alle diverse forme di relazioni di dipendenza). La scienza della società, per Stein, è una scienza 'pratica', cioè una scienza di governo (da aggiungere, perciò, alle tradizionali *Staatswissenschaften*), con una finalità essenzialmente profilattica: salvare la civilizzazione dalla rivoluzione che necessaria-

⁽³⁵⁾ STEIN, *Der Socialismus und Communismus des heutigen Frankreich. Ein Beitrag zur Zeitgeschichte*, Leipzig, Otto Wigand, 1842, Th. I, I, p. 15 dove Guizot è espressamente citato come riferimento ineludibile ancorché parziale.

⁽³⁶⁾ La cui prima sistemazione è in *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789-bis auf unsere Tage* (1850), in drei Bänden, Darmstadt, Wiss. Buchgesellschaft, 1959 (ph. mech. Nachdruck Ausgabe 1921), Bd. 1, *Der Begriff der Gesellschaft und die Gesetze ihrer Bewegung*, pp. 11-149.

mente si determina se la logica del movimento della società resta abbandonata alle sue forze spontanee e naturali, ossia alla disegualianza e alla illibertà dovute al dominio dei possidenti sui non possidenti. Dominio che storicamente si articola in forme diverse a seconda dei beni a loro volta dominanti nelle diverse forme di produzione. L'elaborazione di tale 'scienza nuova' come compimento e salvataggio della civilizzazione, infine, è compito tipicamente tedesco (per la sua capacità di pensare la storia *wissenschaftlich*), per il quale il 'laboratorio' non è né l'Inghilterra (di Marx), né gli Stati Uniti (di Tocqueville), bensì proprio la Francia, dove la patologia rivoluzionaria del moderno si manifesta in tutta la sua fenomenologia 'necessaria' che porta dalla rivoluzione politica, come emancipazione politica e giuridica della classe borghese, alla rivoluzione sociale, come distruzione della civilizzazione ad opera del proletariato.

La scienza della società è ciò che permette una corretta conoscenza della comunità umana come luogo, in sé lacerato, di realizzazione, sempre incompiuta, della destinazione dell'uomo alla libertà. La lacerazione è dovuta alla necessaria coesistenza conflittuale, nella stessa comunità, di due organismi o ordinamenti di vita radicalmente eterogenei: la società e lo Stato che solo la modernità permette di afferrare nella loro differenza concettuale. La società, nelle sue diverse forme storiche (schiavista, feudale, cetuale, borghese, industriale e capitalista) si basa sui diversi sistemi di produzione/proprietà dei beni che volta a volta si impongono come egemoni (la terra, il capitale produttivo, la cultura, il capitale improduttivo) ed ha, come suo principio, l'illibertà di coloro che, pur lavorando, non posseggono tali beni; illibertà come dipendenza da coloro che invece li posseggono e vogliono assicurarsi tale possesso anche nei confronti delle generazioni future. La storia della società è la storia della dipendenza individuale e di classe nelle diverse forme economiche che la determinano e del movimento che si genera nel passaggio da una forma all'altra in rapporto allo Stato. Questo è l'« organismo » dell'indipendenza e della libertà di tutti; ma ciò solo nella sua idea astratta dalla realtà economico-sociale che invece lo determina, perché nell'esercizio della sua 'volontà' e 'azione' non può non servirsi degli individui concreti che sono individui socialmente determinati, e pertanto espressione del domi-

nio sociale. La classe socialmente dominante, perciò, tende naturalmente a impadronirsi del diritto, della costituzione e dell'amministrazione dello stato come strumento di esclusione della classe dominata dal possesso dei beni che definiscono il proprio dominio. Il movimento verso l'illibertà giuridica e politica (i privilegi di ceto e di casta) è il primo movimento che la comunità sperimenta nel conflitto di società e Stato. La storia moderna, per Stein, è la storia del movimento della libertà gestito dalle classi produttive borghesi socialmente emancipatesi attraverso una diversificazione dei beni economici dominanti, ma politicamente sottomesse alle vecchie classi aristocratiche, socialmente esautorate e politicamente potenti perché ancora padrone del diritto, della costituzione e dell'amministrazione dell'*ancien régime*. Tale libertà è conseguibile o con la riforma politica (adeguamento progressivo di costituzione amministrazione e diritto alla nuova gerarchia sociale) — difficilmente realizzabile per l'indisponibilità a condividere il potere politico considerato, dalle vecchie classi dominanti, l'unico strumento per continuare a gestire il potere sociale — o con la rivoluzione politica attraverso cui la classe socialmente emancipata si impadronisce in un sol colpo dell'organismo dello Stato. Il difetto della rivoluzione politica, difetto necessario per la natura stessa del soggetto storico che se ne fa promotore (la sua emancipazione sociale legata al lavoro produttivo e alle capacità acquisitive ossia al merito individuale e non allo status sociale), è l'astrattezza universalistica delle sue rivendicazioni. Chi effettivamente prende il potere con la rivoluzione politica non è l'«uomo» in generale, non è il soggetto astrattamente unificato della libertà-eguaglianza-fraternità, è solo quella classe di individui che già hanno conquistato l'indipendenza sociale. La rivoluzione politica (di cui quella francese è il modello per l'intera Europa) porta dentro di sé la contraddizione che genera il nuovo movimento, la *soziale Bewegung* che ha nel proletariato il nuovo soggetto storico. La posta in gioco qui non è più solo il diritto e lo Stato, ma lo stesso ordinamento della società nel suo nucleo più intimo, la proprietà che, per Stein, costituisce l'oggettivazione più essenziale e irrinunciabile della personalità umana e della libertà individuale. Infatti, se abbandonato a sé stesso, tale movimento, nella sua lotta contro il capitalismo (forma patologica del dominio di classe della società industriale che ha estraniato il lavoro dal capi-

tale), sboccherà necessariamente nella rivoluzione sociale. Questa, per Stein, volendo abolire non un determinato ordinamento sociale o un determinato tipo di proprietà, ma qualsivoglia sovra e subordinazione sociale e ogni proprietà, rappresenterebbe il compimento della civilizzazione, ma non come mantenimento delle sue promesse di progresso universale, bensì come sua catastrofe, come ritorno alla barbarie.

Se la riforma politica appare a Stein un'opzione difficile (ma auspicabile), la riforma sociale gli sembra l'unica risposta adeguata alla « soziale Frage ». Essa esige uno Stato che nella costituzione legittimi politicamente e assicuri socialmente la classe proprietaria che lavora e guadagna e nell'amministrazione operi a favore della classe dipendente e lavoratrice per predisporre quelle condizioni di vita che garantiscano agli individui che le appartengono la possibilità di ascendere socialmente in proporzione alle capacità acquisitive possedute ⁽³⁷⁾. Gli individui si devono muovere ma le classi devono restare: la società si salva attraverso il mantenimento del *Begriff der Gesellschaft* elaborato e garantito dalla *Wissenschaft der Gesellschaft*.

Tale scienza, pratica e politica, infine, facendo della storia il suo oggetto di studio e ricavando il proprio metodo dallo stesso sviluppo storico, dalla sua logica opposta a quella della natura e delle scienze naturali, avrebbe dovuto mediare tra le astratte rappresentazioni intellettualistiche delle 'teorie' (il termine, nel lessico steiniano, significa estraneità o lontananza dalla effettività della vita pratica e della storia) della rivoluzione sociale (il socialismo e il comunismo) e le effettive esigenze di conservazione dei principi fondamentali (storici e concettuali) della società moderna. Anche se la 'rivoluzione politica' appare, a Stein, il paradigma della rivoluzione legittima, la scienza della società, tuttavia, è pensata in funzione anti-rivoluzionaria, poiché le rivoluzioni sono sempre il frutto di un rapporto fuori misura tra le necessarie, ineliminabili ineguaglianze e illibertà sociali e le doverose, perseguibili eguaglianze e libertà connaturate all' 'essenza' dello Stato.

⁽³⁷⁾ Su questi temi si può vedere, più estesamente, il mio *Crisi e scienza. Lorenz Stein, alle origini della scienza sociale*, Napoli, Jovene, 1976; nonché, con maggior profitto, Sandro CHIGNOLA, *Fragile cristallo. Per la storia del concetto di società*, Napoli, Editoriale scientifica, 2004, cap. I, pp. 19-189.

La 'rivoluzione politica' ha liberato la società borghese dall'ineguaglianza e dall'illibertà feudali e cetuali realizzando, attraverso la mobilità sociale connessa alle capacità acquisitive dei singoli, una misura storicamente ottimale tra il principio sociale della dipendenza e quello statale della libertà, che corrisponde alla misura sociale con cui il borghese è capace di tenere insieme, nella sua persona, capitale e lavoro. La 'società capitalista', invece, appare a Stein la corruzione di quella borghese, in quanto essa è il risultato del blocco della mobilità giuridicamente garantito dallo Stato, dove il capitalista non lavora più e il lavoratore perde ogni speranza di acquisire capitale. Mentre l'ineguaglianza nella società borghese, per la mobilità sociale che la caratterizza, non è il destino di ogni singolo componente della classe dipendente, l'ineguaglianza instaurata dal capitalismo è di tipo castale: l'unica speranza di emancipazione per la classe dipendente è distruggere le basi sociali del dominio capitalista. Ma, per Stein, confondendo la proprietà capitalista (esonerata dal lavoro) con la proprietà in genere (frutto del lavoro), come fanno le teorie della rivoluzione sociale, si distrugge il fondamento stesso della civiltà.

La scienza della società, in quanto finalizzata alla 'riforma sociale', è una profilassi contro la patologia capitalista della società borghese; essa completa le 'scienze dello Stato', in particolare quelle dell'amministrazione, orientando l'attività di governo dello Stato alla neutralizzazione del 'diritto sociale' (diritto con cui ogni tipo di classe dominante assicura il proprio dominio sociale) dei capitalisti con provvedimenti a favore della classe dipendente che permettano a tutti coloro che ne avranno le capacità di acquisire una posizione sociale di parziale o totale indipendenza. La riforma sociale, secondo Stein, pur mantenendo ferma l'ineguaglianza e la struttura di classe, senza di cui non è possibile alcuna società, lavora sia nell'interesse dei non possidenti, perché essi, in fondo, desiderano solo acquisire proprietà; sia nell'interesse dei possidenti che non vogliono rinunciare ad essa. Lo Stato della riforma sociale, infine, può riconnettersi al suo principio realizzando il suo fine più autentico: lavorare (la *Verwaltung* per Stein è *Arbeit des Staats*) all'eguaglianza e alla libertà dei cittadini.

Nella seconda metà del XIX secolo Stein, ancorché naturalizzato suddito dell'impero asburgico (da questo nobilitato, poi, per

meriti scientifici), influenzò il *Kathedersozialismus* e la politica sociale bismarckiana. Nel secolo scorso Lorenz von Stein (a partire dalla Costituzione di Weimar e poi dal *Grundgesetz* di Bonn) è stato annoverato tra i precursori dello ‘Stato sociale’; quel tipo di Stato, cioè, che pone tra i suoi compiti fondamentali proprio quelle ‘politiche’ di sostegno e di servizio ai cittadini che a Tocqueville apparivano pericolose per le libertà democratiche, anche se favorevoli all’inesauribile pulsione egalitaria della democrazia.

6. *Eguaglianza e ‘differenze’: nell’‘oltre’ della Modernità.*

Alla domanda che ponevo all’inizio del paragrafo precedente, circa l’esigenza dell’intervento dello Stato nella società, la risposta delle democrazie del XX secolo, non senza conflitti sociali e politici, è stata il cospicuo coinvolgimento dello Stato (non più monoclasse come quello liberale classico) nella promozione dell’uguaglianza e nel processo di ampliamento dei diritti fondamentali, dei quali le costituzioni democratiche (dopo i totalitarismi) riconoscono validità metalegislativa e metacostituzionale. E con ciò al legislatore sovrano (anche se perfetta personificazione del popolo) è tolta, con norme e principi di rango costituzionale, una parte essenziale del suo potere ‘assoluto’ di creazione del diritto positivo; potere a cui le vecchie costituzioni affidavano proprio l’effettuazione dei diritti fondamentali, temperandolo con la cd. ‘separazione’ dei poteri dello Stato. Tale processo di ampliamento, consistito nello sviluppo di tali diritti da una prima ad una seconda ‘generazione’, come si volle definire l’estensione del riconoscimento costituzionale e internazionale dai diritti civili e politici dell’uomo e del cittadino ai diritti sociali, è stato così efficacemente riassunto:

«Il processo cominciò con i diritti umani; tutti gli uomini sono uguali davanti alla legge. Ma eguaglianza di fronte alla legge significa poco se il potere di legiferare resta limitato a poche persone. L’eguaglianza giuridica dovette quindi essere integrata dall’eguaglianza politica, dalla libertà di associazione e parola, dal suffragio universale. Ma presto fu di nuovo chiaro che questo non sarebbe bastato. Cosa significano eguaglianza davanti alla legge e pari diritto elettorale se una persona non può avere una conveniente istruzione o addirittura dipende, per il proprio sostentamento, dalle arbitrarie decisioni di altri, se non è protetta quando si ammala o invec-

chia? » (Dahrendorf che riassume T.H. Marshall) ⁽³⁸⁾. [Già da questa citazione sono ricavabili argomenti a favore della indivisibilità dei diritti a prescindere dalle possibili generazioni, soprattutto laddove la distinzione generazionale (attualmente ferma a quattro) può fungere da legittimazione di una gerarchia tra i diritti, alcuni dei quali risulterebbero più fondamentali di altri].

Diversamente dai diritti di libertà (economica, religiosa, di opinione, di stampa, di scelta matrimoniale, professionale, sessuale ecc.), il cui esercizio esige prevalentemente il non intervento diretto dello Stato ma solo la loro garanzia attraverso limitazioni e imbrigliamento del potere (= Stato di diritto), i diritti sociali non presuppongono una forza espansiva del soggetto da liberare da vincoli (ed eventualmente canalizzare), ma una debolezza relazionale a lui non imputabile, di cui la società, appunto, si fa carico (soprattutto attraverso i tributi), al fine di compensarne le carenze comparative rispetto a uno standard di vita definito 'dignitoso'. Essi, proprio perché orientati su standard volta a volta definibili e sempre revocabili, perché strettamente connessi a situazioni di fatto non sempre prevedibili e in sé mutevoli, hanno, sin dall'origine messo duramente alla prova la pretesa natura generale e astratta della legge dandole serie perplessità (si pensi soprattutto alla densissima discussione giuspubblicistica tedesca del secondo Dopoguerra) sulla legittimità del loro valore 'costituzionale'. Tali diritti, infine, diversamente dai diritti di libertà che, si è pensato soprattutto da parte dei liberali classici, esonerano lo Stato da una serie di compiti considerati facoltativi concentrandone le forze su altri considerati fondamentali, tali diritti richiedono un intervento diretto e costante dello Stato che a tal fine deve organizzare e gestire servizi di crescente complessità e pervasività oltre che onerosissimi dal punto di vista finanziario (= Stato sociale).

L'antistatalismo neoliberale contemporaneo ha visto in questa espansione dei diritti una rincorsa inutile e nociva dell'egua-

⁽³⁸⁾ R. DAHRENDORF, *Cittadini e partecipazione: al di là della democrazia rappresentativa?*, in G. Sartori, Id., *Il cittadino totale. Partecipazione eguaglianza e libertà nelle democrazie d'oggi*, Torino, Einaudi, 1977, pp. 33-59, 40; T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale (Sociology at the Crossroad, 1963)*, trad. e cura P. Maranini, Torino, UTET, 1976, v. il primo saggio, che ha dato il titolo all'intero volume, pp. 1-71, spc. p. 29 e 38 e ss.

glianza: inutile, perché velleitaria nel fine considerato irraggiungibile; nociva, perché consentirebbe un irrefrenabile ampliamento dell'intervento dello Stato attraverso le politiche di welfare; intervento che arrecherebbe nocimento alla società, sia perché ne imbriglia le forze creative sia perché la impoverisce inesorabilmente con un prelievo fiscale sproporzionato rispetto ai risultati conseguibili. L'apparente liberazione progressiva imputata alla moltiplicazione dei diritti (soprattutto sociali) si convertirebbe così in una minaccia esiziale per la libertà e il progresso materiale e spirituale, in vista di un'eguaglianza ridotta a livellamento e stagnazione di iniziativa.

Tuttavia, alla fine del secolo scorso, dopo il culmine delle politiche keynesiane e di welfare e dopo le 'cure' liberali dei presunti 'danni' da esse prodotti, se si guardava alle diseguaglianze radicali che differenziavano i diversi 'mondi' di cui era fatto il nostro pianeta, e ancor più se si guardava alla crescita delle 'sottoclassi' di emarginati che si addensavano nel cuore stesso delle società opulente del primo mondo, già si aveva l'impressione che la storia dell'eguaglianza fosse appena all'inizio, e ancora ucronica la meta di una 'società civile' che, nel pieno rispetto della 'pari dignità' di tutti gli uomini, realizzasse, attraverso la diffusione universale della 'cittadinanza', l'ideale cosmopolitico kantiano.

L'incremento dei diritti fondamentali negli ultimi decenni del XX secolo — pensiamo solo al versante giuridico della bioetica (complicata dalla vita elettronica e cibernetica che si sono aggiunte e sovrapposte a quella biologica) e alla complessa mescolanza di astensione e intervento dello Stato che comportano nozioni come la qualità della vita, della morte e dell'ambiente, anche in relazione a 'soggetti' completamente nuovi quali le future generazioni, la natura, gli animali, gli ecosistemi — non ostante la loro positivizzazione a livello regionale o globale — non ha reso l'eguaglianza più effettiva (pensiamo qui solo alla condizione umana dei migranti come cifra del nostro tempo) ma ne ha problematizzato radicalmente il significato facendone esplodere il senso. Il fatto che i diritti fondamentali siano globalmente 'in vigore' (Ferrajoli), che essi costituiscano il dover-essere positivo (costituzionale) degli ordinamenti positivi, e che alla loro garanzia sovrintendano altissime Corti di giustizia sovraordinate agli stessi ordinamenti, non ci assicura contro il

rischio che essi costituiscono un'ulteriore 'promessa mancata' (Bobbio). Ma non è tanto questo il problema di fondo che insidia l'eguaglianza nell'oltremodernità; esso, piuttosto, sta nella mancanza di qualsiasi punto di riferimento unificatore, capace di restituirci un'immagine credibile di 'uomo', da cui ricavare la misura dell' 'eguale' a cui ricondurre il 'genere' ⁽³⁹⁾. L'ampliamento della sfera dei diritti, sin dal riconoscimento dei diritti sociali, ha avuto lo scopo di correggere e superare i limiti intrinseci a quella che si definiva eguaglianza 'meramente formale', perché astratta dalle condizioni reali dei soggetti, in vista di un'eguaglianza quanto più possibile effettiva o 'sostanziale'. Ma per garantire questo tipo di eguaglianza sempre più attenta alle differenze alle diversità alle dissomiglianze non è più possibile riferirsi ad un tipo umano astratto dalle particolari condizioni di vita in cui si trova: si deve al contrario tener conto proprio delle specifiche 'proprietà' che distinguono individui, appartenenze, status, gruppi e condizioni particolari (malattia, handicap, infanzia, vecchiaia, omosessualità, transiti di genere, precarietà nel posto di lavoro, disoccupazione cronica, inoccupazione ecc.) anche per tutelarle in quanto costitutive di nuove soggettività e posizioni giuridiche ancora impensate.

Nel transito di oltrepassamento della modernità in cui siamo infissi vediamo la molteplicità degli uomini, dei popoli e delle genti. Molteplicità in cui invano cerchiamo un'unità veramente universale che conforti il pensiero dell'eguaglianza che coglie e vuole l' 'uno'. La negazione radicale che inaugura il moderno non è più applicabile alla nostra deflagrazione antropologica. Se pensiamo, poi, alla concretezza latina del termine *humanitas* (denso anche di connotazioni in senso lato giuridiche) che permetteva a Terenzio di affermare con piena contezza « Homo sum, nihil humani a me alienum puto » proviamo disagio, più ancora di quanto ne provasse Heidegger nella famosa *Lettera a Jean Beaufret*. E l'oltreuomo nietzscheano appare al giurista una vacanza filosofica per distrarsi — in attesa del suo avvento e della nuova 'gerarchia' che imporrà agli 'eguali' — dalla domanda di giustizia che l'eguaglianza continua a porgergli con insi-

⁽³⁹⁾ Sul punto si vedano le dense pagine di S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, Bologna, il Mulino, 2013 (ma l'originale inglese *The Global Polity: Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law* è del 2012).

stenza, anche contro il diritto vigente, interrogandolo ancora e di nuovo sulla strumentalità ‘troppo umana’ del diritto.

Tra il ‘troppo’ (la massa omogenea), il ‘poco’ (la società di classe) e il ‘nulla’ in comune ⁽⁴⁰⁾ che caratterizza la molteplicità da cui l’uno non traspare, l’eguaglianza diventa la dismisura della democrazia contemporanea: non è soltanto la nozione di ‘uomo’ a venir meno, manca anche un *demos* di riferimento addosso a cui ricucire un vestito ‘comune’. Il ‘comune’ su cui si fonda la politica è sempre stato una scelta, una decisione a favore di un determinato ‘tipo’ di società che, nella società reale, aveva una certa consistenza o potenzialità di sviluppo. Può una democrazia senza *demos* governarsi democraticamente o è costretta a lasciare il campo di fronte alle vecchie e alle nuove ‘potenze’ ⁽⁴¹⁾? Comune, nella polverizzazione del *demos*, e nelle riaggregazioni vecchie e nuove di gruppi umani, resta solo lo spazio in cui si fanno valere le differenze, le appartenenze, le identità, le singolarità che già è difficile considerare egualmente diverse. La politica non può più decidere in vista di un ‘universo politico’ perché ha a che fare con un multiverso irriducibile a unità (quell’unità di cui una volta lo Stato era la ‘rappresentazione’ localizzata): il ‘progetto’ politico (senza di cui non c’è politica ma amministrazione) non può più cifrare un taglio ma una sutura. La politica, almeno in questa fase di transizione verso un nuovo assetto delle relazioni umane, deve essere in grado di negoziare sempre di nuovo composizioni provvisorie tra ‘parti’ che non possono più (o non possono ancora) formare un tutto. In sintesi deve, forse, tornare ad essere finalizzata alla realizzazione della ‘giustizia’ intesa più nella logica orizzontale del *ius* che non in quella verticale della *lex*; una realizzazione sempre provvisoria e sempre a rischio. Una politica che si riproponga di ‘dare a ciascuno il suo’, dove il proprio di ciascuno, a cominciare dalla possibilità effettiva di

⁽⁴⁰⁾ R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino della comunità*, Torino, Einaudi, 1998.

⁽⁴¹⁾ Se questa domanda è diventata lecita per la democrazia interna agli Stati tradizionali « la *global polity* [...] non è democratica, perché non vi sono un *demos* cosmopolitico, né una opinione pubblica o un processo decisionale globale, né partiti politici mondiali, né elezioni, né un Parlamento del mondo ». CASSESE, *Chi governa il mondo?*, cit., pp. 127-128.

partecipare alla vita politica, è nel mantenimento e nella promozione della singolarità eguale e diversa che lo caratterizza (es., dare a ciascuno la possibilità di essere sano, di poter sviluppare le proprie capacità, di poter valutare la propria appartenenza, di non essere impedito in tutto ciò da handicap fisici o sociali, di poter vivere e morire secondo il proprio intimo convincimento, sia esso tradizionale o meno, senza recare nocumento agli altri, di poter abitare con i propri discendenti una terra stabilmente finalizzata alla vita, ecc. ⁽⁴²⁾). L'attuale crisi della democrazia necessita più che di grandi decisori di buoni negoziatori: negoziatori capaci perché competenti, oltre che abili perché esperti, in rapporto alla complessità da governare, ossia alle componenti eterogenee, ma tutte essenziali, di una realtà sociale che proprio la democrazia ci ha insegnato a dover rispettare. Forse il politico appropriato alla tarda modernità è meno Federico il Grande e più il buon giudice di Berlino ⁽⁴³⁾.

La politica dell'oltrmodernità sembra inscritta in un orizzonte in senso lato 'giuridico'. Al sovrano-decisore, che presuppone la 'dualità' del conflitto da terminare con la spada della volontà che sorge dal nulla, è forse da sostituire il governante-giudice (come quello idealizzato da Spinoza attualizzando il Vecchio Testamento) che non vuole più ridurre il molteplice a unità, bensì, ponendosi in una dimensione di terzietà, lasciar sussistere la pluralità delle 'parti' (con la loro 'politicalità' non espropriata) guidandole con la propria *auctoritas* alla composizione o almeno alla coesistenza delle diffe-

⁽⁴²⁾ In questa attenzione alla singolarità si realizza il recupero della nozione di 'persona', nel lessico dei diritti fondamentali, in antitesi all'individuo. Persona che *deve* universalizzare il suo 'valore' attraverso la 'dignità' come fondamento della titolarità dei diritti. Sul punto, per tutti, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, spc. P. II, *La persona*, cap. V e VI.

⁽⁴³⁾ È inutile qui ripetere il vecchio argomento (rimesso a nuovo dall'affermarsi delle Corti costituzionali come 'giudice delle leggi') che il giudice, in quanto 'tecnico' non eletto, non rientra nella logica della democrazia. Qui si fa riferimento più a un modo di ragionare, di argomentare, di motivare e partecipare la decisione che non a un auspicato superamento a favore del giudice della 'divisione' o 'separazione' dei poteri. Istituto che, per altro, se non proprio 'ideologico' (come voleva Kelsen), si rivela molto condizionato dalla storia e dalla 'costituzione materiale'. Che poi, infine, il 'giudice', nelle sue diverse configurazioni e graduazioni in cui si articola il cd. 'potere giudiziario' dentro e fuori l'ordinamento statale, abbia assunto una centralità sconosciuta allo Stato-sovrano legicentrico, è nozione troppo diffusa per ricordarla qui.

renze, senza negare o reprimere quelle che si presentano sotto forma di conflitto. In questo contesto, in una visione che potremmo definire ‘positiva’⁽⁴⁴⁾, i diritti fondamentali potrebbero essere considerati i *topoi* necessari — i presupposti — per l’argomentazione politica e per la motivazione delle norme. E ciò potrebbe spezzare il dispositivo moderno sovranità-diritti liberando i diritti⁽⁴⁵⁾, non più ‘naturali’ ma storicamente elaborati consentiti e riconosciuti, nello spazio ‘costituzionalizzato’ dei conflitti globali, come ‘luoghi’ di conquista verso cui i governi ‘nazionali’ e le *governances* meta, inter, trans e oltrestatali devono saper guidare i ‘popoli’. In questa funzione, che può acquisire anche il carattere del conflitto armato, all’attuale configurazione di quello che viene definito ‘Stato costituzionale di diritto’ resta una funzione di rilievo che si profila per lo Stato post-sovrano come istituzione e attore ancora essenziale della *global polity*⁽⁴⁶⁾. Ma ancora più essenziale questa funzione si rivela, in una visione ‘realistica’⁽⁴⁷⁾ della nuova conflittualità bellica (« mista », come l’avrebbe definita Grozio) a cui si aggiunge quella tradizionale, ‘pubblica’, della modernità. Se la guerra resta una maniera ineludibile della politica, perfino il terrorismo contemporaneo (nato come fenomeno trasversale agli Stati, in un sapiente dosaggio di ‘dentro-fuori’ come irrilevanza dei confini tradizionali a garanzia della sicurezza) cerca un radicamento territoriale da esibire come ‘patria’ legittimante lo ‘spirito di conquista’.

In questo transito, che ci aspetta tra il tramonto del moderno

(44) Che potrebbe anche definirsi utopistica nel senso dell’*utopia necessaria* che compare nel sottotitolo dell’ultimo libro di S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014. Dove il senso dell’utopia, come « strumento per non restare prigionieri di un presente ingrato e mantenere viva, invece, l’apertura verso un futuro non scritto una volta per tutte, come sembrano ritenere quelli che [...] trasformano il realismo in rassegnazione » (p. 136), sembra muoversi sulla tracce (*Spuren*) di quella realtà essenziale e utopica che non è ancora stata raggiunta pienamente e tuttavia già ci esige, che è il *Leitmotiv* di *Geist der Utopie* di Ernst Bloch.

(45) RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., *passim* e spc. P. I, *Narrare i diritti*, cap. III e P. III, *La macchina*, capp. XII-XIV.

(46) Tra i meriti del libro di Cassese (citato sopra) sottolineerei particolarmente l’attenzione dedicata allo Stato senza alcuna nostalgia per la ‘forma’ (Stato [creatore] di diritto) e la ‘sostanza’ (sovranità) da cui era nato il ‘diritto amministrativo’ moderno.

(47) Nel senso machiavelliano e ‘tucidideo’ che percorre l’aureo libretto di P.P. PORTINARO, *Il realismo politico*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

e l'alba di un mondo nuovo, transito temporale, fatto di attesa dell' 'a venire'; ma spaziale anche, fatto di cammino tra il bordo da cui ci allontaniamo e l'altro che ancora non vediamo — in questo transito, che mescola e contrappone le diverse articolazioni della vita pratica (economia, politica e morale), spetta forse proprio al diritto, che di quelle articolazioni è sempre stato la dorsale sociale dell'Occidente, di portare il testimone della continuità della ricerca di una possibile universalità. Un' universalità costruita con i materiali umili della vita quotidiana degli uomini, preoccupati che non tutto svanisca, che le diverse relazioni possano avere una custodia non casuale ⁽⁴⁸⁾; e costruita anche con i sofisticati materiali dei nuovi poteri che attraverso il diritto disciplinano i 'soggetti', razionalizzando l'obbedienza, ma che a loro volta vengono disciplinati nel loro esercizio, costretti a mostrare le ragioni dell'uso della forza. Perfino lo Stato, perciò, in questa fase della nostra storia, diventando un utente del diritto e non più il monopolista della sua 'creazione', può acquisire una dimensione e una funzione diverse: non più sovrano in relazione tendenzialmente anomica con gli altri Stati, non più difensore strenuo di un territorio e una nazione di cui sono in parte saltati la sostanza e i confini, ma corpo intermedio 'pubblico' (per una cittadinanza aperta), e meglio strutturato nell'uso polivalente del diritto, tra gli 'spazi' più o meno planetari (la globalizzazione può essere altamente selettiva) della *global polity* — in cui si muovono alla ricerca di un ordine, in un tempo surrealmente 'reale', popoli, capitali, informazioni, identità effettive e virtuali, singolari e collettive — e i 'luoghi' in cui si sceglie di sostare, di abitare la terra.

⁽⁴⁸⁾ Resta importante sul punto la lezione di G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica* (1932) e *Il problema della scienza del diritto* (1937), ora in Id., *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. II, rispettivamente pp. 209-373 e 375-627.

MAURO BARBERIS

CONTRO IL CREAZIONISMO GIURIDICO.
IL PRECEDENTE GIUDIZIALE FRA STORIA E TEORIA

Precedents ought always to be followed except when they should not.

(R.A. Wasserstrom, *The Judicial Decision*, p. 46)

1. Una definizione preliminare di 'precedente' e di DPG. — 2. L'emersione di DPG. — 3. Emersioni dottrinali. — 4. Emersioni istituzionali. — 5. Estensioni statunitensi e internazionali. — 6. Critiche utilitariste. — 7. Critiche giusrealiste. — 8. Critiche postmoderne. — 9. Apologie e trasfigurazioni. — 10. Morali della storia.

C'è un modo di pensare diffuso, oggi screditato nelle scienze naturali ma ancora comune nel diritto: questa provincia della cultura in cui le notizie dalla capitale arrivano sempre tardi. Friedrich Hayek lo chiama costruttivismo (*constructivism*)⁽¹⁾: denominazione infelice, da usare, semmai, per la metaetica di John Rawls e dei teorici della giustizia. Questo modo di pensare, qui, verrà chiamato *creazionismo*: ma avvertendo onestamente il lettore che *de te fabula narratur*. Nella tradizione giuridica continentale, infatti, a partire dalla codificazione, se non già dal diritto romano imperiale, si tratta di un'autentica *received view*: un senso comune condiviso, temo, anche dalla maggioranza dei miei lettori, salvo forse qualche storico e qualche comparatista. Nulla di strano, del resto: spesso, il senso comune è solo il residuo di teorie scientifiche superate⁽²⁾.

(1) Cfr. F. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, London, Routledge, 1982.

(2) Cfr. A. GARGANI, *Il sapere senza fondamenti. La condotta intellettuale come strutturazione dell'esperienza comune*, Torino, Einaudi, 1975.

Chiamerò *creazionismo giuridico*, dunque, la concezione del diritto più diffusa qui e oggi: un mix di positivismo e di realismo giuridico — continentali ⁽³⁾ — che riduce il diritto a legislazione, l'interpretazione a esegesi della legge, e il *common law* a un'eccezionalità inglese, tipo la caccia alla volpe ⁽⁴⁾. Bene, il diritto anglo-americano, con la sua dottrina del precedente giudiziale (d'ora in poi DPG), e la sua specifica legalità (il *rule of law*), è solo il controesempio più vistoso al creazionismo giuridico: e comunque qualcosa con cui noi giuristi continentali dovremmo confrontarci più spesso, per costruire teorie del diritto più generali, ma pure per capire qualcosa di più di noi stessi. Una storia del precedente storicamente in grado di supportare una teoria che dovrebbe snodarsi in quattro tappe: la secolare emersione di DPG come pura pratica; la formulazione e l'istituzionalizzazione della dottrina, fra Sette e Ottocento; la caduta di questa, fra Otto e Novecento; le varie trasfigurazioni odierne.

1. *Una definizione preliminare di 'precedente' e DPG.*

Sul precedente s'è accumulata una letteratura immensa, dottrinale, storica e comparatistica. Pochi, invece, i buoni contributi teorici, e si capisce: il tema è estraneo non solo alla *allgemeine Rechtslehre* continentale ma anche alla *general jurisprudence* utilitarista, il cui obiettivo ultimo non era affatto studiare il *common law*

⁽³⁾ Si parla qui del giuspositivismo *teorico*: non del giuspositivismo *ideologico*, divenuto impresentabile dopo Auschwitz, né del giuspositivismo *metodologico*, ancora sostenibile per la teoria del diritto ma non per la dottrina. Ma forse, come sostiene sin dal titolo L.M. LLOREDO, *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista*, Madrid, Dykinson, 2012, bisognerebbe cominciare a considerare il positivismo giuridico un *paradigma*, nel senso (in uno dei sensi) di Thomas Kuhn: un modo di pensare che ha articolazioni ulteriori a quelle indicate da Noberto Bobbio oltre mezzo secolo fa, fra le quali menzionerei, oltre ai vari antiformalismi e ai giusrealismi, anche le varie forme di neogiusnaturalismo post-codificazione, compresa quella nebulosa di posizioni che sino a oggi ho chiamato neocostituzionalismo.

⁽⁴⁾ Per « *common law* » s'intendono tre cose diverse, a seconda degli antonimi dell'espressione: per opposizione a « *civil law* », la cultura o la famiglia dei sistemi giuridici anglo-americani; per opposizione a « *statute law* », i precedenti giudiziali più DPG, come vedremo; per opposizione a « *equity* », la parte del diritto giudiziale inglese unificata con l'*equity* dai *Judicature acts* (1873-1875).

bensì abolirlo, sostituendolo con la codificazione ⁽⁵⁾. Persino oggi, le uniche eccezioni a questa vera e propria perdita del problema (*Problemsverlust*) sembrano, o le rare teorie costruite a partire da dati storici e comparatistici, come la classica teoria delle fonti di Alf Ross (cfr. questa stessa sezione *in fine*), oppure affermazioni isolate di teorici anglo-americani: come il *dictum* di Joseph Raz per cui si può concepire un diritto senza legislazione, ma non uno senza giurisdizione ⁽⁶⁾.

Se si persegue l'obiettivo di una teoria del diritto (non universale, ma) più generale del creazionismo giuridico ⁽⁷⁾, invece, precedente e DPG non possono più venire ignorati. Soprattutto, non si può più ridurli a *judge made law* senz'altra qualifica o, peggio, a legislazione giudiziale: che è poi la strategia di immunizzazione contro le obiezioni dei *giuristi* inaugurata da un grande *filosofo* creazionista, Thomas Hobbes, e poi impiegata sistematicamente da un altro *filosofo* creazionista, Jeremy Bentham ⁽⁸⁾. Anche solo per indicare le tappe principali della storia di DPG, peraltro, occorre

⁽⁵⁾ In base alla lettura classica fornita da Gerald J. POSTEMA in *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon, 1986.

⁽⁶⁾ Cfr. J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 105: « the existence of norm-creating institutions though characteristic of modern legal systems is not a necessary feature of all legal systems, but [...] the existence of certain types of norms-applying institutions is ».

⁽⁷⁾ Una teoria *universale* del diritto dovrebbe dar conto del diritto in senso latissimo (*halakha* ebraico, *shari'a* islamica, *viavara* indù, *fa* cinese, ecc.) finendo per risultare disperatamente astratta, un po' come le definizioni del diritto in senso ampio fornite dalla *jurisprudence* e dalla *allgemeine Rechtslehre* positiviste. Una teoria (più) *generale* della *received view*, invece, può concentrarsi sul diritto in senso stretto e parlare di istituti come famiglia, testamento, proprietà, contratto, responsabilità civile e penale, di fatto comuni a *civil law* e *common law*. Cfr. almeno H. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*, Cambridge, Cambridge U.P., 1983; P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford, Oxford U.P., 2000; M. BARBERIS, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, Bologna, il Mulino, 2008, cap. 2.

⁽⁸⁾ Cfr., classicamente, A.W.B. SIMPSON, *The Common Law and Legal Theory*, in *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second series, Id. (ed.), Oxford, Oxford U.P., 1973, p. 86: sarebbe « merely misleading » parlare di legislazione giudiziale. Sul punto, le teorie filosofiche di Hobbes e di Bentham vengono eccezionalmente criticate da Austin, che almeno era un giurista, come vedremo più avanti. Per l'opposizione fra giuristi e filosofi mi permetto di rinviare al mio *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna, il Mulino, 2011, a cui attingo anche per la terminologia metateorica impiegata.

prima fornire una qualche definizione teorica del precedente, anche generica e provvisoria: impresa apparentemente disperata, perché fornire una definizione siffatta, a rigore, richiederebbe la previa definizione di tutte le nozioni usate nel *definiens* del *definiendum*, con un regresso all'infinito.

Se questo contributo si proponesse obiettivi solo teorici, in effetti, dovrebbe analizzare una buona dozzina di nozioni normalmente usate per definire il precedente: pratica, consuetudine, convenzione, regola, principio, dottrina, argomento, ragione, interpretazione, applicazione, giurisprudenza, stile...⁽⁹⁾ Lo farò altrove, prima o poi; qui, invece, posso solo fare due cose molto diverse. Prima, assumerò apoditticamente che la nozione di precedente sia primitiva, e non meno fondamentale di quelle appena menzionate: le quali, comunque ridefinite, concorrono a delimitare il campo semantico del termine 'precedente', che deriva il proprio significato dai rapporti con ognuna di esse. Poi, e soprattutto, adotterò la distinzione di John Gardner fra *statute law*, *customary law* e *case law*⁽¹⁰⁾, proponendo la seguente definizione teorica del precedente.

Un precedente giudiziale è la decisione di un caso concreto da parte di un giudice, invocata da un altro giudice come ragione per decidere un caso successivo al primo⁽¹¹⁾. Nel *common law* ciò avviene in base alla dottrina, nel senso di *doctrine* giudiziale (cfr. qui, § 3.), dello *stare decisis*. Questa non vige nel *civil law*: dove, per motivare una decisione giudiziale, non basta un precedente, e neppure un'intera giurisprudenza, poiché occorre almeno una

⁽⁹⁾ E ancora non basterebbe, perché a un livello filosofico più profondo il tema del precedente è connesso a concetti ancora più astratti, come identità, differenza, contraddizione, ripetizione, reciprocità, aspettativa tanto conoscitiva quanto normativa (*ex facto oritur ius*), seguire una regola (Wittgenstein), *primacy of abstract* (Hayek), eccetera eccetera.

⁽¹⁰⁾ Cfr. J. GARDNER, *Some Types of Law in Common Law Theory*, a cura di D.E. Edlin, Cambridge, Cambridge U.P., 2007, pp. 51-77.

⁽¹¹⁾ Si tratta di definizione teorico-generale, valida tanto per il *common law* come per il *civil law*, però più precisa di quella fornita da L. MORAL SORIANO, *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 17: « toda decisión judicial anterior relevante por la solución de caso futuros », evidentemente troppo lata.

legge ⁽¹²⁾. Eppure, nel diritto continentale la giurisprudenza è persino più importante che il precedente nel *common law*, benché solo come complemento e non come alternativa alla legislazione. È facile mostrare, infatti, che l'interpretazione della legge rimarrebbe indeterminata senza una giurisprudenza che fissi in ultima istanza i significati delle disposizioni: quella che Hans Kelsen e i giusrealisti genovesi chiamano la cornice delle norme ⁽¹³⁾.

Nei termini dell'appena menzionata tripartizione di Gardner, comunque, *common law* e *civil law* si distinguono così. Il *common law* è un insieme di decisioni giudiziali concrete (*case law*) più la consuetudine (*customary law*) di seguirle (di seguirne almeno una): consuetudine (una pratica, più la convinzione di doverla seguire) abbastanza antica, ma divenuta vincolante solo nel diciannovesimo secolo, come risposta alla sfida della codificazione (cfr. qui, § 5). Come vedremo meglio in seguito, in particolare, il *common law*, come insieme dei precedenti e/o delle loro *rationes decidendi*, è un mix di *case law* e di *customary law*: di decisioni prodotte intenzionalmente dai giudici più quei loro effetti non intenzionali che sono appunto i precedenti. Tali effetti sono non intenzionali nel senso di né previsti né prevedibili dai loro autori: una decisione giudiziale può essere usata come precedente anche secoli dopo. Diritto positivo, cioè fatto da uomini, dunque: ma irriducibile alle intenzioni dei suoi autori.

La teoria creazionista non è dunque del tutto sbagliata: è solo una prima e rudimentale versione del *paradigma* giuspositivista, l'idea, divenuta ovvia nella modernità, che il diritto sia fatto da

⁽¹²⁾ Il precedente è unico ed esemplato sul fatto concreto, la giurisprudenza è plurima e formata da decisioni o coerenti fra loro (*jurisprudence constante*) oppure più o meno incoerenti: cfr. M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 2007, p. 709 e ss. Sulla differenza fra *common law* e *civil law* indicata nel testo, cfr. almeno M. TROPER, *La forza dei precedenti e gli effetti perversi nel diritto*, in « Ragion pratica », 6 (1996), pp. 65 e 73.

⁽¹³⁾ Riprendo qui la teoria dell'interpretazione della Scuola di Genova, che attualmente è un *mix* dello scetticismo interpretativo di Giovanni Tarello con la *Rahmentheorie* di Kelsen, avvertendo che una rivalutazione del precedente e della giurisprudenza la trasformano da scetticismo più o meno radicale in autentico realismo giuridico.

uomini (e chi altri potrebbe farlo?) (14). Il punto è che, come ripeto da trent'anni (15), gli uomini non possono né prevedere né, meno che mai, volere, tutto il diritto che fanno. Questo è evidente per le fonti o materiali giuridici tipici del *common law*, ossia la consuetudine e il precedente; ma non è meno evidente per la legislazione. Anche questa non vige in quanto tale, nel suo spesso misterioso significato letterale (16), ma solo nelle sue interpretazioni, specie giudiziali: dunque, convertendosi in precedenti (nel *common law*) o in giurisprudenza (*civil law*). Si pensi solo alla *statutory interpretation*, che produce anch'essa precedenti, finendo così per riconvertirsi in *common law*.

Tutto ciò potrebbe essere ricondotto a due idee. Una è l'idea di Rudolf Jhering, poi ripresa da Alf Ross, che le cosiddette fonti del diritto, compresa la legge, siano solo materiali usati dai giudici (17). L'altra è l'idea di Ronald Dworkin che i giudici siano la capitale dell'impero del diritto: osservazione che credo valga non solo per il

(14) Devo la percezione che il rapporto fra creazionismo ed evolucionismo giuridico non sia di opposizione, ma che l'evoluzionismo giuridico sia solo una versione più seria e matura del paradigma giuspositivista, a una discussione con Flavia Carbonell.

(15) È un'idea che mi parve evidente già leggendo la miserevole traduzione italiana di *Law, Legislation and Liberty* di Hayek: cfr. M. BARBERIS, *Hayek e il diritto: precauzioni per l'uso*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1987, 4, pp. 511-544, e che poi ho cercato di articolare nell'acerbo M. BARBERIS, *L'evoluzione nel diritto*, Torino, Giappichelli, 1998.

(16) Cfr. almeno *Significato letterale e interpretazione del diritto*, a cura di V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 2000, e soprattutto, da ultimo, F. POGGI, *The Myth of Literal Meaning in Legal Interpretation*, in « Analisi e diritto », 2013, pp. 313-335. Segnalo appena che il cosiddetto argomento letterale o del significato proprio delle parole non compare neppure — in quanto tale, ma solo nella forma di argomento *a contrario* — nella più completa elencazione degli argomenti interpretativi stilata trentacinque anni fa da G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 341-396: omissione che fa riflettere, non nel senso che la famiglia di argomenti chiamati letterali non siano argomenti, ma nel senso che siano un po' diversi dagli argomenti strettamente giuridici.

(17) Cfr. R. VON JHERING, *Unsere Aufgabe* (1857), trad. cast. *Nuestra tarea*, in « Eunomia », 4 (2013), pp. 234-275, e il notissimo capitolo terzo di A. ROSS, *On Law and Justice* (1952), London, Stevens, 1958: sui quali cfr. ancora LLOREDO, *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista*, cit. Sulla cosiddetta crisi delle fonti — uno fenomeni più universalmente conosciuti del diritto contemporaneo — cfr. invece G. PINO, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, Mucchi, 2014.

common law — come credeva lui, in base alle sue preferenze ideologiche — ma per tutto il diritto ⁽¹⁸⁾. La condizione minima perché un fenomeno possa qualificarsi diritto è l'amministrazione della giustizia da parte di un soggetto in grado di imporre coattivamente le proprie decisioni. In ciò consiste, fra l'altro, tutta la connessione necessaria, ossia definitoria, che c'è fra diritto e giustizia ⁽¹⁹⁾. Certo, il diritto prodotto dai giudici è sempre stato limitato da materiali più o meno vincolanti: consuetudini, precedenti, leggi, costituzioni... Ma precedenti e giurisprudenza continuano a giocare un ruolo decisivo: come vediamo subito.

2. *L'emersione di DPG.*

Quando si ripete, a proposito del *common law*, il vecchio luogo comune che il diritto nasce dalle consuetudini, si dimentica che queste, nel diritto angloamericano, giocano un doppio ruolo. Uno è genetico: il *common law* origina da consuetudini selezionate come giuridiche da parte dei giudici. Un altro ruolo è giustificativo: la stessa DPG è solo una consuetudine giudiziale, formulata e istituzionalizzata nell'Ottocento — nei limiti in cui può esserlo una consuetudine — dalla House of Lords britannica. DPG, in particolare, presenta i due tratti distintivi delle consuetudini: per il *contenuto*, seguire precedenti inizia come semplice pratica che diviene progressivamente obbligatoria sino a esser dichiarata tale dal su-

⁽¹⁸⁾ R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard U.P., 1986. Come spesso mi succede, credo che questa idea fosse centrale nel pensiero di Giovanni Tarello: il maestro da cui ho ereditato la copia di *Law's Empire* che ancora uso, e il cui primo libro serio era sul giusrealismo statunitense. Cercando una base testuale per questa impressione, peraltro, ho trovato solo una presa di distanze dall'idea ingenua che il diritto possa *ridursi*, in sede di definizione, al diritto giudiziale: cfr. ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino, 1988, pp. 157-158. Eppure, i tre tipi paradigmatici di diritto da lui indicati nello stesso lavoro in sede di definizione teorica di 'diritto' — civile, penale, e costituzionale — si sono chiamati plausibilmente diritto quando hanno cominciato a essere amministrati da un giudice.

⁽¹⁹⁾ Ci ricorda quest'ovvia distinzione fra due sensi di 'giustizia', uno interno al diritto (come in 'amministrazione della giustizia'), l'altro esterno (come in 'giustizia divina') G. COLOMBO, *Sulle regole*, Milano, Feltrinelli, 2012, p. 19 e ss. Su un'analoga distinzione fra giustizia *legale* e giustizia *sociale*, affetta però da pesanti compromissioni ideologiche, si regge tutta la seconda parte di HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, cit.

premo giudice inglese; per la *forma*, precedenti e DPG hanno formulazione meramente dichiarativa e non costitutiva, come l'hanno invece le leggi ⁽²⁰⁾.

Vedremo nelle prossime sezioni che il *common law*, in base alla sua dottrina classica, sarebbe l'insieme coerente delle consuetudini generali, ossia non locali, del Regno d'Inghilterra. Di fatto, i giudici dei re normanni, originariamente itineranti, raccolsero le consuetudini inglesi con il contributo decisivo delle *juries* locali. Erano queste, come *peer* dei litiganti o dell'accusato, che conoscevano le consuetudini locali, d'origine sassone, danese o celtica; erano i giurati, non i giudici, a conoscere il fatto concreto, nucleo del processo di *common law* e forse di qualsiasi processo, e ad applicargli un diritto originariamente consuetudinario ⁽²¹⁾. I giudici, originariamente commilitoni, commensali o compagni di caccia del re, di solito privi di formazione giuridica, avevano l'unica funzione di conferire alla decisione della giuria la sanzione dell'autorità sovrana.

Quando i giudici itineranti si stanziarono a Westminster, così, s'era ormai formato un *corpus* di decisioni chiamato *common law*, con la duplice legittimazione della sanzione regia e della corrispondenza alle consuetudini locali. Secoli dopo, John Austin scriverà che le consuetudini divengono giuridiche proprio in virtù della loro applicazione giudiziale ⁽²²⁾: e in effetti furono proprio le giurie e le corti a raccogliere e selezionare le consuetudini inglesi, trasformandole in diritto. In una società agricola e in una cultura orale, esse avevano a che fare soprattutto con la proprietà terriera: l'istituzione attorno alla quale ruota anche il *ius* romano. Le decisioni erano di solito registrate da studenti di diritto che assistevano alle udienze, più per imparare il mestiere di avvocato che per conservarle: gli

⁽²⁰⁾ Cfr., paradigmaticamente, R. CROSS, *Precedent in English Law* (1968), Oxford, Clarendon, 1977, p. 33.

⁽²¹⁾ Vi sono decisioni giudiziali formate solo dalla ricostruzione del fatto, e la cui *ratio decidendi* dev'essere inferita dagli stessi fatti: cfr. G.J. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence* (part I), in «Oxford University Commonwealth Law Journal», 2 (2002), 2, p. 159.

⁽²²⁾ Cfr. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), London, Weidenfeld and Nicolson, 1954, pp. 30-32.

Yearbooks erano solo la documentazione scritta di un diritto non scritto.

Il *common law* era e resta, in effetti, un diritto essenzialmente particolaristico — ossia, al contempo, casistico e olistico — con tutti i rischi di arbitrio che questo comporta ⁽²³⁾. *Uti singulae*, le decisioni sono sempre *ad hoc*, intenzionalmente orientate alla soluzione del caso concreto, benché non isolate l'una dall'altra. *Uti universae*, invece, esse tendono a una coerenza che — come dice Raz del sistema giuridico in generale — non può essere globale ma solo locale ⁽²⁴⁾. Anche perseguire questo modesto ideale di coerenza, peraltro, sarebbe stato una chimera sinché seguire i precedenti fosse rimasta una mera pratica, giustificata solo dalla dubbia autorità della tradizione e spiegata dalla comodità di riferirsi a decisioni già adottate da altri. Questo, per inciso, è quanto il *common law* è stato per circa mezzo millennio: mero *case law*, senza DPG.

La situazione, d'altronde, non era troppo diversa neppure sul Continente. Pure in Francia, ad esempio, si applicavano *coutumes*, e talvolta, quando queste regolavano specificamente il caso, persino leggi, come gli *statutes* normanni; solo in seguito le *coutumes* furono messe per iscritto e trasformate in fonti subordinate alla legge ⁽²⁵⁾. Non sarebbe infondata, dunque, l'analogia tracciata da Gino Gorla fra *common law* e *ius commune* ⁽²⁶⁾, se non occultasse due grandi differenze. Intanto, il *ius commune* era diritto romano riformulato da giuristi universitari: a differenza del *common law*, quindi, non era né autoctono né prodotto da giudici. Poi, la tradizione giuridica continentale produsse quella concezione legislativa del diritto che qui viene chiamata creazionismo giuridico. Come un dio crea il mondo,

⁽²³⁾ Sul particolarismo etico cfr., in campo giuridico, H. BOUVIER, *Particularismo y derecho. Un abordaje post-positivista en el ámbito práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2012, in campo politico, M. CUONO, *Decidere caso per caso. Figure del potere arbitrario*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

⁽²⁴⁾ Così J. RAZ, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon, 1994, pp. 298-303.

⁽²⁵⁾ Su tutto questo, cfr. almeno M. TROPER, *The Structure of the Legal System and the Emergence of the State*, Straus Working Papers 06/12, <http://nyustraus.or/index.html>.

⁽²⁶⁾ Cfr., sin dal titolo, i saggi raccolti in G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981.

cioè, così il legislatore crea il diritto: persino quando questo ha chiare origini consuetudinarie e giudiziali.

3. *Emersioni dottrinali.*

La parola ‘dottrina’ presenta almeno tre significati, dal più generico al più specifico. In un *primo* senso, etimologico, ‘dottrina’ indica qualsiasi discorso abbastanza organizzato da permetterne l’insegnamento (*docere*). Dottrina per antonomasia, nel diritto continentale, è ovviamente la dogmatica o scienza giuridica, sviluppatasi soprattutto nelle università: dottrina che nel diritto angloamericano, invece, fu di fatto surrogata dalla giurisprudenza. In un *secondo* senso, ‘dottrina’ indica tesi dogmatiche o postulati politici (Stato di diritto, separazione dei poteri, tipicità dell’illecito...), formulati dai giuristi meno per conoscere il diritto che per inferirne norme (27). In un *terzo* senso, infine, ‘dottrina’, calco dell’inglese ‘doctrine’, indica massime, principi e standard enunciati dai giudici di *common law* nelle loro decisioni.

DPG è una *doctrine* appunto in questo terzo senso giudiziale. La sua adozione ufficiale da parte delle corti inglesi, tuttavia, fu preceduta da una tradizione dottrinale in entrambi gli altri due significati di ‘dottrina’, sia pure con le connotazioni peculiari che l’espressione assume in questo contesto. In particolare, questa tradizione si sviluppò fuori dalle Università di Oxford e Cambridge, a opera di grandi giudici e intrecciandosi — se non è proprio la stessa cosa — con l’altra tradizione che a partire dal ventesimo secolo si chiama retrospettivamente *constitutionalism* (28). Detto altrimenti, in assenza di costituzione scritta, e a fronte di *Bills* o dichiarazioni dei diritti con forza di legge ordinaria, sempre revocabili dal Parlamento, il *common law* ha giocato anche il ruolo, costituzionale, di garantire gli immemorabili *rights* degli inglesi (29).

(27) Si tratta delle tesi dogmatiche di cui parla Riccardo Guastini, da ultimo in *Distinguendo ancora*, Madrid, Marcial Pons, 2013, specie pp. 36-38.

(28) Pure qui devo rinviare a un mio libretto: M. BARBERIS, *Stato costituzionale*, Modena, Mucchi, 2012.

(29) Tutto ciò è già chiaro in M. HALE, *The History of the Common Law of England* (1713), ed. by C.M. Gray, Chicago, University of Chicago Press, 1971, p. 30:

Lo sviluppo di una dottrina (nel primo senso) di *common law*, che risale almeno all'opera di Henry Bracton, accelera di fronte ai tentativi, già abbozzati in epoca Tudor e poi perseguiti dalla dinastia scozzese degli Stuart, di importare in Inghilterra le dottrine (nel secondo senso) della sovranità elaborate dai legisti al servizio del re di Francia. Fu la reazione dei *common lawyers* schierati dalla parte del Parlamento, nella contesa che oppose quest'ultimo a Giacomo I Stuart, a coagulare la cosiddetta dottrina classica del *common law* ⁽³⁰⁾. *En passant*, solo chi ignori il ruolo ausiliario e rimediato giocato tradizionalmente dalla legislazione rispetto al *common law* potrà stupirsi di questa alleanza fra *common lawyers* e parlamentari. Allora, infatti, la legislazione era ancora percepita più come una prerogativa del monarca che come una funzione del Parlamento.

Reagendo alle teorizzazioni assolutiste dello stesso Giacomo I, il cui presupposto concettuale era già una concezione creazionista del diritto come legislazione, autori abbastanza differenti fra loro come Edward Coke, John Selden e Matthew Hale formularono la dottrina classica del *common law* usando due ingredienti, entrambi tradizionali, anti-legislativi e solo apparentemente antinomici: consuetudini e ragione ⁽³¹⁾. È abbastanza conosciuta, almeno dal *Dialogue between a Philosopher and a Student* (1681) di Hobbes, la dottrina di Coke della *artificial reason* dei *common lawyers*, in

« [the common law is] the complection and the constitution of English Commonwealth ». Ma tutto ciò resta ovvio, quasi due secoli dopo, in A. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), London, MacMillan, 1915: la classica teorizzazione, al contempo, sia delle dottrine (nel secondo senso) della *sovereignty of Parliament*, sia del *rule of law*.

⁽³⁰⁾ Cfr. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence* (part I), cit., pp. 155-180 e Id., *Classical Common Law Jurisprudence* (part II), in « Oxford University Commonwealth Law Journal », 3 (2003), 1, pp. 1-28.

⁽³¹⁾ Come già dice Coke nel famoso *Calvin's Case* (1608), nel silenzio della legge il caso si considera regolato *moribus et consuetudinibus*, e in assenza pure di queste dalla *ratio*. In effetti, era comune l'idea che consuetudini e precedenti potessero usarsi solo dopo un controllo della loro ragionevolezza, così da evitare palesi assurdità. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence* (part I), cit., p. 176, osserva che « Common law jurisprudence was built on two complementary and interdependent notions: custom and reason ». Ricordo appena che la classica teoria giusrealista delle fonti di Ross assimila *custom* e *reason* — prima tappa nell'evoluzione dei materiali giuridici che limitano la *discretion* del giudice — sotto il concetto di tradizione.

opposizione alla dottrina della *natural reason* del sovrano e dei suoi funzionari. Meno conosciuta è una terza dottrina, di Hale, per cui si dovrebbe confidare sì nella *natural reason*, ma non in quella del monarca o dei suoi funzionari, bensì in quella di casuisti, docenti universitari, filosofi morali e politici ⁽³²⁾.

Ma torniamo alla consuetudine, avvertendo che nella dottrina classica del *common law* il giudice la formula in riferimento al caso concreto. Alla consuetudine, per esempio, si riferisce la famosa sezione 39 della *Magna Charta* (1215), che proibisce di privare i sudditi del re d'Inghilterra di « libertatibus vel liberis consuetudinibus suis ». Si pensi anche al titolo dell'opera di Bracton *De legibus et consuetudinibus Angliae* (s. d., ma prima del 1235): locuzione che permette di ipotizzare la coincidenza della *lex terrae*, la *law of the land* degli inglesi, con leggi e consuetudini: espressione che suonerà ancora come un'endiadi in Hale, secoli più tardi. Il *common law* è sempre lo stesso diritto, come la nave di Teseo è sempre la stessa nave, nonostante il cambiamento delle parti: ma presenta due forme, una scritta, la legge, l'altra non scritta, la consuetudine ⁽³³⁾.

Si può ben immaginare che i giudici, anche in assenza di qualsivoglia obbligo di motivazione, abbiano detto di applicare un diritto preesistente alle loro decisioni: il *common law*, l'insieme delle (poche) leggi regie e delle (tante) consuetudini inglesi. Tuttavia, e di fatto, lo stesso diritto non scritto veniva formulato verbalmente solo nel processo, a fronte di un caso controverso. Per questo Austin dirà che le consuetudini appartengono alla morale positiva — concetto che è la sua unica grande invenzione teorica ⁽³⁴⁾ — sinché i sudditi

⁽³²⁾ Letteralmente, nelle sue *Reflexions of the Chief Justice Hale on Mr Hobbes Dialogue of the Law* (postumo, 1835), Hale osserva che si deve confidare nella *natural reason* « of casuists, schoolmen, moral philosophers' and political actors trained by them » (W. HOLDSWORTH, *A History of English Law (1903-1966)*, London, Methuen, 1956, vol. 5, p. 503).

⁽³³⁾ Cfr. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence* (part. I), cit., p. 174, dove si cita il seguente passaggio della *History of Common Law of England* (1713, ma scritta dopo la restaurazione degli Stuart) di Hale: gli stessi *Acts of Parliament* sarebbero « as it were incorporated therewith, and become a part of common law ».

⁽³⁴⁾ Sul quale si può solo rinviare al definitivo N. MUFFATO, *Morale positiva vs. morale critica*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 44 (2014), 1, pp. 115-147.

le rispettano tacitamente, mentre pertengono al diritto positivo a partire dalla loro applicazione al caso concreto, e dalla formulazione verbale che ne fanno le corti. È in relazione al caso giudiziale, in effetti, che una consuetudine sociale si trasforma in una norma giuridica: quella norma non legislativa che è il precedente.

Comunque sia, DPG, quasi assente prima, emerge faticosamente nei due maggiori autori giuridici del Settecento inglese: entrambi giudici, naturalmente. Il *primo* giudice, per la verità, fu abbastanza mediocre come tale da dovere la propria fama solo al fatto di essere stato il primo docente universitario di diritto inglese, ed è William Blackstone. Egli stabilisce per un secolo l'ortodossia giuridica affermando che « it is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation ». Corollario dell'ortodossia era che il precedente dovesse seguirsi a meno che fosse « manifestly unjust and absurd »; che poi la decisione ingiusta e/o assurda non fosse « bad law, but that was *no* law »⁽³⁵⁾ diverrà quasi due secoli dopo, per merito o per colpa di Herbert Hart, lo stereotipo del giusnaturalismo.

Il *secondo* giudice fu William Murray, primo Earl of Mansfield: il magistrato più autorevole del diciottesimo secolo, l'oracolo di cui il giovane Bentham non perdeva un'udienza, mentre di Blackstone seguì sì e no tre lezioni, peraltro sufficienti a considerarlo la sua *bête noire* per tutta la vita. Fu Mansfield, in effetti, a scrivere che « precedent, though it be the evidence of law, is not law itself, much less the whole of the law »⁽³⁶⁾. Fu Mansfield a dire che il *common law* « does not consist in particular cases, but in general principles, which run through the cases, and govern the decisions of them »⁽³⁷⁾. E fu lo stesso Mansfield, infine, a sostenere che vi fosse una cruciale distinzione fra *ratio decidendi*, logicamente necessaria alla soluzione

⁽³⁵⁾ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon, 1765-1769, vol. I, p. 67. Ecco, molto banalmente, la tesi su cui è esemplata la definizione del giusnaturalismo in termini di connessione necessaria fra diritto e morale: definizione che, dopo la generalizzazione fattane da Herbert Hart, fa ancora correre fiumi d'inchiostro.

⁽³⁶⁾ In *Jones vs. Randall* (1774), cit. in D. LIEBERMAN, *The Province of Legislation Determined*, Cambridge, Cambridge U.P., 1989, p. 126.

⁽³⁷⁾ In *Rust vs. Cooper* (1777), sempre citato da LIEBERMAN, *The Province of Legislation Determined*, cit., p. 126 n. 61: idea poi ripresa ai nostri tempi da Hayek.

del caso, e *obiter dictum*, meramente esornativo: distinzione abbastanza controversa, peraltro, da dovervi tornare ancora (cfr. § 7 *in fine*).

4. *Emersioni istituzionali.*

La dottrina dello *stare decisis*, qui DPG, sinché formulata nel secolo XVIII da Blackstone e Mansfield⁽³⁸⁾, non era ancora istituzionalizzata, ossia formulata e accettata dalle istituzioni giudiziali supreme del Regno Unito. I giudici dei re normanni stabilitesi dall'inizio del secolo XIV a Westminster, il *sancta sanctorum* di tutti i poteri inglesi, da allora tenevano udienza in tre grandi corti: King's Bench, Common Pleas ed Exchequer, con competenze che noi diremmo, grosso modo, rispettivamente penali, civili e fiscali. Poi vi erano la Chancery regia, che andrà trasformandosi in corte di *Equity*, e la stessa House of Lords, composta da nobiletti di campagna di solito altrettanto digiuni di diritto che gli originari commilitoni del re. Ciò impediva alla Corte di avere quell'autorità di giudice di ultima istanza che acquisterà solo nel diciannovesimo secolo.

Almeno a partire da Hobbes, la tradizione giuspositivista ha perpetrato un'autentica falsificazione storica del *common law*, contrabbandandolo per legislazione delegata del sovrano: mentre i *common lawyers*, loro, lo concepivano poco meno che come l'autentica costituzione non scritta del paese (cfr. § 3). In realtà, la pretesa delegazione — l'atto intenzionale con cui il re delega i giudici a legiferare in sua vece — è una tipica finzione creazionista: una delle tante finzioni del diritto e della politica inglesi. La cosiddetta delegazione dovrebbe più esattamente chiamarsi *dislocazione*, non intenzionale, di un potere di giudicare solo nominalmente conferito al monarca: come lo stesso potere di legiferare, del resto, che passerà dal re al Parlamento, al riparo di quell'altra bella finzione che è il *King-in-Parliament*.

⁽³⁸⁾ Come scrive POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence* (part II), cit., p. 12, « *Stare decisis* was not a doctrine of common law before the 18th century ». Cfr. anche SIMPSON, *The Common Law and Legal Theory*, cit., e riassuntivamente D. FREDA, « Una dispotica creazione ». *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento*, Torino, Giappichelli, 2012.

Sofferamoci un attimo su questa delegazione del potere di giudicare: esempio paradigmatico di quegli effetti non intenzionali dell'azione umana intenzionale che sono il vero motore dell'evoluzione di tutto il diritto, e non solo del *common law*. Di fatto, i re inglesi non delegarono proprio nessuno a legiferare in loro vece: meno che mai i giudici, i quali *non* erano neppure funzionari regi ma avvocati, esponenti non dello Stato bensì di quella che oggi si chiama la società civile. Più semplicemente, i re inglesi assentirono tacitamente a che il loro potere giudiziale fosse di fatto esercitato dai giudici: sicché la pretesa delegazione del potere giudiziario fu solo l'effetto non intenzionale o di composizione, come direbbe Karl Menger, dell'indifferenza dei monarchi e dell'attivismo dei giudici. Con la sua abituale chiarezza, Austin lo ammette nel modo seguente, facendo giustizia di tutte le falsificazioni e gettando ulteriore luce sui rapporti fra consuetudine e precedente.

The opinion of the part which abhors judge-made law springs from their inadequate conception of the nature of commands. As well as other significations of desire, a command is express or tacit. If the desire be signified by words (written or spoken), the command is express. If the desire is signified by conduct [...] the command is tacit. Now when customs are turned into legal rules by decisions of subject judges, the legal rules which emerge from the customs are *tacit* commands of the sovereign legislature. The State, which is able to abolish, permits its ministers to enforce them: and it, therefore, signifies its pleasure, by that its voluntary acquiescence, 'that they shall serve as a law to the governed' ⁽³⁹⁾.

Questa la critica austiniana della critica del *common law*, formulata da Bentham prima dell'istituzionalizzazione di DPG ⁽⁴⁰⁾. Tale istituzionalizzazione dipende da molte condizioni, tanto esogene, come la reazione alle codificazioni continentali, quanto endogene: come la pubblicazione dei testi delle sentenze in *Law reports*

⁽³⁹⁾ Così AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 32: il bersaglio della critica, benché non nominato, è chiaramente Bentham. Per la distinzione fra delegazione (intenzionale) e dislocazione (non intenzionale) rinvio ancora a BARBERIS, *Stato costituzionale*, cit., p. 36.

⁽⁴⁰⁾ Lo sottolinea N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge U.P., 2008, pp. 17-18: libro non originale, come la quasi totalità dei testi teorici sul precedente, ma che almeno fornisce una larga messe di informazioni utili sul tema.

più affidabili degli *Yearbooks* ⁽⁴¹⁾, e l'assunzione da parte della sezione giudiziale della House of Lords, ora formata da giuristi professionali, del ruolo di tribunale di ultima istanza ⁽⁴²⁾. Ma l'istituzionalizzazione di DPG, soprattutto, riflette un'idea di certezza del diritto al contempo diversa ma comparabile rispetto a quelle che avevano presieduto alle codificazioni prussiana, francese e austriaca. La subordinazione inglese del giudice al precedente, cioè, svolge funzioni analoghe alla subordinazione continentale del giudice alla legge.

La trasformazione della pratica dello *stare decisis* in un'autentica consuetudine giudiziale, vincolante per giudici inferiori e posteriori, si conclude solo nella seconda metà del secolo XIX, fra le decisioni della stessa House of Lords note come *Beamish vs. Beamish* (1861) e *London tramways* (1898). La *prima* decisione recita: « The Law laid down as your *ratio decidendi*, being clearly binding on all inferior tribunals, and on all the rest of the Queen's subjects, if it were not considered as equally binding on your Lordships, this House would be arrogating itself the right of altering the law, and legislating by its own separate authority ». Come sempre, in una cultura tradizionalista come quella di *common law*, il mutamento è obliquamente camuffato da conferma della tradizione: in questo caso, da conferma della pratica condivisa dello *stare decisis*.

Nel frattempo, i *Judicature Acts* (1873-1875) facevano dell'Appellate Committee della House of Lords, formato dal Lord Chancellor e da altri dodici Law Lords, il tribunale di ultima istanza d'Inghilterra, Scozia e Irlanda del Nord. È in questo ruolo che la Corte detta la *seconda* decisione, *London Tramways Co v. London County Council* (1898), il cui passaggio più noto, formulato da Lord Halsbury, suona: « a decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards, and [...] it is impossible to raise that question again as if it was *res integra* and could be reargued, and so the House be asked to reverse its own

⁽⁴¹⁾ Cfr. FREDA, « Una dispotica creazione », cit., pp. 53-78.

⁽⁴²⁾ Cfr. R. STEVENS, *Law and Politics: the House of Lords as a Judicial Body, 1800-1976*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1979, e in particolare J. EVANS, *Change in Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century*, in *Precedent in Law*, L. Goldstein (ed.), Oxford, Clarendon, 1987, pp. 48-51.

decision. That is a principle which has been, I believe, without any real decision to the contrary, established now for some centuries ».

Questa decisione, ritenuta nella storia del *common law* costitutiva di DPG, in realtà è formulata come dichiarativa di una pratica tradizionale, che era andata convertendosi nei secoli in una vera e propria consuetudine giudiziale. Se consideriamo *London Tramways* come la formulazione ufficiale di DPG, in effetti, essa presenta almeno due tratti distintivi dell'articolazione verbale di una consuetudine: intanto, la formulazione dichiarativa, né costitutiva né canonica, ma poi, e soprattutto, il fatto di essere l'effetto non intenzionale di atti umani intenzionali. La vera intenzione dei giudici, se mai ci fu, non era affatto stabilire DPG, benché questo fosse l'effetto del loro atto. Molto più modestamente, essi intendevano solo scoraggiare gli avvocati dal risollevarne di nuovo e poi ancora, indefinitamente, questioni di diritto già decise dalla Corte ⁽⁴³⁾.

A questo punto, gli studiosi del *common law* ripetono invariabilmente che *London Tramways* è stata *overruled* o addirittura abrogata — come se fosse una legge — dal sin troppo famoso *Practice Statement* della House of Lords nel 1966, formulato nei termini seguenti:

Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases [...] Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case, and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision *when it appears right to do so* (corsivo aggiunto).

Pare un po' ingenuo, peraltro, prendere così sul serio le formulazioni di DPG fornite da Their Lordships, sino a ritenerle un atto quasi-legislativo. La Corte non può abrogare nulla, perché — per definizione, e con buona pace di Hobbes, Bentham e tutto il

(43) Così J.H. LANGBEIN, *Modern Jurisprudence in the House of Lords: the Passing of London Tramways*, in « Cornell Law Review », 53 (1968), pp. 807-813 e in particolare p. 810 (benché in termini non di *intention* ma di *incidence*): « The real incidence of the rule was preventive: it served throughout the twentieth century to deter the bringing of litigation that would have required the overturning of a previous decision ».

creazionismo giuridico — il mestiere dei giudici è rendere giustizia fra le parti, non legiferare ⁽⁴⁴⁾. Di fatto, dopo il *Practice statement*, la House of Lords, e le corti superiori istituite da riforme successive ⁽⁴⁵⁾, hanno continuato a seguire i loro precedenti né più né meno di prima. Mistero che si spiega facilmente: basta adottare la distinzione di Gardner fra *statute law*, *customary law* e *case law* (cfr. qui, § 1). In base ad essa, infatti, DPG è la formulazione dichiarativa di una consuetudine giudiziale generale, e il *common law* è solo un insieme di decisioni concrete (*case law*) più la consuetudine giudiziale generale di seguirle.

Come tutte le consuetudini, anche DPG può ben essere formulata, come fa qui la House of Lords; ma la sua formulazione — specie l'incredibile formula « when it appears right to do so » — non è canonica, e i giudici successivi possono farne quel che vogliono: anche ignorarla bellamente, come la stessa House of Lords. I precedenti — e anche il *Practice statement*, che se ne distingue solo perché astratto e non concreto — non sono più vincolanti delle consuetudini: la forza vincolante, proprietà definitoria di entrambi, dipende solo dalla pratica. Seguire un precedente non è qualcosa di più pretenzioso che seguire una regola; alla domanda se un precedente vincola i suoi applicatori, cioè, si può solo rispondere così: aspetta e vedi. Certo, normalmente i precedenti *sono* seguiti: se non lo fossero, non potrebbero neppure considerarsi precedenti.

5. *Estensioni statunitensi e internazionali.*

Il *common law*, esportato dall'Inghilterra al Nuovo mondo negli anni della colonizzazione britannica del Nordamerica, ebbe almeno tre estensioni: la prima, dalle corti inglesi a quelle degli Stati Uniti; la seconda, dal diritto civile o penale al diritto costituzionale; la terza, dal diritto costituzionale all'internazionale o dell'Unione

⁽⁴⁴⁾ Qui la buona domanda fu formulata lo stesso anno, sin dal titolo, da Neil MacCormick: *Can Stare Decisis be Abolished?*, in «Juridical Review», 1966, pp. 197-213.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. almeno V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. I, *Testo e materiali per un confronto civil law-common law*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 294-301.

Europea. Questi processi di costituzionalizzazione, internazionalizzazione e comunitarizzazione, a parte la cacofonia, corrispondono nientemeno a un'estensione dello stesso concetto di diritto occidentale dal suo nucleo originario — il diritto privato-penale — al diritto pubblico, costituzionale, internazionale e anche europeo (46). L'ultima fase di questi processi, oltretutto, mostra che la concezione legislativa e creazionista del diritto, lungi dall'essere progressiva, è regressiva rispetto a una concezione giudiziale ed evolucionista.

La prima estensione vede il passaggio dal *common law* inglese, più vincolato al precedente e alla sua tradizionale versione retrospettiva, al *common law* statunitense: più frammentato, con giurisdizioni diverse fra Stato federale e Stati federati, e con una massa di precedenti meno vincolanti già per la loro quantità. Sono queste caratteristiche distintive del *common law* nordamericano a spiegare il sorgere della teoria classica di tale diritto: il realismo giuridico statunitense. Lungi dall'essere una forma di scetticismo interpretativo — secondo la formula denigratoria coniata nei suoi confronti da Hart — questo era davvero una specie del genere realismo: la salutare reazione dei giuristi nordamericani più consapevoli alla pretesa, formalistica in più sensi di formalismo, d'importare negli States le vecchie finzioni inglesi più forme di *legal education* continentali (47).

L'idea hobbesiana e benthamiana che i giudici legiferino, pur facendo a pugno con la definizione stessa di 'giudice', trova qui una qualche realizzazione nel *prospective overruling*: il superamento di precedenti solo *pro futuro* che aggiorna il *common law* eliminandone quanto vedremo esserne il principale difetto secondo Bentham, la retroattività (48). Questa è davvero una specie di legislazione giudi-

(46) Su tutto ciò, mi permetto di rinviare ancora a un mio lavoro, BARBERIS, *Europa del diritto*, cit.

(47) Su 'realismo giuridico' e 'formalismo giuridico' non posso che rinviare ai due libri meno letti e compresi, tutto sommato, di TARELLO: *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, e *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, il Mulino, 1974, pp. 19-85.

(48) Cfr. B.H. LEVY, *Realist Jurisprudence and Prospective Overruling*, in « University of Pennsylvania Law Review », 109 (1960), 1, pp. 1-30; R.E. KEETON, *Judicial Law Reform. A Perspective on the Performance of Appellate Courts*, in « Texas Law Review », 44 (1965-1966), p. 1254 e ss.; W.V. SHAEFER, *The Control of "Sunbursts": Techniques of Prospective Overruling*, in « New York University Law Review », 42 (1967), p. 631 e ss.

ziale: un autentico ossimoro per un qualsiasi giurista inglese, e difatti concepito solo da filosofi creazionisti affascinati dall'assolutismo continentale e strutturalmente incapaci di comprendere il *common law*. Il *prospective overruling*, invece, valendo solo per il futuro, è davvero simile all'abrogazione della legge, e converte il giudice in una sorta di co-legislatore che persegue obiettivi di *social engineering*, sia pure a partire dal caso concreto.

La *seconda* estensione del *common law* dipende dal doppio livello di legalità, assente in un Regno Unito ormai retto dalla *sovereignty of Parliament*. Tale doppio livello, suggerito già dalla struttura federale della costituzione, emerge e si istituzionalizza solo con quel super-precedente che è *Marbury vs. Madison* (1803): il quale a propria volta istituisce quel *judicial review of legislation* reso concepibile, per un giurista angloamericano, dalla tradizionale superiorità del *common law* sulla legislazione. In realtà, chiunque conosca anche per sommi capi il sistema giuridico statunitense, sa che vi sono molte altre differenze fra vari tipi di giudici: differenze tali, comunque, da rendere poco meno che mistificatoria la qualificazione del giusrealismo statunitense in termini di scetticismo interpretativo che Hart desume da Jerome Frank ⁽⁴⁹⁾

Schematizzando, nel sistema giuridico statunitense vi sono tre tipi di giudici, che esercitano tre forme d'interpretazione differenti. Vi sono, anzitutto, giudici di prima istanza, con casi di *routine* o *easy*, e vincolo del precedente più stretto: ed è per questi che assume qualche plausibilità l'idea formalista che il giudice si limita ad applicare regole precostituite. Vi sono, poi, *Courts of Appeal*, cui di fatto arrivano solo casi tanto controversi, o *hard*, da determinare non solo l'allentamento del vincolo del precedente, ma da rendere plausibile, se non vero *by definition*, il cosiddetto scetticismo interpretativo. Vi è, infine, la Corte suprema, che sceglie i casi di cui

(49) Il riferimento è al famoso settimo capitolo di H. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961, che desumeva la qualificazione di *rule-skeptics*, per i giusrealisti statunitensi, da J. FRANK, *The Bramble Bush*, New York, Oceana, 1930. I molti equivoci che nascono dalle consuete letture continentali di questi testi derivano dal fatto che Hart parla meno dell'interpretazione di disposizioni che dell'*adjudication*, di cui l'interpretazione di disposizioni è un aspetto solo eventuale, e che anche l'opposizione fra *rule-skeptics* e *fact-skeptics*, tracciata da Frank, è illusoria rispetto all'attività di un giudice che ruota intorno alla qualificazione di un fatto nei termini di una norma.

occuparsi in base a criteri più politici che giuridici, e il cui *judicial review* oscilla fra decisioni dipendenti dalla maggioranza prodotta dalle nomine presidenziale, e pochi ed eterogenei super-precedenti difficili da *overrule*, come lo stesso *Marbury* e *Roe vs. Wade* (1973) ⁽⁵⁰⁾.

La *terza* estensione del *common law* riguarda lo sviluppo di un vero e proprio diritto internazionale, formato non solo da consuetudini e trattati ma anche da una giurisprudenza internazionale che coniuga *civil law* e *common law*. Pur in assenza di una DPG ufficiale e in forme non giudiziali, rappresentate da decisioni di autorità statali, internazionali e transnazionali, o anche private e del terzo settore, anche qui il precedente gioca un ruolo insostituibile ⁽⁵¹⁾. Si pensi solo alla giurisprudenza sui diritti umani, evolutasi interpretando dichiarazioni dei diritti inevitabilmente generiche ⁽⁵²⁾, e al fenomeno del *comparativism*, l'uso transnazionale di fonti-materiali giuridici a rigore meramente nazionali, come le decisioni di Corti costituzionali interne ⁽⁵³⁾. Tutti questi processi, sui quali si sta accumulando una letteratura spaventosa non solo per la quantità, impongono almeno una provvisoria conclusione.

Nella storia del diritto e nel diritto comparato, ma anche in quella prosecuzione di entrambi a un livello di astrazione più alto che è la teoria del diritto, non ha senso parlare di *una* DPG condivisa. Semmai, si tratta di processi globali nei quali il precedente giudiziale acquista un ruolo altrettanto visibile, perché esplicito, che nel *common law*, e molto più visibile che nel diritto continentale, dove lo stesso ruolo è giocato dalla giurisprudenza. Si pensi solo al diritto dell'Unione Europea: la cui origine giurisprudenziale è altrettanto evidente di quella di interi altri rami del

⁽⁵⁰⁾ Cfr. M.J. GEHARDT, *The Power of Precedent*, Oxford, Oxford U.P., 1996.

⁽⁵¹⁾ Cfr. M. SHAHABUDDEN, *Precedent in the World Court*, Cambridge, Cambridge U.P., 2007.

⁽⁵²⁾ Come ci ricorda, dissolvendo l'incomprensione benthamiana dei diritti dell'uomo, B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 85-124.

⁽⁵³⁾ Cfr., rispettivamente, M. BARBERIS, *Los derechos humanos como adquisición evolutiva*, in «Doxa», 36 (2013), pp. 25-40, e D. CANALE, *Comparative Reasoning in Legal Adjudication*, in «Canadian Journal of Law & Jurisprudence», 28 (2015), pp. 1-23.

diritto, come il diritto del lavoro o il diritto amministrativo, ma stavolta per l'esplicita cooperazione di giuristi europei sia di *common law* sia di *civil law*.

Un luogo comune vuole che tutti questi processi segnino l'inesorabile convergenza fra *common law* e *civil law*: la legislazione erode ampi settori del *common law*, mentre la giurisprudenza occupa ancor più ampi settori del *civil law* ⁽⁵⁴⁾. Come tutti i luoghi comuni, specie se affetti da cerchiobottismo, anche questo presenta il suo grano di verità: a parte la teologia, l'astrologia e l'omeopatia, del resto, vi sono poche teorie manifestamente false. Ma la mia opinione circa tali processi, di fatto *path-dependent* benché ipoteticamente sempre reversibili, è diversa. Semplicemente, il diritto legislativo continentale, dopo la bancarotta della sua principale finzione giustificativa — la democrazia ⁽⁵⁵⁾ — sta rientrando nell'alveo della tradizione giuridica occidentale: nella quale, di regola, il diritto lo fanno i giuristi, non i politici.

Per comprendere davvero tali processi, in ogni caso, credo che a questo punto divenga indispensabile occuparsi delle critiche e delle apologie che il precedente comunemente riceve, e che hanno finito per risultare molto più note della stessa DPG. È vero per il precedente non meno che per la legislazione, in effetti, quanto potrebbe dirsi di tutte le cose, naturali e sociali: che le vediamo come in uno specchio, per enigmi. Di fatto, la nostra conoscenza del precedente è — non semplicemente alterata, come se potessimo avere un accesso puro e immediato alla realtà, ma — conformata da tutte le critiche che il precedente ha subito in passato, ma anche dalle apologie che quotidianamente riceve. Tanto le critiche quanto

⁽⁵⁴⁾ Uno dei testi che ha più contribuito a questo luogo comune è M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984: che oltretutto esibisce sin dal titolo, che voleva essere provocatorio e suona ossimorico, l'ipoteca creazionista che grava sul tema.

⁽⁵⁵⁾ Su questo tema, peraltro, non ci si può affidare a invettive reazionarie contro i parlamenti come H.-H. HOPPE, *Democracy: the God that Failed*, Rutgers (N.J.), Transactions Publishers, 2001, speculari a invettive reazionarie contro i giudici come R.H. BORK, *Coercing Virtue: the Worldwide Rule of Judges*, New York, Random House, 2002. Semmai, a partire da lavori come R. HARDIN, *Marginalità della democrazia*, in « Ragion pratica », 4 (1995), pp. 135-157, bisognerebbe riflettere che, come non ci si rivolge a un'assemblea di condominio per riparare una tubatura, così non ci si dovrebbe rivolgere al Parlamento per fare le leggi.

le apologie principali possono ridursi a tre: critiche utilitariste, realiste e postmoderne, rivalutazioni ermeneutiche, giuseconomiche, e liberiste.

6. *Critiche utilitariste.*

Le critiche utilitariste furono rivolte, non contro DPG, non ancora stabilita giudizialmente, ma contro lo stesso *common law*: con un'incomprensione tanto radicale da riuscire inspiegabile, sinché non se ne ricostruiscono i presupposti concettuali e le ipoteche ideologiche. S'è detto che il giovane Bentham non resse a più di tre lezioni di Blackstone, mentre frequentò assiduamente le udienze di Lord Mansfield: il giudice-oracolo che rappresentava, anche ai suoi occhi, il maggior riformatore giudiziale del diritto inglese. Fra parentesi, sarebbe occorsa una fiducia ancor maggiore di quella nutrita da Bentham nella (propria) ragione individuale per sperare in buone riforme da parte dei Parlamenti: quelli censitari di allora come quelli nominalmente democratici di oggi. Potrebbe apparire solo un paradosso: ma, a ben vedere, il Parlamento è davvero l'ultimo posto al mondo dove dovrebbero farsi le leggi.

Le critiche rivolte dal giovane Bentham a Blackstone sono note, consegnate come sono al *Comment on the Commentaries*, scritto già nel diciottesimo secolo ma pubblicato nel 1828. Meno nota è la critica affidata a un manoscritto giovanile, il cui titolo, *Law Common and Statute*, oltre a opporre *common law* e *statute law*, inverte l'aggettivo 'common' con il sostantivo 'law': così presentando il *law common* come una sorta di legislazione giudiziale, ossia una legge creata dai giudici senza averne la competenza. Il manoscritto, peraltro, propone come rimedio l'adozione di una forma di DPG: così anticipando di un secolo la *doctrine* poi istituzionalizzata dalla House of Lords. Il giudice, secondo il giovane Bentham, dovrebbe *stare decisis* persino quando il precedente è ingiusto o assurdo: la sua riforma da parte del giudice, infatti, minerebbe la certezza del diritto ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. ancora POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit., pp. 192-197, e il più recente F. FERRARO, *Il giudice utilitarista: flessibilità e tutela delle aspettative nel pensiero giuridico di Jeremy Bentham*, Pisa, Ets, 2011.

Più conosciuta, anzi quasi classica — forse *il* classico del creazionismo giuridico — è la dottrina posteriore di Bentham, secondo cui il *common law* dovrebbe essere sostituito — non certo da *statutes* parlamentari, se possibile ancora peggiori dei precedenti giudiziali, bensì — da un codice, meglio se redatto da un uomo solo, che vedremo essere lo stesso Bentham (57). Comunque sia, entrambe le versioni della sua critica — quella che proponeva una DPG, e quella che scommetteva sul codice — presuppongono la stessa ostilità ideologica contro il *common law*, e prim'ancora un'autentica fallacia concettuale, il creazionismo giuridico, adottato circolarmente, ossia dando per acquisito quanto si vorrebbe dimostrare. Ostilità ideologica e fallacia concettuale si coniugano nel famoso passo seguente.

It is the judges [...] that make the common law. Do you know how they make it? Just as a man makes law for his dog. When your dog does any thing you want to break him of, you wait till he does it, and then beat it him for it [...] What way then has any man of coming at this dog-law? Only by watching [Judges'] proceedings: by observing in what *cases* they have hanged a man, in what *cases* they have sent them to jail, in what *cases* they have seized their goods, and so forth (58).

C'è qui, ovviamente, una chiara ostilità ideologica contro il *common law*, e pure contro una sua riforma giudiziale che condividerebbe la sua strutturale irretroattività. Più rovinosa, però, è la fallacia concettuale, che impedisce letteralmente all'autore di capire ciò di cui parla. Di fronte al *common law*, infatti, Bentham si sente obbligato a chiedere: chi lo ha fatto? E la sua risposta può essere solo un'altra domanda, stavolta retorica: « If not [made] by a Judge, by

(57) L'idea, allora, non era necessariamente viziata da megalomania: la condivideva, per fare solo un esempio, un contemporaneo di Bentham molto più ragionevole come l'Antoine Louis Claude Destutt de Tracy del *Commentaire sur l'Esprit des lois de Montesquieu* (1811, 1819). Ma si rifletta anche, a titolo meramente suggestivo, che anche i fondatori delle religioni del libro (Mosè, Paolo e Maometto), e del mito della creazione del mondo da parte di un demiurgo più o meno illuminato, produssero religioni e mito in perfetta solitudine, dopo aver comunicato direttamente con il demiurgo in un apposito deserto.

(58) Così J. BENTHAM, *Truth versus Ashburt: or Law as it Is, Contrasted with What it is Said to Be* (1792), London, Moses, 1923, pp. 11-12.

whom then was it made? For laws do not make themselves » (59). Gerald Postema lo chiama errore categoriale (60), Friedrich Hayek fallacia costruttivista. Io lo chiamo creazionismo: l'idea puerile che vi siano solo cose fabbricate da un creatore, come un dio per il mondo e il legislatore per il diritto, non essendovi nulla che emerge da qualcos'altro, come effetto non intenzionale di atti umani.

Detto altrimenti, Bentham manca della nozione di effetti non intenzionali dell'azione umana: nozione tematizzata dall'Illuminismo scozzese, reperibile nell'Antoine-Laurent de Lavoisier per cui nulla si crea ma tutto si trasforma, poi applicata in biologia da Charles Darwin, e indispensabile per capire le due fonti-materiali tipiche del *common law*, consuetudine e precedente. Bentham si accanisce contro il carattere non attuale (*actual*) ma meramente inferenziale (*inferential*) della consuetudine e del precedente: « Though statute laws are 'actual', Common Law rules are 'inferential', as shall appear to be just the expression of judicial practice in like cases ». Il *common law* « exists not in any certain form of words: the acts it is founded on are acts of authority: but the words in which they are expressed are yours, are mine, are anyone's » (61).

Detto con il lessico teorico odierno, mentre la legislazione ha una formulazione canonica, condivisa fra legislatore e cittadini, il *common law* non ce l'ha. La sua formulazione in termini di norme generali-e-astratte, dunque, può solo essere *inferita* dalle azioni individuali degli stessi cittadini (per le consuetudini) o dagli atti di decisione da parte dei giudici (per i precedenti). Sicché il *common law* sarebbe solo una finzione, come lo stesso Bentham conclude nel *Comment*: « As a System of general rules, the Common Law is a thing merely imaginary » (62). Succede spesso ai filosofi — al contrario dei giuristi, che hanno il difetto contrario — di affermare che

(59) Così lo stesso autore in *J. Bentham "Legislator of the World": Writings on Codification, Law and Education*, P. Schofield, J. Harris (eds.), Oxford, Clarendon, 1998, pp. 124-126.

(60) Di *category mistake* parla appunto POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence* (part 1), cit., p. 166, sottolineando che « Classical common law judges did not regard themselves as 'making' law ».

(61) Così il manoscritto UC lxix, 68 conservato alla London Library dell'University College, cit. in POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit., p. 288.

(62) BENTHAM, *A Comment on the Commentaries*, cit., p. 119.

non esiste qualcosa che per qualsiasi altra persona sensata, invece, pacificamente esiste. Quando questo succede, di solito, l'onere della prova dovrebbe essere a carico di chi nega l'esistenza dell'esistente: sennò, resta sempre il sospetto che sia il filosofo a ignorare di cosa diamine sta parlando.

Ovvio che il *common law* viene inferito a partire da azioni o atti particolari-e-concreti, e non da enunciati che esprimono significati generali-e-astratti: si tratta appunto dei principi o *rationes decidendi* di cui parlava Mansfield e di cui parlerà Hayek. Bentham, invece, sarebbe disposto a considerare esistente il *common law* solo se fosse scritto in termini generali-e-astratti su pezzi di carta. Peccato solo che questo non sia più *common law*, ma legislazione: il solo tipo di diritto che lui sembra in grado di concepire. Peccato, ancora, che il suo ragionamento sia perfettamente circolare: presuppone che esistano solo cose di un certo tipo, e ne conclude trionfalmente che esistono solo cose di quel tipo. Peccato, soprattutto, che gli atti dei giudici siano sì intenzionali, mentre il diritto da loro prodotto non lo è: perché giudici successivi potranno attribuire a tali atti sensi tali che neppure uno scrittore di fantascienza potrebbe immaginarli.

Tutto ciò, benché passabilmente semplice, parrà sempre troppo complesso a *terribles simplificateurs* come Bentham; del resto, non è che i giuspositivisti otto-novecenteschi ci abbiano capito molto di più. Ma forse ho già insistito abbastanza sulle ragioni concettuali — il creazionismo giuridico, l'ignoranza degli effetti non intenzionali — di queste incomprensioni, e forse occorre aggiungere ancora qualcosa sulle ragioni ideologiche. Accecati dai loro pregiudizi circa i sinistri interessi dei giuristi — come se i legislatori ne avessero di meno, di sinistri interessi — i creazionisti non capiscono che il *common law* sarà pure difeso, ieri, da giuristi conservatori, oggi da liberisti reazionari, ma resta pur sempre più efficiente, in una dozzina buona di sensi del termine, della legislazione parlamentare.

Cito ancora una volta a sostegno un solo testimone, ma abbastanza autorevole: quell'Austin che, sul punto, prende ancora eccezionalmente le distanze dal suo venerato maestro.

That part of the law of every country which was made by judges is far better made than that part which consists of statutes enacted by the legislative. Notwithstanding my great admiration for Mr. Bentham, I cannot but think that, instead of blaming judges for having legislated, he should blame them

for the timid, narrow, and piecemeal manner in which they have legislated⁽⁶³⁾.

A onore di Bentham, però, si dovrebbe ricordare che egli non propone affatto di sostituire il *common law* con una legislazione parlamentare di gran lunga peggiore: si pensi solo alla rozza, classista e terroristica legislazione penale prodotta nel diciannovesimo secolo dal Parlamento inglese, punendo con la pena capitale praticamente tutto. Al contrario, egli propone la codificazione di tutto il diritto, penale, civile e costituzionale, ma confida tanto poco nella razionalità del legislatore parlamentare — che è poi il miserevole personale politico del suo tempo, per non parlare di quello del nostro — da riservare la codificazione a un altro soggetto. Quest'altro soggetto è il Codificatore: personaggio che potrebbe sembrarci fittizio, improbabile, quasi mitico se, dietro a quest'ennesimo avatar del dio creatore non facesse capolino lo stesso Jeremy Bentham, *Legislator of the World*⁽⁶⁴⁾.

7. Critiche giusrealiste.

Trapiantati dalla colonizzazione inglese nell'humus nordamericano, precedente e DPG acquisirono tratti diversi: *judicial review of legislation*, con fissazione di precedenti vincolanti anche per il legislatore; federalismo, con una pluralità di giurisdizioni federali e statali che producono una massa di precedenti tale da risultare meno vincolanti dei pochi precedenti inglesi; maggiore libertà del giudice, soprattutto in appello, ed emersione progressiva di un *prospective overruling* con effetti simili a quelli dell'abrogazione della legge (cfr. qui § 5). Da questo punto di vista, le critiche dei giusrealisti al *case method* introdotto a Harvard da Christopher Langdell, nonché le obiezioni alla dottrina classica del *common law*, già ridicolizzata da Bentham e Austin, non fanno che confermare i tratti distintivi del *common law* negli Stati Uniti.

(63) Così AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 191.

(64) Il riferimento è sempre al titolo, nient'affatto ironico, di *J. Bentham "Legislator of the World"*, Schofield, Harris (eds.), cit. Ecco, questa idea del legislatore del mondo avrebbe potuto venire in mente forse a Voltaire, grande giornalista, ma certo non a quel Montesquieu che pure Bentham ammirava tantissimo.

L'*adjudication* nordamericana, in particolare, rende ancora più vaghe le già problematiche dicotomie tradizionali inglesi. Si pensi alla pretesa distinzione qualitativa fra precedente vincolante anglo-americano e precedente persuasivo continentale: distinzione che in Nordamerica non solo si riduce a meramente quantitativa — tutti i precedenti vincolanti possono rivelarsi più o meno persuasivi, e viceversa — ma occulta un fatto anche più fondamentale. In modi diversi, anche l'interpretazione della legge finisce per dipendere dal precedente. Questo è evidente nel mondo di *common law*: benché non stia scritto da nessuna parte, trattandosi solo di una pratica consuetudinaria, anche i risultati della *statutory interpretation* divengono precedenti. Detto altrimenti, qui è del tutto ovvio che la legge dipende dal precedente, mentre non vale l'inverso.

Ma la dipendenza dell'interpretazione dal precedente, a ben vedere, non è meno evidente nel mondo di *civil law*. Qui, certo, il riferimento ai precedenti è meramente eventuale, e anche quando esplicitato è alternativo a una miriade di altri argomenti interpretativi, come i quattro dell'articolo 12 delle Preleggi italiane, fra i quali il primo è pur sempre l'argomento psicologico, o dell'intenzione del legislatore. Di più, la differenza fra i sistemi continentali e quelli di *common law*, come s'è detto, consiste precisamente nel fatto che nei primi invocare un precedente, o anche un'intera giurisprudenza, non è sufficiente ad assolvere all'obbligo di motivazione della sentenza. Eppure, o forse proprio per questo, specie ove esiste e funziona una Corte di Cassazione, il riferimento alla *jurisprudence* più o meno *constante* dei giudici superiori, o a maggior ragione supremi, rappresenta di gran lunga l'argomento più persuasivo ⁽⁶⁵⁾.

(65) Se non erro, pure questo argomento, come l'argomento letterale, non compare come tipo a se stante, ma soltanto come variante giurisprudenziale dell'argomento autoritativo, nell'elencazione fornita da Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 374-375. Qui Tarello riconosce che il testo delle decisioni giurisprudenziali non ha formulazione costitutiva, e ammette che « l'argomento autoritativo sia tra i più utilizzati e tra i più persuasivi », ma ne conclude inopinatamente che proprio per questo « non è possibile fare, a livello teorico generale, alcun discorso univoco su tale impiego ». Temo che, in negativo, questo mostri un limite del giusrealismo di Tarello e di tutta la scuola genovese: che faticano a concettualizzare qualsiasi cosa sia diversa dall'interpretazione della legge. In positivo, invece, credo che anche questo sia un segnale: pure il riferimento alla giurisprudenza, come quello alla lettera della legge, se sono argomenti, non sono però argomenti dello stesso livello degli altri.

Comunque sia, s'è detto, si capisce poco del giusrealismo statunitense appiccicandogli etichette scettiche. I giusrealisti statunitensi, con l'eccezione più apparente che reale di Frank, non erano tanto scettici quanto appunto realisti: anche perché le loro teorie, come quella di Hart, vertevano meno sull'interpretazione della legge (*statutory interpretation* o *construction*) che sull'applicazione giudiziale, o *adjudication*. Per loro, come forse per gli stessi pratici continentali, l'interpretazione dei documenti normativi era molto meno importante della sussunzione dei fatti nella norma. Dal punto di vista degli uni e degli altri, anzi, la nostra interpretazione della legge appare un tema disperatamente sopravvalutato: probabilmente a causa della distorsione teorica prodotta sui teorici continentali dal modello del sillogismo giudiziale ⁽⁶⁶⁾.

Di fatto, l'ultimo Karl Llewellyn, quello di *The Common Law Tradition* (1960), appare tanto poco scettico da scrivere pagine sorprendenti sulle relazioni fra DPG e *rule of law*: specie quando parla del *grand style* di giudici come l'inglese Mansfield o l'americano John Marshall ⁽⁶⁷⁾. Costoro, secondo lui, riescono a soddisfare *stare decisis* e *rule of law* non nonostante, ma proprio perché adottano un approccio *prospective* (cfr. qui § 5): un metodo giudiziale che non cerca solo di rendere giustizia alle parti, compito istituzionalmente e intenzionalmente perseguito da tutti i giudici, ma anche di farsi carico delle conseguenze future delle proprie decisioni. Niente di particolarmente scettico, comunque, e neppure di granché *Wertfrei*: scetticismo e neutralità valutativa, semmai, sono aspetti dei giusrealismi continentali, svedese o genovese.

Di scetticismo, invece, ma stavolta nel nobile senso dello scetticismo filosofico di David Hume, si può invece davvero parlare a proposito della discussione sul livello di universalizzazione della *ratio decidendi* da parte dei giudici futuri. Già discusso da giusrealisti storici di prima grandezza come Hermann Oliphant e Felix Salten

⁽⁶⁶⁾ Questa, almeno, è la tesi che sostengo in *Beccaria, Bentham e il creazionismo giuridico*, in corso di stampa per la « RIFD ».

⁽⁶⁷⁾ Cfr. K.N. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, Boston, Little, Brown & C., 1960, p. 38: « *Such* rule have a fair chance to get the same results out of very different judges, and so in truth to hit close to the ancient target of 'law and not men' ».

Cohen ⁽⁶⁸⁾, il tema è stato ripreso in tempi più recenti da Julius Stone, giurista inglese trapiantato prima a Harvard e poi Sidney, nonché autentico maestro del mio maestro, Giovanni Tarello. Utilizzando come esempio la celeberrima decisione della House of Lords *Donoghue vs. Stevenson* (1932), *leading case* della responsabilità del produttore, Stone mostra come il caso della lumaca nella bottiglia di *ginger beer* potesse sussumersi sotto norme astratte molto differenti a seconda dei livelli di astrazione adottati: dalle bottiglie di quella bevanda a qualsiasi prodotto difettoso ⁽⁶⁹⁾.

Come già nella discussione fra i giusrealisti storici, peraltro, la soluzione scettica fornita da Stone presta il fianco a una obiezione convincente, fornita da Neil MacCormick. Anche il livello di astrazione della sussunzione dei fatti può essere oggetto di *stare decisis*: è stato il livello di astrazione scelto dai giudici di *Donoghue vs. Stevenson*, sia pure a stretta maggioranza, a stabilire per un secolo la responsabilità del produttore per la commercializzazione di qualsiasi prodotto difettoso ⁽⁷⁰⁾. Ancora una volta, e pure in questo, seguire un precedente è come seguire una regola. Nel mercato potrebbe non esservi mai stata alcuna responsabilità del produttore, se la maggioranza della corte avesse deciso diversamente: eppure questo istituto ci pare oggi un aspetto familiare, quasi-necessario, del nostro paesaggio giuridico.

8. Critiche postmoderne.

Di vero e proprio scetticismo interpretativo si può invece parlare — non per i giusrealisti statunitensi, ma — per l'atteggiamento tenuto nei confronti di DPG da parte dei movimenti post-moderni nordamericani, nati dall'incontro fra filosofia post-

⁽⁶⁸⁾ Cfr. in particolare la discussione fra H. OLIPHANT, *The Return to the Stare Decisis*, in « American Bar Association Journal », 14 (1928), pp. 71-88, e F.S. COHEN, *Transcendental Nonsense and Functional Approach*, in « Columbia Law Review », 35 (1935), pp. 809-849.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. già J. STONE, *The Function and Province of Law*, Sydney, Associated General Publications, 1947, pp. 187-188, e poi ID., *Legal System and Lawyer's Reasoning*, London, Stevens, 1964, pp. 269-270.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1978, pp. 117-118.

strutturalista continentale e tardi epigoni del giusrealismo, come i *Critical legal studies* (71). Non vale neppure la pena soffermarsi sulla loro idea che DPG sarebbe solo un'ideologia per occultare le preferenze politiche dei giudici: idea troppo generica persino se applicata alla Corte suprema nordamericana, i cui *justices* sono nominati dal Presidente degli Stati Uniti in base a criteri dichiaratamente politici. Certo che i giudici obbediscono anche a preferenze *lato sensu* politiche: tanto *lato sensu*, peraltro, da convertire ciò che vorrebbe essere una constatazione empirica in un truismo incapace di spiegare alcunché.

Occorre soffermarsi un attimo, invece, su alcune analisi ultrasettiche di DPG formulate nell'ambito del cosiddetto Bielefeld Kreis: diramazione nient'affatto scettica della teoria classica del ragionamento giuridico. Si pensi solo al saggio di Jeffrey Marshall *Trentatré cose che si possono fare con i precedenti*: trentatré cose alle quali, apparentemente, manca solo bollire il tè. Già il menzionato Llewellyn di *The Common Law Tradition* enumerava sessantaquattro modi di usare il precedente (72): trucco retorico analogo a quello dei suoi epigoni postmoderni, ma almeno nuovo, allora, e comunque funzionale a un'analisi costruttiva di DPG, utile ai giuristi per fare meglio il loro lavoro. Nel caso di Marshall, invece, la retorica scettica serve solo a un facile *succès de scandale*, che fa rimpiangere non solo il giusrealismo, ma persino la retorica tradizionalista.

La retorica postmoderna funziona così. Prima si elencano cose che si possono fare con i precedenti: applicarli (*applying*), sbarazzarsene (*jettisoning*), ridurli a *obiter dicta* (*dictum-ising*), superarli (*overruling*), dissociarli (*distinguishing*), inventarseli *ex nihilo* (*nap-ping*), rispolverarli benché troppo antichi (*witenagamot-ing*), e così via. A questo punto, Marshall si sente autorizzato a concludere ironicamente: «È questo che ci autorizza a dire che il *common law* ha un solido e chiaro sistema di precedenti vincolanti» (73). Bravo! Ma che il precedente si segue quando si segue lo aveva già detto

(71) Cfr. G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at the Century's End*, New York, New York U.P., 1995.

(72) LLEWELLYN, *The Common Law Tradition*, cit., p. 14 n. 9, e pp. 77-91.

(73) Così J. MARSHALL, *Trentatré cose che si possono fare con i precedenti. Un dizionario di common law*, in «Ragion pratica», 6 (1996), p. 34.

prima e meglio Richard Wasserstrom (cfr. l'epigrafe di questo lavoro): e comunque non fornisce neppure un'idea approssimativa dei motivi per cui i paesi angloamericani, non precisamente poco sviluppati, il loro *common law* se lo tengono ben stretto.

9. *Apologie e trasfigurazioni.*

Proprio quando, sotto i colpi di una critica secolare, DPG sembrava ormai uno zombie deambulante, è apparsa una lunga serie di apologie o trasfigurazioni: almeno tre, che qui faccio poco più che elencare ⁽⁷⁴⁾. La *prima* è *ermeneutica*; è stato proprio guardando al *common law* nordamericano, infatti, che il maggior esponente dell'ermeneutica giuridica, Joseph Esser, ha recuperato il tema dei principi: tema in seguito posto al centro della teoria del diritto, a dire il vero più continentale che angloamericana, da parte di autori come Ronald Dworkin e Robert Alexy ⁽⁷⁵⁾. Con un paradosso solo apparente, proprio l'ermeneutica giuridica, nata dall'esegesi dei testi sacri, si rivela più aperta della *received view* positivista-e-realista al riconoscimento di forme non legislative di diritto: probabilmente proprio perché non è mai stata affetta dal creazionismo giuridico ⁽⁷⁶⁾.

La *seconda* trasfigurazione o apologia di DPG è dovuta al movimento chiamato *Law and Economics*, o *Economic analysis of law*: movimento accademico che però esprime idee largamente diffuse fra i *common lawyers*. L'idea centrale è che il *common law*

⁽⁷⁴⁾ Per maggiori dettagli, e in particolare per il riferimento alla tradizione evoluzionistica sociologico-giuridica, che culmina nell'opera di Niklas Luhmann, mi permetto di rinviare all'ormai invecchiato BARBERIS, *L'evoluzione nel diritto*, cit.

⁽⁷⁵⁾ Per inciso, il sottoscritto ha concorso ad accomunare tutto questo filone della teoria del diritto odierna, che ha potuto apparirgli maggioritario proprio perché profondamente eterogeneo, sotto l'etichetta del neocostituzionalismo: cfr. ancora BARBERIS, *Stato costituzionale*, cit. Oggi Alessio Sardo, in una tesi di dottorato dedicata all'interpretazione costituzionale, mi ha convinto dell'inutilizzabilità di tale concetto, se non a scopi didattici.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012, e il numero dedicato a tale libro dalla « Rivista di filosofia del diritto », 2015, con il mio M. BARBERIS, *Da che parte sta il formalismo? Fra ermeneutica e realismo giuridico*, in corso di stampa.

possiede non solo virtù come stabilità, resistenza a cambiamenti affrettati e convergenza con il senso comune, ma anche efficienza nell'allocazione delle risorse: ciò che spiegherebbe, fra l'altro, perché il capitalismo si sia sviluppato prima e di più in paesi di *common law* (77). Con Dworkin, dubito che l'efficienza economica, in tutte le sue possibili accezioni, possa considerarsi un valore in sé, e non solo un mezzo per conseguire autentici fini ultimi; ammetto però che si tratta di una delle ragioni da bilanciare con altre per valutare se il *common law* sia meglio o peggio della legislazione.

La terza trasfigurazione o apologia di DPG merita qualche parola di più, non foss'altro perché esprime le ragioni profonde di tutte le altre, e in particolare della critica del creazionismo. Essa si deve a eredi dell'Illuminismo scozzese più o meno vicini alla Scuola austriaca di economia: dal fondatore, il già citato Menger, sino a seguaci molto diversi fra loro, come Ludwig von Mises, Bruno Leoni, lo stesso Hayek, David Friedman, Robert Nozick, gli anarcocapitalisti, e molti altri. Tutti costoro elaborano una filosofia sociale ed etica (morale, politica, economica, giuridica...) che, benché più normativa che conoscitiva, fornisce la chiave concettuale per intendere non solo fenomeni come la consuetudine e il precedente, ma la stessa interpretazione della legge: l'idea di effetti non intenzionali dell'azione umana intenzionale (78).

Questa idea passa dalla dottrina classica del *common law* e dalla filosofia morale scozzese alla teoria economica di Smith e

(77) Questa idea di efficienza è paradigmaticamente espressa da R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1977, benché i contributi migliori al dibattito vengano da P.H. RUBIN, *Why is the Common Law Efficient?*, in «Journal of Legal Studies», 6 (1977), pp. 51-63; G.L. PRIEST, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, in «Journal of Legal Studies», 6 (1977), pp. 65-72; J.C. GOODMAN, *An Economic Theory of the Evolution of Common Law*, in «Journal of Legal Studies», 7 (1978), pp. 393-406. Questo è solo il punto di partenza di una letteratura immensa, che da sola meriterebbe un lavoro a parte, ma il cui approccio è sempre più specificamente evolutivistico.

(78) Sull'idea di Karl Popper che l'obiettivo principale delle scienze sociali teoriche sia studiare gli effetti non intenzionali o di composizione delle azioni umane intenzionali, cfr. almeno R. BOUDON, *Effets pervers et ordre social*, Paris, Puf, 1977, p. 5. Idee non troppo dissimili traspaiono da un recente tentativo di applicare all'interpretazione giuridica spunti metodologici tratti dalle scienze naturali: cfr. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva "quantistica"*, Milano, Angeli, 2013.

all'evoluzionismo biologico di Darwin, e può riassumersi così. Gli umani compiono azioni *uti singulae* con certe intenzioni (per la definizione stessa di « azione »), ma tali azioni (rigorosamente individuali, secondo l'individualismo metodologico), producono, *uti universae*, istituzioni quali linguaggio, mercato, diritto, Stato, scienza.... Tali istituzioni, cioè, sono altrettanti effetti non intenzionali — inattesi e insperati dagli attori che le compiono — di azioni individuali: effetti in sé né buoni (come crede Hayek del mercato) ⁽⁷⁹⁾ né cattivi (come, per fare un esempio connesso, l'inquinamento ambientale), ma semplici fatti, da studiare empiricamente prima e da valutare eticamente poi.

Anche i giudici angloamericani producono decisioni con l'intenzione di far giustizia fra le parti, a volte senza neppure formulare la *ratio decidendi*, che dovrà inferirsi direttamente dai fatti di causa più la decisione stessa. Giudici successivi useranno tale decisione come base per produrre decisioni successive, e giudici ancora ulteriori faranno altrettanto, e così all'infinito, senza poter prevedere dove si dirigerà l'evoluzione del diritto. Così si è evoluto il *common law*, senza progetti da parte di alcuno; così, dicono, continua a evolversi tuttora. Ma così evolve pure l'interpretazione e applicazione delle leggi, prodotte da politici che spesso non hanno la più pallida idea di come giudici e amministratori le interpreteranno e applicheranno in futuro. In entrambi i casi, vale quanto recita il Talmud: due cose disse dio, tre ne abbiamo udito, questa è la potenza di dio.

10. *Morali della storia.*

Da questa breve storia del precedente possono estrarsi due morali principali: una teorica e una pratica. La morale *teorica*, o conoscitiva, dice che è possibile, forse persino necessario, costruire una teoria del diritto più generale di quella corrente: una teoria basata non più sulla legislazione, ma sul precedente di *common law* e sulla giurisprudenza di *civil law*. Questa teoria, fra i tanti risultati, potrebbe anche dissipare il maggiore mistero lasciato dal giusreali-

⁽⁷⁹⁾ E come io stesso sono lungi dal credere: cfr. M. BARBERIS, *Capitalismo e libertà. La grande truffa del secolo breve*, in « Teoria politica », 4 (2014), pp. 191-203.

smo: come mai, benché « yesterday's easy case may be today's hard case »⁽⁸⁰⁾, il diritto nel suo insieme non è travolto dall'incertezza? Tale teoria fornirebbe una cornice concettuale entro la quale produrre ricerche empiriche — sociologiche, economiche, politiche, e anche strettamente giuridiche — grazie alle quali i giuristi parteciperebbero più consapevolmente di quanto facciano ora alla produzione del diritto.

La morale *pratica* o normativa, peraltro, non consiste tanto nell'invitare i giuristi a prendere ancor più sul serio di quanto facciano già precedenti o giurisprudenza, né, meno che mai, nel chiedere al legislatore di adottare DPG, come se una consuetudine potesse imporsi per legge. Semmai, consiste nel chiedere ai nostri riformatori in servizio permanente effettivo di smetterla con l'opinione perversa che la certezza del diritto possa ottenersi con sempre nuova legislazione e contro la giurisdizione. Un risultato del genere, semmai, può ottenersi semplificando periodicamente la legislazione sulla base della migliore giurisprudenza. Redigere codici, testi unici e persino leggi migliori non è impossibile: nel caso delle leggi, semmai, impossibile è farne di peggiori rispetto a quelle vigenti. Per fare leggi migliori, peraltro, occorre sapere che, se mai funzioneranno, sarà per mezzo di, e non contro, i precedenti e la giurisprudenza.

⁽⁸⁰⁾ Così K.S. ABRAHAM, *Three Fallacies of Interpretation: A Comment on Precedent and Judicial Decision*, in « Arizona Law Review », 23 (1981), pp. 771-773, a p. 772.

PAULO FERREIRA DA CUNHA

RETÓRICAS DO ILUMINISMO, DIREITO E POLÍTICA

Der letzte Glaube ist der Glaube an die Sprache. In der Auflösung dieses Aberglaubens ist die Rhetorik die letzte Form der Aufklärung.

(Ottmar Ballweg, *Entwurf einer analytischen Rhetorik*) (1)

I. Governo e Palavra. — II. Palavras das « Luzes »: Caleidoscópio Conotativo. — III. Em Demanda de (das) Palavras. — IV. Luzes, Política e Direito.

I. *Governo e Palavra.*

Seguindo a proverbial tese de Confúcio segundo a qual a primeira tarefa da governação é cuidar das palavras, retificar (endireitar...) a linguagem (2), curaremos neste artigo do primeiro vetor que está a prejudicar a presença do Iluminismo (*lato sensu*) no mundo da cultura, da política e do direito hodiernos: uma certa confusão de palavras e sentidos, e sem dúvida a quebra de consenso sobre estes e aquelas.

Tentaremos assim, sobretudo com as fontes dos nossos quadrantes linguísticos e culturais mais próximos, ao menos estabelecer

(1) Ottmar BALLWEG, *Entwurf einer analytischen Rhetorik*, in *Rhetorik und Philosophie*, org. de Helmut Schanze e Joseph Kopperschmidt, Munique, Wilhelm Fink, 1989.

(2) *Apud* Simon LEYS, (dossier coordenado por Minh Tran Huy), *De -551 à aujourd'hui. Confucius les voies de la sagesse*, in « Le Magazine Littéraire », novembro de 2009, n. 491, p. 66. V. ainda CONFUCIUS, *Entretiens de...*, trad. do chinês de Anne Cheng, Seuil, 1981, p. 102 (XIII, 3); Anne CHENG, *Histoire de la Pensée Chinoise*, Paris, Seuil, 1997, p. 82 e ss.

algum estado da questão, primeiro passo para a almejada retificação da linguagem. Falar claro denota em princípio pensar claramente, o que permite também discernir (e julgar, função do Direito por excelência, é antes de mais discernir) e agir de forma estruturada e com foco. Pode haver confusão de palavras para mistificar, mas há sempre alguém iludido, nesse caso...

A análise retórica do Iluminismo, nas suas diversas aceções ⁽³⁾,

⁽³⁾ A pesquisa dessas diferentes *démarches* haverá de colher-se pluralmente. Cf. as perspectivas, v.g. de Tzevetan TODOROV, *L'esprit des Lumières*, Paris, Laffont, 2006; *Morale et Vertu au siècle des Lumières*, Henri Plard (ed.), Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1986; Ernest CASSIRER, *La Philosophie des Lumières*, trad. fr., Paris, Fayard, 1966; Paul HAZARD, *La pensée européenne au XVIIIe siècle*, Paris, Fayard, 1946; Id., *La Crise de la conscience européenne. 1680-1715*, Paris, Fayard, 1961; *Les Lumières*, François Châtelet (dir.), Paris, Hachette, 1972; Pierre CHAUNU, *La Civilisation de l'Europe des Lumières*, Paris, Flammarion, 1982; Jean CHUILLET, *L'esthétique des lumières*, Paris, P.U.F., 1974; Béatrice DIDIER, *Le siècle des Lumières*, Paris, MA Editions, 1987; *L'Homme des Lumières et la Découverte de l'autre*, D. Droixhe, Pol-P. Gossiaux (dir.), Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1985; Jean FABRE, *Lumières et Romantisme*, Paris, Klincksieck, s/d.; Simone GOYARD-FABRE, *La Philosophie des Lumières en France*, Paris, Klincksieck, 1972; Georges GUSDORF, *Naissance de la conscience romantique au siècle des Lumières*, Paris, Payot, 1976; *Eclectisme et cohérences des Lumières. Mélanges offerts à Jean Ebrard*, Jean-Louis Jam (ed.), pref. de René Pomeau, Paris, Librairie Nizet, 1992; *Lumières et Révolution*, numéro spécial (6) de «Dix-huitième Siècle», Paris, Garnier, 1974; R. MOUSNIER, E. LABROUSSE, *Le XVIIIe siècle. L'Époque des Lumières (1715-1815)*, Paris, P.U.F., 1985; Jean SGARD *et alii*, *Lumières et Lueurs du XVIIIe siècle. 1715-1789*, Paris, L'Arbre Verdoyant, 1985; Jean STAROBINSKI, *Le remède dans le mal. Critique et légitimation de l'artifice à l'âge des Lumières*, Paris, Gallimard, 1989; Id., *L'Invention de la Liberté*, nova ed., Genève, Editions d'Art Albert Skira, 1987; Roland MORTIER, *L'Originalité. Une nouvelle catégorie esthétique au siècle des Lumières*, Genève, Droz, 1982; Jean EHRARD, *L'Idée de Nature en France à l'Aube des Lumières*, Paris, Flammarion, 1970; R. MAUZY, *L'idée du bonheur dans la littérature et la pensée françaises au XVIIIe siècle*, Paris, 1965; André LAGARDE, Laurent MICHARD, *XVIIIe siècle*, Paris, Bordas, 1970; Antoine DE BAECQUE, Françoise MÉLONIO, *Lumières et liberté, Histoire Culturelle de la France*, III, dir. de Jean-Pierre Rioux, Jean-François Sirinelli, nova ed., Paris, Seuil, 2005; André LICHTENBERGER, *Le socialisme au XVIIIe siècle. Etudes sur les idées socialistes dans les écrits français du XVIIIe siècle, avant la Révolution*, Paris, 1895; Jean-Etienne-Marie PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle*, Paris, 1820; Pierre TRAHARD, *Les maîtres de la sensibilité française au XVIIIe siècle (1715-1789)*, Paris, Boivin et Cie. éditeurs, 1933; Id., *La sensibilité révolutionnaire (1789-1794)*, Paris, Boivin et Cie. éditeurs, 6 vols., 1931-1933; N. WILLARD, *Le génie et la folie au XVIIIe siècle*, Paris, P.U.F., 1963; *La Ilustración en España y Alemania*, Reyes Mate, Friedrich Niewöhner (coords.), Barcelona, Anthropos,

apresenta-se assim como um elemento essencial para a própria renovação do Direito e da Política nos nossos dias, excessivamente presos a uma *langue de bois* solidária do politicamente correto, do pensamento único e do tecnicismo inoperante, burocrático e sem esperança.

O Iluminismo, não sendo obviamente panaceia para os males jurídicos e políticos de hoje (até porque muita água já correu sob as pontes da sua concretização epocal, a que poderíamos chamar Iluminismo *stricto sensu*) é contudo um projeto, um espírito perene, um princípio esperança ⁽⁴⁾ em que muito pode beber qualquer tipo de proposta ou projeto coletivo razoável e racional.

A vários sinais de irracionalidade, de obscurantismo, de acrescido preconceito, de recuo na autoimagem do Homem, que parece voltar à ideia de uma desigualdade natural e à legitimidade da exploração e da discriminação, em alguns aspetos, à naturalidade da guerra, da pobreza, da exclusão, pode o estudo (e a prática do espírito) do Iluminismo (*lato sensu*) responder com uma alternativa consistente, e que já animou (com os seus erros e imperfeições, evidentemente) pelo menos todo um século (Iluminismo *stricto sensu*).

A tomada de consciência e o projeto emancipatório iluminista começam pela maioria (autonomia) assumida pelo próprio movimento.

O facto de o Iluminismo se ter a si próprio assim chamado, confere-lhe, no contexto dos movimentos e das épocas culturais, um lugar particularmente relevante, e deveras singular. É certo que outros o viriam a fazer, mas sobretudo mais tarde, e nem sempre escolhendo uma designação com tanta propriedade e impacto de-

1989; Richard HERR, *The eighteenth century revolution in Spain*, Princeton Univ. Press, 1960; *L'Uomo dell'Illuminismo*, Michel Vovelle (dir.), trad. port. de Maria Georgina Segurado, *O Homem do Iluminismo*, Lisboa, Presença, 1997; Philipp BLOM, *Encyclopédie*, Londres, Fourth Estate/Harper Collins, 2004; Elisabeth BADINTER, *Les passions intellectuelles. Désir de gloire (1735-1751)*, Paris, Fayard, 1999; ID., *Les passions intellectuelles. Exigence de dignité (1751-1762)*, Paris, Fayard, 2002; Daniel MORNET, *Les origines intellectuelles de la Révolution française, 1715-1787*, Préfácio de René Pomeau, nova ed., Lyon, La Manufacture, 1989; Carl Lotus BECKER, *The heavenly city of eighteenth-century philosophers*, New Haven, Yale University Press, 1959.

⁽⁴⁾ Ernst BLOCH, *Das Prinzip Hoffnung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1959.

notativo ⁽⁵⁾. Mais ainda, o Iluminismo refletiu sobre si próprio, dando lugar designadamente ao grande texto, ainda hoje um ousado programa por cumprir, *Was ist Aufklärung*, de Kant. Recordemos algumas das suas claríssimas palavras, reveladoras de um propósito profundamente inovador:

Aufklärung ist der Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit. Unmündigkeit ist das Unvermögen, sich seines Verstandes ohne Leitung eines anderen zu bedienen. Selbstverschuldet ist diese Unmündigkeit, wenn die Ursache derselben nicht am Mangel des Verstandes, sondern der Entschließung und des Mutes liegt, sich seiner ohne Leitung eines andern zu bedienen. Sapere aude! Habe Mut, dich deines eigenen Verstandes zu bedienen! ist also der Wahlspruch der Aufklärung ⁽⁶⁾.

Um grande leitor e comentador deste texto, Michel Foucault ⁽⁷⁾, assim coloca a questão relativamente ao autobotismo:

um dos eixos interessantes para o estudo do século XVIII em geral, porém mais precisamente disso que se chama *Aufklärung*, é o fato de a *Aufklärung* ter chamado a si mesma de *Aufklärung*. Quer dizer, estamos diante de um processo cultural sem dúvida muito singular, que logo tomou consciência de si de certo modo, nomeando-se e situando-se em relação a seu passado, em relação a seu futuro, em relação também a seu presente, designando pelo próprio nome de *Aufklärung* o processo, melhor que o processo as operações que esse próprio movimento devia efetuar no interior do seu próprio presente ⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ Como quer um certo mito, teria ocorrido para o dadaísmo, nome escolhido abrindo à sorte um dicionário, na palavra « Dada ». Cf. ainda E. H. GOMBRICH, *The Story of Art*, Londres, Phaidon, 1995, trad. fr. de J. Combe e C. Lauriol, *Histoire de L'Art*, nova ed. revista e aumentada, Paris, Gallimard, 1997, p. 601 e 586: recorda uma carta de Gauguin que fala no retorno ao seu cavalo de baloiço da infância, e como as « sílabas infantis *dada* seriam o equivalente desse brinquedo ». Por outro lado, os movimentos, escolas e mesmo ideologias « neo- » além de muitas vezes não denotarem muita imaginação, não raro são heresias, se não mesmo traições, aos originais...

⁽⁶⁾ *Apud* <http://www.prometheusonline.de/heureka/philosophie/klassiker/kant/Aufklärung.htm>.

⁽⁷⁾ Cf., *v.g.*, Michel FOUCAULT, *Qu'est-ce que les Lumières*, in « Magazine Littéraire », abril 1993, n.o 309, p. 61 e ss.

⁽⁸⁾ Michel FOUCAULT, *Aula de 5 de janeiro de 1983*, in *Le Gouvernement de soi et des autres, Cours au Collège de France (1982-1983)*, Paris, Seuil, 2010, trad. port. de Eduardo Brandão, *O Governo do Outros: curso no Collège de France (1982-1983)*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 15.

II. *Palavras das «Luzes»: Caleidoscópio Conotativo.*

Começamos por tentar clarificar a situação das palavras e das ideias em torno das «Luzes». Será um percurso sinuoso, em que teremos de ir dando a palavra sucessivamente a vários autores. Não é nossa intenção uma resolução dialética das suas divergências. Apenas procurar por entre o labirinto vastíssimo algum fio.

Há não muitos anos, por todo o Mundo queremos crer, haveria certamente entre as pessoas cultas uma comum ideia sobre o que tivesse sido o *Iluminismo*, como, aliás, o que tivessem sido as diversas épocas culturais ou civilizacionais, ao menos no Ocidente. Nas palavras da edição brasileira do prestigiado e clássico *Vocabulário* de Lalande, a *Filosofia das Luzes* seria então o

Movimento filosófico do século XVIII, caracterizado pela ideia de progresso, pela desconfiança em relação à tradição e à autoridade, pela fé na razão e nos efeitos moralizadores da instrução, o convite a pensar e a julgar por si mesmo ⁽⁹⁾.

Também na edição da Enciclopédia Britânica (até na sua edição *online* acessível) podemos ver uma síntese muito satisfatória (e permitimo-nos citar apenas o início do artigo):

Enlightenment, French siècle des Lumières («Age of the Enlightened»), German Aufklärung, a European intellectual movement of the 17th and 18th centuries in which ideas concerning God, reason, nature, and man were synthesized into a worldview that gained wide assent and that instigated revolutionary developments in art, philosophy, and politics. Central to Enlightenment thought were the use and the celebration of reason, the power by which man understands the universe and improves his own condition. The goals of rational man were considered to be knowledge, freedom, and happiness ⁽¹⁰⁾.

Os tempos mais recentes parece trazerem alguma penumbra sobre estas ideias familiares, que propiciam um mínimo essencial de linguagem comum, sem o qual poderá haver excelentes teorias

⁽⁹⁾ *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*, André Lalande (org.), ed. bras., São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 639.

⁽¹⁰⁾ *Apud* <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/188441/Enlightenment> (consultado em 13 de agosto de 2014).

individuais ou de grupo, mas não uma elite intelectual minimamente expandida e internacional ⁽¹¹⁾.

É sobre essas questões não só terminológicas como conceituais que nos debruçaremos de seguida.

A expressão clássica para o *Século das Luzes*, em Portugal, tem sido *Iluminismo*. E em boa medida o tinha sido também no Brasil, ao que julgamos saber. Na *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira*, o respetivo artigo (Iluminismo), além da aceção mística, praticamente identifica, em dois passos (e o artigo é pouco extenso) Iluminismo e o « seu » século, ou o pensamento do século XVIII, citando nomeadamente António Sérgio:

Os traços gerais da atitude mental que caracterizou o século do *Iluminismo* parecem-me [...] bem marcados. António Sérgio, *Ensaios*, III, p. 94 ⁽¹²⁾.

E depois de uma rápida referência a uma aceção mística, continua o referido verbete, especificando que se trata de movimento da segunda metade do século XVIII:

Usa-se também iluminismo como significando o movimento espiritual da segunda metade do séc. XVIII, conhecido como o « século das luzes » (Aufklärung) — a libertação do homem da teia de preconceitos e prejuízos

⁽¹¹⁾ Evidentemente que o *Vocabulário* de Lalande (cit.) nos propicia, como habitualmente, todo um conjunto de aproximações dentro do mesmo campo semântico. Assim, nesta tradução brasileira, começamos por deparar, pela ordem alfabética, com a entrada « Iluminado ». Aqui se denota bem a oposição entre um sentido francês « místico que recebe, ou crê receber, inspirações diretas de Deus », e o sentido não francês, para o qual, precisamente ao contrário do primeiro, iluminados seriam os « iluministas ». Contudo, evoca-se De Maistre que regressa à oposição, porquanto « os místicos, à maneira de Saint-Martin, não são menos inimigos da Igreja e do Sacerdócio do que os partidários das ‘Luzes’ ». As quais, no texto (não parece que bem) figuram com minúscula (p. 515). O artigo seguinte do *Vocabulário* é sobre Iluminismo (*ibidem*). Admite dois sentidos. Um primeiro, próximo das áreas semânticas do artigo anterior, remetendo para a « iluminação interior ». Num segundo sentido, Iluminismo é sinónimo de « Filosofia das Luzes ». Mas acrescenta-se: « Diz-se apenas, neste sentido, em francês, do Movimento dos ‘Iluminados da Baviera’, sociedade secreta », etc. E remete afinal para os *Illuminati*. Mais adiante, consta um artigo sobre Filosofia das Luzes, referindo-se logo a fórmula alemã *Aufklärung*, que nos parece um excelente resumo do que se trata.

⁽¹²⁾ *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira*, Lisboa/Rio de Janeiro, Editorial Enciclopédia, s.d., vol. XIII, p. 522.

e a adopção de juízos objectivantes e racionais — *Sapere aude!* Tem coragem de ter servir da tua própria inteligência ⁽¹³⁾.

E conclui, em termos que estão em sintonia com o que normalmente é assinalado como caracterização do conceito:

No seu conjunto, assinala-se pela consciência do valor da própria razão, a confiança no progresso para a liberdade, dignidade e felicidade dos homens, o desejo e coragem de tudo refazer à luz da razão — a sociedade, a política, educação e administração ⁽¹⁴⁾.

A mais moderna enciclopédia luso-brasileira, a Verbo, na sua recente edição do « Século XXI », num artigo de Manuel Antunes, também aponta para a mesma identificação, embora curiosamente com matizes cronológicos rigorosamente simétricos aos apontados na outra enciclopédia que acabamos de citar, começando assim:

Definição: O Iluminismo (em alemão *Aufklärung*) foi um movimento cultural que tendo começado na Inglaterra e na Holanda, em fins do séc. XVII, se estendeu, durante o século seguinte, graças, sobretudo, à mediação da França, a todo o Mundo Ocidental, sem excluir a Rússia ⁽¹⁵⁾.

E mais adiante se referem mais claramente a variedade e limites epocais do movimento:

Dadas a extensão, a variedade e a complexidade que o Iluminismo revestiu, entre os fins do séc. XVII e os começos do séc. XIX, desde a Rússia à América do Norte e do Sul, mas conservando o seu centro de gravidade na Inglaterra, na França e na Alemanha, torna-se difícil definir essas características ⁽¹⁶⁾.

Realmente, a cronologia deste tempo depende muito do lugar, como assinala ainda, por exemplo, David Rabouin:

Demandez à un français quand on commencé les « Lumières », il vous répondra à coup sûr qu'elles ne peuvent guère remonter avant la mort de Louis XIV (1715) et trouvent leurs premiers représentants avec des auteurs qui naissent à cette époque comme Voltaire ou Diderot. L'Anglais ne sera

⁽¹³⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁵⁾ Manuel ANTUNES, *Iluminismo*, in *Enciclopédia Verbo Luso-Brasileira de Cultura*, Edição do Século XXI, Lisboa / São Paulo, Editorial Verbo, 1999, vol. 15, cols. 482-483.

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*, col. 484.

pas nécessairement du même avis, lui qui pense également au rôle joué dès la fin du XVIIIe siècle par les conceptions politiques de Hobbes, la philosophie empiriste de Locke, la science newtonienne et le nouveau rapport entre science et théologie qui se met en place à la Royal Society. Quand à l'Allemand... au Hollandais... Il serait guère difficile de dessiner ainsi autant d'images différentes des 'Lumières', au point que certains historiens on pu se demander si cette catégorie était encore pertinente (17).

Desde não há muitos anos, de vez em quando, sobretudo no Brasil, surge, naturalmente em estudos à volta do séc. XVIII, a expressão *Ilustração*. Aparentemente como sinónimo alternativo a *Iluminismo* ou *Luzes*.

Mesmo um autor de grandes presenças (influência é paradigma que nem todos aceitam, e dele podemos aqui prescindir) portuguesas na sua tese, como Francisco Falcon, diria, num passo em que coloca consciente e problemáticamente a questão:

O problema inicial que enfrenta qualquer tentativa de abordar a época da Ilustração é a facilidade aparente com que se costuma identificá-la ao séc. XVIII, o «Século das Luzes». No entanto, o problema é bem mais complexo, pois se trata de realizar uma dupla operação: destacar o movimento ilustrado do século que o contém, mas no qual não se resume; determinar as coordenadas reais, cronológicas e geográficas, do espaço-tempo da cultura ocidental correspondente à mentalidade ilustrada (18).

E mais adiante, observa o mesmo autor:

parece importante que se destaque a diferença entre as Luzes e o Século XVIII como um todo, tendência que se encontra nos estudos mais recentes sobre o assunto, corrigindo um velho hábito ainda muito difundido (19).

Contudo, nas suas próprias conclusões sobre este tema afigura-se-nos que não fica clara a diferença entre *Ilustração* e *Época das Luzes* (20). E sobretudo porque se prefere a *Iluminismo* a expressão *Ilustração*.

A primeira dúvida que tivemos foi se, com tão viva atividade

(17) David RABOUIN, *Par-delà les frontières*, in *Les Lumières*, t. I, Paris, Le Magazine Littéraire, 2013, p. 115.

(18) Francisco José Calazans FALCON, *A Época Pombalina*, São Paulo, Ática, 1982, p. 92.

(19) *Ibidem*, p. 93.

(20) Cf. *Ibidem*, máx. p. 145.

cultural espanhola aí (e pelo contrário tão modesta ação portuguesa) não denotaria ela um eventual *hispanicismo*.

Na Europa, que saiba, só em Espanha se usa realmente esse nome (ou afim) de forma corrente (e mesmo assim a expressão nem consta, com tal sentido, da prestigiadíssima Enciclopédia da Espasa-Calpe ⁽²¹⁾). Quando portugueses o usam, parece-nos referirem-se (nós próprio já o fizemos) ao ambiente e ao projeto de despotismo esclarecido (não dizemos senão por tradução « iluminado ») católico e nacional de ambiência espanhola ou língua castelhana, na verdade um projeto absolutista (como era o de Pombal, só que Pombal era pouco católico) e que teve por exemplo no chileno Bernardino Bravo Lira um dos seus grandes estudiosos para o continente americano, na perspectiva jurídico-política. É assim que na *Enciclopédia Logos* apenas na secção do *Iluminismo espanhol* (da autoria de Pedro Calafate, grande estudioso destas matérias ⁽²²⁾) se refere a expressão. No artigo em causa várias vezes aparece a palavra « Ilustração », e mesmo « Ilustração espanhola » ⁽²³⁾. Contudo, o artigo aproxima as duas experiências, espanhola e portuguesa:

Neste último aspeto, a experiência espanhola não se distinguirá substancialmente da nossa: centralismo administrativo e Despotismo Esclarecido, reformas económicas [...], tendências regalistas, ataque ao poder da Igreja e da nobreza, reformismo e pedagogismo ⁽²⁴⁾.

Quando fomos fazer um doutoramento a Paris II, logo o nosso orientador de tese, François Vallançon, nos chamou a atenção para a necessidade de precisão conceitual e até meramente linguística. E imediatamente veio à baila que em França se chama ao século XVIII *Siècle des Lumières* e a esse movimento (que não é bem a mesma coisa a acontecer então e um pouco depois nos países de língua

⁽²¹⁾ *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana*, Madrid, Espasa-Calpe, ed. de 1986 (consultamos o exemplar que está nos usuais da Biblioteca Mário de Andrade, de São Paulo), p. 1028-1029 contém sentidos que não se aproximam nem de perto nem de longe do que está aqui em causa.

⁽²²⁾ Pedro CALAFATE, *Iluminismo Espanhol*, in *Enciclopédia Logos*, vol. II, Lisboa / São Paulo, Verbo, 1990, col. 1312 e ss.

⁽²³⁾ *Ibidem*, col. 1313.

⁽²⁴⁾ *Ibidem*.

espanhola... e portuguesa) *Les Lumières. Illuminisme*, como veremos, é algo diferente.

Ora em Portugal o uso para o século em causa era então (estamos a falar nos finais do anos 80 do século passado, mas não creio que haja mudado nada desde esses tempos) *Século das Luzes*. Mas para o movimento intelectual, filosófico, político, etc. usava-se *Illuminismo*.

Numa obra extensa (como eram então as teses) por vezes temos de nos referir muitas vezes à mesma coisa, e como gostaríamos de escrever de forma elegante, somos levados a procurar sinónimos. Porém, nada é verdadeiramente sinónimo de nada a partir de um certo grau de formalização e técnica na escrita, dados os problemas de conotação. E assim, é óbvio que a palavra *Illuminisme*, que tão bem ficaria na minha tese como sinónimo (que não é) de *Les Lumières*, não poderia ser usada. Na síntese de Jacques Brosse, *Illuminisme* parece até ser o preciso contrário, ou um dos contrários possíveis de *Les Lumières*:

À la fin du XVIIIe siècle le mouvement, proche de certains aspects du piétisme allemand, apparaît comme une réaction de la sensibilité et du spiritualisme face au rationalisme matérialiste de la philosophie des Lumières (25).

Embora a filosofia das Luzes também de algum modo possa compreender alguns aspetos não puramente racionalistas, desde logo a própria dimensão da sensibilidade (veja-se Rousseau, que por isso alguns dizem já proto-romântico ou romântico *tout court*, e mesmo Diderot...) e até da espiritualidade (Kant, embora não pareça na sua prosa densa e no seu desejo de separar as águas, não deixava de ser um homem religioso, profundamente moldado pelo pietismo de seus pais, embora haja quem considere que renegou este legado). Muito certamente coloca o problema Gonçal Mayos, centrando a questão na oposição entre Romantismo e Iluminismo. Na verdade, o próprio Iluminismo partilha no seu seio das angústias colocadas pelo

(25) Jacques BRO SSE, *Les Maîtres spirituels*, Paris, Albin Michel, 2013, p. 522 e ss.; 582-583.

Romantismo (26). Racionalidade e subjetivação parece palpitarem ambas nos dois movimentos, embora, evidentemente, cada um tenha como principal imagem de marca uma ou outra.

Claro que os alemães dizem *die Aufklärung* — e sempre é de recordar o trabalho essencial de Kant, *Was ist Aufklärung*. E evidentemente que os ingleses dizem *The Enlightenment*. Ilustração — *Ilustración* — só dizem os de língua espanhola, ou portuguesa (na fórmula Ilustração), mas este últimos quando estão em sintonia ou alusão ao que se passou nesse tempo de *Ilustración católica nacional*. Passará pela cabeça de um francês, de um inglês ou de um alemão dizer, para o fenómeno geral, algo como *Ilustración*, *Illustration* ou... *Ilustraktion*...? A propósito, em italiano a expressão também é *Illuminismo* (27). E em romeno *Iluminismului*. Compreende-se bem que o holandês esteja mais próximo do alemão: *Verlichting*.

A questão complica-se-me com mais um dado: a tradução brasileira da obra de Adorno e Horkheimer *Dialektik der Aufklärung* (28) leva o para nós na altura surpreendente título *Dialética do Esclarecimento*. O tradutor não nos deixou sem explicações, que, na verdade, em contexto e cotejo com as demais teorias e usos, nos acabam por deixar na perplexidade.

Primeiro, para nosso pessoal espanto, começa por considerar que também o termo « ilustração », aparentemente a par de « iluminismo », seria uma das expressões mais usuais para designar a « Época » ou « Filosofia das Luzes » (29).

E depois aduz outros argumentos.

Contudo, se bem virmos o conteúdo deste livro talvez compreendamos melhor um *trompe-l'œil* que deriva certamente de quer ele quer o imortal texto de Kant serem escritos em alemão e usarem, por isso, a mesma expressão, *Aufklärung*, não tratando, contudo, da

(26) Gonçal MAYOS, *Ilustración y Romanticismo. Introducción a la polémica entre Kant y Herder*, Barcelona, Editorial Herder, 2004, p. 366 e ss.

(27) Cf., entre inumeráveis, Jacques GODECHOT, *As Revoluções (1770-1799)*, trad. port., São Paulo, Pioneira, 1976, p. 11.

(28) Theodor W. ADORNO, Max HORKHEIMER, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, Francoforte, Fischer, 1969, trad. port. de Guido Antonio de Almeida, *Dialética do Esclarecimento. Fragmentos filosóficos*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1985.

(29) *Ibidem*, p. 7.

mesma coisa: pelo menos não da mesma coisa à luz dos metaconceitos formados pela *patine* do tempo.

Até poderia ser que no tempo de Kant do que se tratasse fosse de « esclarecimento ». Mas hoje, com o peso do tempo, não é senão do Iluminismo do séc. XVIII que obviamente ele pode tratar. Já o texto dos autores contemporâneos, embora aluda a Kant e às Luzes, não trata, ao que avaliamos, essencialmente desse tempo, mas do movimento de emancipação humana em geral, curando desde Ulisses ao antissemitismo. Ora é muito importante clarificar o conteúdo desta obra porque, assim, ela não contaminará (espera-se) com a expressão « Esclarecimento » obras que se dediquem expressamente ao período, época, movimento, corrente, tempo iluminista. São coisas diferentes.

Estamos persuadido de que muita gente, sem ter lido este livro, crê que ele é sobretudo uma reflexão sobre o séc. XVIII. E daí que se transporte para este século o que é expressão geral de *sapere aude*: esclarecimento...

Além desta tradução fundamental, e da doutrina que o tradutor em paratexto inicial aduz, há vários artigos no Brasil que placidamente aceitam essa nomenclatura, e até a fazem extravazar para outros domínios, épocas e autores, não propriamente Setecentistas, como é o caso, tirado à sorte, do artigo de Mauricio Rodrigues de Souza, da Universidade Federal do Pará, *O conceito de esclarecimento em Horkheimer, Adorno e Freud: apontamentos para um debate* ⁽³⁰⁾. O que é interessante é que esse artigo lida placidamente com uma explícita sinonímia (ou tradução tranquila) entre *Esclarecimento* e *Aufklärung*.

A pergunta é: será que no Brasil a corrente e « correta » tradução seria essa, *Esclarecimento*? Sendo assim (e por aqui se vê que não bastam acordos ortográficos — há homogeneizações linguísticas bem mais profundas a fazer: ou não...), teríamos que conviver com duas (ou três) expressões para a mesma coisa... Ou pior, para coisas semelhantes, mas de sentido impreciso, derrapante.

Mas talvez nem tanto seja assim. Há em Portugal também abertura, parece-nos, para a variante « Esclarecimento ». Desde

⁽³⁰⁾ http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822011000300004&script=sci_arttext.

logo, porque se diz «despotismo esclarecido». E não esqueçamos a síntese admirável de Coimbra Martins, no *Dicionário de História de Portugal*, de Joel Serrão (aliás um desses artigos que vale sempre a pena reler e degustar):

O Portugal esclarecido sai do Portugal restaurado e anuncia o Portugal liberal ⁽³¹⁾.

De vez em quando, porém, há autores que, investidos de uma espada apta a cortes epistemológicos, ou munidos de poderosas mangueiras conceituais aptas a limpar os estábulos de Auguias, afirmam com clareza nomenclaturas e estabelecem distinções. Uns afirmam que as coisas são assim mesmo (talvez seja essa uma forma de *Tiranía do Logos* de que falava J. M. Benoist ⁽³²⁾), outros dizem que encaram as coisas desta ou daquela forma divididas, mais ténues no afirmar.

De todo o modo, veja-se a interessante perspectiva de Sérgio Paulo Rouanet, que numa palestra sobre *O Olhar Iluminista*, por exemplo, assim explicita uma divisão entre dois dos conceitos em apreço:

O Iluminismo seria uma tendência transepocal, não limitada a nenhum período específico, que se caracteriza por uma atitude racional e crítica. Ela combate o mito e o poder, usando a razão como instrumento de dissolução do existente e de construção de uma nova realidade. Chamo de Ilustração o movimento de ideias que se aglutinou, no século XVIII, em torno dos filósofos enciclopedistas: Diderot, Voltaire, D'Alembert. A Ilustração foi a mais importante das realizações históricas do Iluminismo, mas não a primeira nem a última ⁽³³⁾.

Várias questões se levantam a partir desta declaração e desta *démarche*.

Por um lado, ela é clarificadora. Mas a clarificação por parte de uma única voz pode ser perturbadora. Quem nos garante que os

⁽³¹⁾ António COIMBRA MARTINS, *Luzes*, in *Dicionário de História de Portugal*, dir. de Joel Serrão, Porto, Livraria Figueirinhas / Lisboa, Iniciativas Editoriais, 1971, vol. II, p. 837.

⁽³²⁾ Jean-Marie BENOIST, *Tyrannie du Logos*, tr. port., *Tiranía do Logos*, Porto, Rés, s/d.

⁽³³⁾ Sérgio Paulo ROUANET, *O Olhar Iluminista*, in *O Olhar*, org. Adauto Novaes, São Paulo, Companhia das Letras, 2003, p. 125.

usos culturais vão seguir esta proposta? Evidentemente que Rouanet é um intelectual conhecido, respeitado, influente ⁽³⁴⁾. Certamente terá os seus seguidores. O perigo das teorias de um só autor é que é o mais grave. Não podemos deixar de recordar aquela crítica assassina de Jean-Paul Sartre a Denis de Rougemont sobre uma passagem de *L'Amour et l'Occident*, em que este teria avançado a tese de que os chineses não conheceriam o amor-paixão. Sartre teria descoberto que toda essa ambiciosa e arriscada generalização se teria baseado numa breve passagem de uma coletânea póstuma de um só autor. Ora no caso tratava-se de uma generalização imensa, mas quiçá de questões apesar de tudo factuais, embora de índole psicológica ⁽³⁵⁾. No presente problema, está-se perante uma proposta de mudança de designações, feita por um único (que saibamos) mas reputado autor.

Por outro lado, ela parece ser arbitrária. Porque não chamar, por exemplo, « Luzes » ao que nela se chama « Iluminismo », ao invés de « Ilustração »? Já que, e esse é um argumento de peso, « Ilustração » tem essa conotação hispanicista?

Depois, há um problema internacional complexo: essa divisão é só para o Brasil ou, no limite, para os países de Língua Portuguesa? Como se aconselharia a que tal distinção se fizesse em França, por exemplo, onde não há a expressão correspondente a « Iluminismo », com o sentido que ela tem tido, em português? Ora uma teoria que não contemple como dizer-se em França algo que é, em grande medida francês, parece apresentar uma certa debilidade.

⁽³⁴⁾ Autor de vasta obra, é membro da Academia Brasileira de Letras e foi mesmo Secretário de Estado da Cultura do Presidente Collor de Melo, e autor de uma lei de incentivos fiscais à cultura.

⁽³⁵⁾ Jean-Paul SARTRE, *Denis de Rougemont: O Amor e o Ocidente*, in *Situações*, vol. I. *Crítica Literária*, trad. de Cristina Prado, São Paulo, Cosac Naify, 2005, p. 85: « Rougemont tem necessidade de demonstrar, em nome de sua causa, que os chineses não conhecem o amor-paixão. Ele o diz a sério, e estou disposto a crê-lo. Mas logo reflito que a China tem cinco mil anos de história e enormes populações muito diversas. Vou imediatamente ao apêndice em que Rougemont justifica essas afirmações e vejo que ele apóia toda a sua psicologia dos chineses numa breve passagem de *Desesperos (Désespoirs)*, coletânea póstuma de Léo Ferrero. Isso é realmente sério? Mas talvez ele tenha outras razões que não quis expor para não tornar pesado o seu tratado: concedamos-lhe os chineses ».

Por outro lado, há ainda um outro possível obstáculo internacional. É que podemos fazer das fraquezas forças, e acabar por reivindicar a Ilustração para nós, como coisa peculiar nossa, de Brasileiros, Portugueses, Lusófonos em geral e falantes da Língua Castelhana. Reconhecendo ou não (e historicamente cremos que deveria reconhecer-se) a origem espanhola e hispanoamericana da expressão, poderia ser eventualmente legítimo (e quiçá útil), se entender que o Iluminismo do séc. XVIII e ao seu redor (no caso, um pouco ulterior) nos países iberoamericanos teve tais especificidades que merece nome próprio, então porque não chamar Ilustração apenas ao Iluminismo iberoamericano? Vários autores têm assinalado a diferenças... Por exemplo, diz Francisco Falcon, que é brasileiro, a dado passo da sua tese doutoral:

detivemo-nos naquilo que julgamos constituir a relativa peculiaridade das formas políticas ibéricas, expressa numa desfasagem essencial com relação ao resto da Europa centro-ocidental, no nível da estrutura do Estado e também das manifestações ideológicas ⁽³⁶⁾.

Mas a questão é que também os Italianos, os Escoceses, os Alemães, tantos outros, têm Iluminismos particulares... Por que razão elevar (ou, talvez antes apoucar) o iberoamericano, dando-lhe nome e conceito especial, se todos mais ou menos são especiais, por uma forma ou por outra? Ou mesmo também poderemos ser tentados a pensar num Iluminismo Luso-Brasileiro ⁽³⁷⁾... Mais antiga é ainda a ideia, como se sabe, de um Iluminismo (ou mais Ilustração...) ibérico, ou ibero-italiano, do sul da Europa, um iluminismo « católico »...

Mas retomemos o fio: ao falar-se em Iluminismo Luso-Brasileiro para correntes, ideias e factos das Luzes Setecentistas em

⁽³⁶⁾ Francisco FALCON, *A Época Pombalina*, cit., p. XIV. Sobre o « discurso ilustrado pombalino » e a sua limitação, cf. p. 368; alinhando pela tese do atraso português face a Espanha, p. 197. Contudo, considera em boa parte anacrónico o mito de um liberalismo pombalino (p. 219).

⁽³⁷⁾ António BRAZ TEIXEIRA, *Iluminismo Luso-Brasileiro?*, in *A Experiência Reflexiva. Estudos sobre o Pensamento Luso-Brasileiro*, coordenação de Maria Celeste Natário, Sintra, Zéfiro, 2009.

Portugal e no Brasil, como faz António Braz Teixeira ⁽³⁸⁾, fica em questão, implicitamente, a outra teoria que talvez a tal tivesse que chamar Ilustração Luso-Brasileira, porque Iluminismo seria algo de mais vasto e abstrato. Contudo, enquanto dizer Iluminismo Luso-Brasileiro é uma questão de localização no espaço e na cultura de um conceito já localizado no tempo (séc. XVIII), na teoria de Braz Teixeira, a aplicar a de Sergio Paulo Rouanet não se saberia de que época se falaria ao usar essa expressão. Teria que traduzir-se, para ficar claro, por « Ilustração Luso-Brasileira », como é evidente.

Mais complexa ainda se torna a situação se apontarmos para um critério muito rigoroso de Iluminismo, tendo que considerar, ou pelo menos aventar a hipótese de em Portugal, no Brasil e na América Latina em geral não ter havido sequer Iluminismo (ou Ilustração) mas um simples ecletismo ⁽³⁹⁾.

Nestas questões é sempre ao mesmo tempo muito esclarecedor e gerador de dúvidas estudar autores concretos, e cotejá-los com as teorizações sobre épocas, movimentos, escolas, etc. ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ Estudioso com vasta bibliografia que além domais é membro correspondente da Academia Brasileira de Letras (e da Academia das Ciências de Portugal) e foi Secretário de Estado da Cultura, em Portugal, no Governo de Francisco Sá Carneiro.

⁽³⁹⁾ Maria del Carmen ROVIRA, *Ecléticos Portugueses del Siglo XVIII y Algunas de sus Influencias en América*, México, 1958; J. S. DA SILVA DIAS, *O Ecletismo em Portugal no Século XVIII*, Coimbra, 1972; Joaquim DE CARVALHO, *Introdução* ao resumo dos Livros I e II do *Ensaio Filosófico sobre o Entendimento Humano*, de John Locke, Coimbra, 1950. V. ainda BRAZ TEIXEIRA, *Iluminismo Luso-Brasileiro?*, cit. Para o quadrante de língua castelhana, v. José GAOS, *En torno a la Filosofía Mexicana*, México, 1980.

⁽⁴⁰⁾ Paulo FERREIRA DA CUNHA, *As Contradições do Jusracionalismo* (Cruz e Silva: *um jurista literato do Século das Luzes*), in *Pensar o Direito*, vol. I. *Do Realismo Clássico à Análise Mítica*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 53 e ss.; ID., *Iluminismo, Constituição e Utopia*, in *Constituição, Direito e Utopia. Do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas*, Coimbra, Faculdade de Direito de Coimbra, Studia Iuridica, Coimbra Editora, 1996, p. 251 e ss. (tese de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra); ID., *Droit naturel et méthodologie juridique*, Paris, Buenos Books International, 2012; ID., *La Polémique du premier Manuel d'Histoire du Droit Civil Portugais, de Mello Freire. Suivant le Manuscrit de son critique, António Pereira de Figueiredo*, in « Quaderni fiorentini », 23 (1994), p. 487 e ss. (trad. port. in « Revista da Ordem dos Advogados »); ID., *Mello Freire Advogado. Notícia de um Manuscrito*, in « Revista de Estudios Histórico-Jurídicos », Valparaíso, 1992-1993; ID., *Mello Freire, Advogado. Notícia de um (?) Manuscrito*, in « Revista da Ordem dos Advogados », 52 (julho de 1992), II, Lisboa [aprofundamento e atualização do anterior]; ID., *Mythe et Constitutionnalisme au*

III. *Em Demanda de (das) Palavras.*

Todos estes primeiros problemas colocados, pode pensar-se se é realmente preciso um conceito que seja mais abrangente que o de Iluminismo, sem que se comprima o Iluminismo (dito Ilustração) no séc. XVIII. A questão não é apenas colocada hoje. Já se disse que a época sofística, e em especial a tragédia de Eurípides, era um Iluminismo (lemos *Ilustración*, numa tradução castelhana de um livro de Filosofia Helénica Clássica, da autoria de William K. Guthrie? Qual o original inglês? É *Enlightenment*.)

Disse-se, portanto, para o passado, e sem necessidade de palavras novas. Para o futuro, fácil é conceber um Neoiluminismo. O mesmo, se decompusermos os elementos deste, porque não falar em: racionalismo, em empirismo, em espírito livre, em livre exame, em adogmatismo, em deísmo ou noutros dos também por vezes contraditórios aspetos do Iluminismo de Setecentos? É que as Luzes Setecentistas também não são uniformes. Mesmo fazendo uma conglobação nacional delas assim as apresenta (*sub specie* « Philosophie des Lumières ») Yvon Belaval, ainda numa divulgação enciclopédica (as Enciclopédias têm essa responsabilidade de publicamente fazer doutrina com alguma generalização e irenismo, única forma de adquirirem certa normatividade legitimada de sentidos):

elle apparáit disons entre 1685 et 1815, à différentes dates: plus modérée en Angleterre qu'en Écosse à peine pacifiée, anticléricale en France, empreinte de religiosité en Allemagne, érasimienne en Hollande, trop censurée en Italie,

Portugal (1777-1826). Originalité ou influence française?, Paris, 1992 (tese de doutoramento na Univ. Paris II, policóp., publicação na revista « Cultura » do Centro de História da Cultura da Universidade Nova de Lisboa); Id., *Raízes da República. Introdução Histórica ao Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006; Id., *Temas e Perfis da Filosofia do Direito Luso-Brasileira*, Lisboa, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 2000; Id., *Pensamento Jurídico Luso-Brasileiro*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006; Id., *Do Jusracionalismo Luso-Brasileiro e da Unidade Essencial do Jusnaturalismo-Reflexão Problemática Filosófico-Histórica*, in « Collatio », n. 12, pp. 17-30, <http://www.hottopos.com/collat12/17-30FC.pdf>; Id., *Filosofia do Direito. Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 440 e ss.; *Repensar o Direito*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2013, p. 181 e ss.; Id., *La Constitution naturelle*, Paris, Buenos Books International, 2014.

puritaine dans les nouveaux États-Unis, en visite à la cour de Catherine II ⁽⁴¹⁾.

Embora, evidentemente, com um ar de família.

Podemos ter esperança de mudar os usos, e de fazer valer as nossas nomenclaturas. Mas o peso da tradição intelectual é grande e, pelo menos até que triunfem as novas palavras com os seus novos sentidos (se é que um dia triunfarão), traremos muito mais confusão que claridade e esclarecimento.

É claro que não se pode impedir o ímpeto do rio da História, e as mutações semânticas incluem-se no que vai mudando. Contudo, do ponto de vista da linguagem técnica (e a filosófica e da cultura tem de sê-lo, sob pena de um abastardamento em conversa insubstancial e flutuante), é importante que os sentidos estejam o mais bem determinados possível, e as palavras sejam instrumentos em que, se não puder haver correspondência denotativa unívoca (o que é quase impossível) pelo menos que tenham repertoriados e bem delimitados os usos conotativos, ou a pulverização de denotações.

Tendo ponderado o que ocorre com os usos das expressões que se abeiram das Luzes, designadamente em Portugal e no Brasil, e em especial em comparação com o que pudemos apurar dos usos de Espanha, não ficamos esclarecido senão em alguns aspetos fáticos, já referidos no nosso « inventário ».

Não encontramos razão ponderosa para que os usos mais clássicos sejam abandonados, e encontramos nos usos concretos das expressões « Ilustração » e « Esclarecimento » muita diferença de conotações. O que não as posiciona da melhor maneira para substituir ou matizar as expressões « Luzes » e « Iluminismo ».

Contudo, achamos sedutor o projeto, de vários autores, segundo o qual há um Iluminismo (a que alguns chamam outras coisas) que é um projeto emancipatório de sempre e um Iluminismo (a que alguns chamam outras coisas) concreto do século XVIII, o século das Luzes.

Mas é evidente que essa *nuance* já está pressuposta quando alguém, nos nossos dias, diz que é « um Iluminista », como, aliás,

⁽⁴¹⁾ Yvon BELAVAL, *Philosophie des Lumières*, in *Encyclopaedia Universalis*, vol. 14, p. 75.

mutatis mutandis, quando alguém chama a outro « clássico », « antigo », « medieval », « renascentista », ou « humanista », etc.

Aquí a questão está em que não parece absolutamente consensual que expressão deva designar o século das Luzes, e qual a expressão para o movimento e o espírito que nesse século foi predominante.

Como a simplicidade parece ser a mais logicamente afortunada solução (segundo uma perspectiva das Luzes), atrever-nos-íamos a concluir que, para haver uma tal distinção explícita, ainda o melhor seria designar o século por Século das Luzes (*le siècle des lumières*, *siglo de las luces*) e o movimento ou espírito mais geral e perene pelo nome em cada país terá mais tradição: nos países lusófonos, cremos que ainda será « Iluminismo ».

IV. *Luzes, Política e Direito.*

Privilegiado momento de uma profunda viragem foi o séc. XVIII, expoente do Iluminismo (embora, como é sabido, haja quem a este considere transepocal). Mas determinar, no plano jurídico, a dimensão precisa dessa viragem não é simples. Tanto mais que haveria que tentar precisar (embora sem pretensões « purificadoras » à *outrance*) o que foi viragem propriamente jurídica, e o que foi sobretudo mudança de cariz político.

Um grupo específico a estudar, sobretudo porque em muitos casos parece não estar de acordo com algumas generalizações, é o Iluminismo Luso-Brasileiro. Pode ser um interessante filão de pesquisa « contrastiva », embora ainda permaneça com bastantes lacunas (e incompreensões), apesar de excelentes trabalhos já existentes ⁽⁴²⁾. Desde logo, haveria que questionar se neste espaço cultural (e não apenas luso-brasileiro, mas hispano-americano também) ao menos, se terá tratado de um verdadeiro e próprio Iluminismo, ou antes de um ecletismo.

Estamos ciente de que uma tal indagação « regional » só poderá ter consequências gerais se completada, em tempo oportuno, com um estudo comparatístico noutras latitudes, especificamente

(42) BRAZ TEIXEIRA, *Iluminismo Luso-Brasileiro?*, cit., p. 43.

não latinas e de cultura de base não católica. Já foi advertida a particularidade do « Iluminismo » *sui generis* luso-brasileiro, como aliás do dos países latinos e católicos, de um e do outro lado do Atlântico.

Com efeito, assim como nos países de língua castelhana se fala de uma « Ilustración católica nacional », que é conciliadora de muitas coisas noutras paragens aparentemente antagónicas, também no quadrante de Língua Portuguesa alguns traços nos individualizaram, numa particular ligação com o passado aristotélico e católico, ainda que renovados. Nem os direitos naturais originários aqui colocariam em causa a origem divina do poder dos monarcas, em significativos casos ⁽⁴³⁾.

Estudámos até o momento, em várias oportunidades ⁽⁴⁴⁾ a questão. E no plano mais concreto debruçamo-nos especialmente sobre quatro jusracionalistas de língua portuguesa: António Diniz da Cruz e Silva, Tomás António Gonzaga, Paschoal José de Melo Freire dos Reis, e António Ribeiro dos Santos. Os destinos destes quatro juristas de Setecentos se cruzariam (e oporiam) aos pares (os dois primeiros e os dois segundos), em tese e antítese ⁽⁴⁵⁾. Sobre eles se diria, numa síntese das sínteses, fazerem jus à interpretação de conjunto de Paulo Bonavides: sente-se entre eles a tensão entre um jusnaturalismo inovador (talvez não ainda revolucionário, mas já progressivo) e um jusnaturalismo conservador. Mas as vicissitudes da biografia pessoal e intelectual dos dois primeiros fazem-nos ser protagonistas, à vez, de uma e outra das posições. Já a « Formidável Sabatina » sobre o projeto de Novo Código de Direito Público,

⁽⁴³⁾ *Ibidem*, p. 49.

⁽⁴⁴⁾ Sobretudo: *As Contradições do Jusracionalismo*, cit.; *Iluminismo, Constituição e Utopia*, cit.; *Droit naturel et méthodologie juridique*, cit.; *La Polémique du premier Manuel d'Histoire du Droit Civil Portugais*, cit.; *Mello Freire Advogado*, cit.; *Mello Freire, Advogado. Notícia de um (?) Manuscrito*, cit.; *Mythe et Constitutionnalisme au Portugal*, cit.; *Raízes da República*, cit.; *Temas e Perfis da Filosofia do Direito Luso-Brasileira*, cit.; *Pensamento Jurídico Luso-Brasileiro*, cit.; *La Constitution naturelle*, cit.; *Constitution et Mythe*, com prefácio de François Vallançon, Quebeque, Presses de l'Université Laval, 2014.

⁽⁴⁵⁾ Sobre os dois primeiros, cf. o nosso livro *Pensar o Direito I. Do realismo clássico à análise mítica*, cit.; sobre os dois últimos, v. especialmente o nosso livro *Constitution et Mythe*, cit.

entre os dois últimos, é um bom exemplo de um conservadorismo revolucionário (Mello Freire) contra um protoliberalismo tradicionalista (Ribeiro dos Santos), pelo menos com potencialidades muito mais progressivas. Assim, afirma o referido mestre brasileiro:

o direito natural foi a fortaleza de ideias onde procuraram asilo tanto os doutrinários da liberdade como os do absolutismo. Seria, pois, errôneo reconhecer na teoria jusnaturalista, da Idade Média à Revolução Francesa, ordem de ideias votada exclusivamente à postulação dos direitos do Homem ⁽⁴⁶⁾.

Na verdade, a questão jurídico-política mais interessante do Iluminismo luso-brasileiro é a que respeita à questão do Direito Natural.

Numa síntese reveladora e sustentada por muita investigação, Christian Lazzeri ⁽⁴⁷⁾ aponta alguns erros comuns na interpretação da teorização do Direito Natural moderno. Boa parte destas observações parecem ser corroboradas, desde logo, pelo primeiro livro sobre Direito Natural em língua portuguesa, o *Tratado de Direito Natural* de Tomás António Gonzaga ⁽⁴⁸⁾.

Em primeiro lugar, nem todos os jusnaturalistas modernos são contratualistas, partidários de teorias do contrato social. Este o primeiro mito a desfazer. Ora, mesmo neste aspeto sobretudo filosófico-político, não se pode afirmar uma rutura completa com o passado, sobretudo o legado aristotélico-tomista, o qual, como se sabe, é exemplo de escola do naturalismo político, não-contratualista. Tal significa que a rutura não foi aqui completa.

Depois, ao contrário do que se pensa, os autores do Direito Natural Moderno não inventaram muitos dos conceitos que utilizam, aparentemente inovando apenas. Não é nova a posse dos

⁽⁴⁶⁾ Paulo BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, São Paulo, Malheiros, 2011¹⁰, p. 41.

⁽⁴⁷⁾ Christian LAZZERI, *La Théorie du droit naturel au XVIIe siècle: l'utilité comme enjeu du droit et du contrat*, in Alain Caillé, Christian Lazzeri, Michel Senellart, *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique*, t. I *De l'Antiquité aux Lumières*, Paris, Flammarion, 2001, p. 465 e ss.

⁽⁴⁸⁾ Tomás António GONZAGA, *Tratado de Direito Natural*, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura, Instituto Nacional do Livro, 1957 [ms. original de data incerta].

direitos naturais, a sua transferência pelo contrato social, a constituição da soberania, a eventual resistência ao poder assim constituído, etc.

Acresce ainda que o esforço que muitos autores fazem para dar das ideias de contrato social uma versão totalmente laicizada e com implicações de laicidade em consonância com alguns ares dos tempos não reflete com exatidão o que terá ocorrido. Um poder de origem contratual, entre Homens, não implica a sua total independência, mesmo em aspetos jurídico-políticos, de uma jurisdição divina.

Finalmente, a teorização de que a constituição do poder político (e da sociedade política, por contraposição ao estado de natureza) é uma vantagem para os que virão a ser governados e que assim a razão de ser do contrato social é a utilidade corresponde também a uma simplificação e uma generalização em que não podem caber todos os jusnaturalistas.

Negando, assim, a originalidade do Iluminismo juspolítico quanto ao Direito Natural ⁽⁴⁹⁾, mesmo quando à noção de direitos individuais, que seriam já existentes nas corporações medievais (o que é controvertido, é certo ⁽⁵⁰⁾), obviamente não residindo ela também no conceito de soberania, « perfeito » já em Bodin ⁽⁵¹⁾, e não sendo ainda original que o poder político emane de um consentimento — o que recua a múltiplas fontes, mesmo romanísticas, o que fica de próprio a esse Jusracionalismo cujos adversários retratam precisamente como abstrato em Direito Natural, individualista em direitos, contratualista, etc.? (sobre a soberania não é costume atacarem-no muito).

Tratar-se-ia de uma originalidade de modulação, ou seja, poderíamos dizer, de adaptação a uma « cor local », que contudo já se começaria a verificar no séc. XVII.

Os direitos individuais sofrem realmente uma mutação — tornando-se, no direito moderno, direitos subjetivos, com tudo o que isso implica, filosófica e metodologicamente. Mas não olvidemos que os direitos subjetivos não datam do séc. XVIII. Já Suarez e

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*, p. 466.

⁽⁵⁰⁾ *Ibidem*, p. 466-467.

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*, p. 467. Porém cfr. J.L. BRIERLY, *The Law of Nations*, Oxford, Clarendon Press, 1963, *passim*.

Grotius são autores a considerar, e mesmo o nominalismo do séc. XIV em diante. Nesse sentido, trata-se apenas de uma consolidação de uma tendência que já vinha a acompanhar a evolução do Direito.

Dos velhos pactos se passa à ideia, mais explícita, de um contrato. Um contrato social. Também aqui, como vemos, é uma continuidade.

Havendo um contrato social, as leis naturais não cedem totalmente perante a soberania, mas subsistem como instâncias de avaliação do exercício do poder soberano. O povo, no seu conjunto, é, porém, o único juiz nesta matéria, não um corpo de magistrados, por exemplo. Por outro lado, esta soberania é de origem popular e parece assim prejudicar seriamente o « direito divino dos reis ». A ser assim, há aqui, neste preciso ponto, um salto qualitativo, mas sobretudo de índole político-constitucional, mas mais política que outra coisa.

Todas estas observações parecem levar água ao moinho da necessidade de atentar em ruturas essencialmente políticas e não tanto jurídicas. Salvo a questão do direito subjetivo, a qual, contudo, é uma mudança de período muito mais longo, e vem de antes, tendo a sua génese no séc. XIV.

Para bem entender esta questão, mister é que se atendem nos lugares paralelos possíveis, que poderão lançar luz sobre o enigma.

Um deles é ulterior, e de história político-constitucional. Se tivermos visto o que ocorreu realmente com as alegadas influências de que é tributária a Constituição portuguesa de 1822 ⁽⁵²⁾ ou do constitucionalismo suíço (que sofismaram um pela via espanhola e outro pela germânica o comum legado francês, da Constituição de 1791 ⁽⁵³⁾), então politicamente incorreto e incómodo, e essa imagem conseguiram transmitir às gerações futuras), quando vemos a falsa e deformada querela entre direitos antigos e direitos modernos, entre constitucionalismo histórico e constitucionalismo liberal, toda fun-

⁽⁵²⁾ V. o nosso livro *Raízes da República. Introdução Histórica ao Direito Constitucional*, cit., p. 178 e ss.

⁽⁵³⁾ Jean-François AUBERT, *La Constitution de 1791 et la Suisse*, in 1791. *La Première Constitution française*, Colloque « La Première Constitution Française », Dijon, Université de Bourgogne, 1991, Paris, Economica, 1993. V. o nosso livro *Constitution et Mythe*, cit.

dada, afinal, na animosidade política, sem prejuízo, como é óbvio, de diferenças contextuais, cremos ser legítimo suspeitar que o jusracionalismo, para mais com os referidos quatro exemplos, pelo menos o jusracionalismo luso-brasileiro (mas haveria que indagar mais longe...), não terá sido um corte radical com o jusnaturalismo clássico. Senão, evidentemente, na medida em que foi solidário de evoluções e depois de ruturas políticas que são tão fundas que ainda hoje nos dividem.

Do mesmo modo que os liberais e seus sucessores proclamam direitos humanos, esquecendo por vezes as velhas liberdades, e tradicionalistas monárquicos defendem a constituição material das leis fundamentais dos reinos contra um alegado « diabo à solta » das Constituições codificadas liberais, também no que respeita ao jusnaturalismo, os jusnaturalistas mais conservadores e os jusnaturalistas mais revolucionários teriam tido interesse nesta divisão. Porém, num tempo, como este nosso, em que quase já parece não haver representantes dos últimos (quem hoje se dirá jusracionalista, pelo menos à moda do Iluminismo?), será o momento de a serenidade da História e da Teoria substituir doutrina que talvez se encontre demasiado prisioneira da paixão e até do preconceito. É essa, ao menos, a hipótese que gostaríamos de ver pesquisada e testada. A qual, salvo melhor opinião, e até comprovação, é a nossa presente suspeita heurística...

Todorov é dos que insiste sobre a importância do legado das Luzes, e como ele impregna o nosso mundo atual, no que de progressivo e esperançoso tem, mesmo apesar de algumas desvirtuações e heresias.

Tous ces principes essentiels de notre modernité ont été inventés et mis en place à l'époque des Lumières ⁽⁵⁴⁾.

Hoje em dia há uma defesa das Luzes a empreender, tanto preservando o legado e o real sentido da História do séc. XVIII (que se arrisca a ser esquecido e mesmo caluniado com intenções atualistas *pro domo*), como fazendo a apologia do espírito iluminista, de livre pensamento e livre crítica, racionalidade e audácia. Tal implicará consequências menos intelectualizadas: como a emergência

⁽⁵⁴⁾ Tzvetan TODOROV, *Un mouvement d'émancipation, entretien avec...*, in *Les Lumières*, cit., p. 134. Cf. também, Id., *L'esprit des Lumières*, cit.

enquanto radicados nas Luzes (quer nas historicamente situadas, quer nas transhistóricas) dos legados jurídico-políticos que desembocaram na democracia, nos direitos humanos e no constitucionalismo moderno, que a todos juridicamente articula e afirma.

Ora essa defesa passa também por *démarches* aparentemente inócuas e metodológicas (mas a metodologia nunca é inócua): como a de se não deixar dissolver a Modernidade e as Luzes numa pretensão expansionista de teóricos da Idade Média, e tal passa por afirmar palavras claras para as diferentes aceções de época e de espírito.

Finalmente, mas certamente por onde se deva começar, é vital o ensino e a pesquisa nestas áreas. Desde logo, o estudo filosófico, literário, artístico do espírito livre, e em particular do movimento do séc. XVIII (e desde então não se parou de desconstruir essa desconstrução, por vezes até levando a razão à loucura...). Mas também fazendo compreender, mesmo como condição de cidadania, que é nesse século das Luzes que estão as maiores e mais fecundas sementes da nossa Liberdade atual. Pelo menos até agora. Desde logo, o constitucionalismo moderno (baseado na tríade explícita e implícita na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, e especificamente no seu art. 16, pressupondo a codificação constitucional e obrigando a uma sociedade com direitos humanos e separação dos poderes) é um legado iluminista. E quando o não seja, será algo de imperfeito, como para a América Latina advertiu Nelson Saldanha: aí, um movimento constitucional de raiz romântica e conservadora, e não iluminista, teria redundado (numa primeira fase — não agora, em que brilham « Constituições Transformadoras »⁽⁵⁵⁾) num « constitucionalismo sem povo »⁽⁵⁶⁾.

Luc Ferry, filósofo sempre muito atento ao fenómeno político e até jurídico, evoca Hegel e a ideia de « recusa da positividade »,

(55) Cf., por todos, Gilberto BERCOVICI, *A Constituição Brasileira de 1988, as “constituições transformadoras” e o “novo constitucionalismo latino-americano”*, in « Revista Brasileira de Estudos Constitucionais », Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais / Editora Forum, 7 (maio-agosto 2013), n. 26, p. 285 e ss.

(56) Nelson SALDANHA, *A Teoria do ‘Poder Moderador’ e as Origens do Direito Político Brasileiro*, in « Quaderni fiorentini », 18 (1989), pp. 254-255.

como o que « va caractériser les Lumières au plus haut point »⁽⁵⁷⁾. Atentemos nesta expressão. Não é pouca coisa ser uma dimensão jurídica, ou, pelo menos, nascida no seio do Direito, o que ao mais alto ponto (ou nível) vai caracterizar o Iluminismo.

Na verdade, é este tempo que vai conseguir aperceber-se (de forma cabal, consciente, etc., diremos nós, porque sempre houve Antígonas desobedientes em função de normas não escritas — *agraphoi nomoi*) de que o direito posto, o direito *ai*, o direito mandado, legislado, pode não ser justo. E isto de invocar direito contra direito, direito natural contra direito positivo em nome do ideal e da Razão, é uma revolução. Diz o antigo ministro da Educação de França:

L'idée qui va dominer les Lumières, c'est que le droit positif n'est pas forcément juste. Il peut y avoir des lois iniques, injustes, scélérates, qui permettent la torture, autorisent les lettres de cachet, etc. Au nom de quoi critique-t-on la positivité? Justement au nom de ce que l'on appelle à l'époque le 'droit naturel', c'est-à-dire, un *droit à la fois idéal et rationnel*⁽⁵⁸⁾.

É claro que o direito natural não foi inventado no séc. XVIII: ele é provavelmente uma das categorias jurídico-filosóficas mais antigas, detetável na Grécia Antiga, e eventualmente até antes (não o nome, que é latino, mas a coisa). O que de novo surge é um uso claramente crítico do conceito⁽⁵⁹⁾. Veja-se, por exemplo, o que dele diz um Diderot, no respetivo verbete da *Encyclopédie*.

Este resgate do Direito Natural racionalista é raro nos tempos que correm, mas é um sinal de que ainda há quem se preocupe em preservar legados vitais em risco de serem esquecidos. A voz de Ferry encontra-se contudo muito pouco acompanhada nos nossos dias. Pelo contrário, o que se sente é uma espécie de fobia (e também no Direito) não só ao Direito Natural, como a este tipo específico (racionalista) de Direito Natural, como, mais latamente — e tal é o

(57) LUC FERRY, Claude CAPELIER, *La plus belle histoire de la Philosophie*, Paris, Robert Laffont, 2014, p. 212.

(58) *Ibidem*.

(59) E por isso também é que é muito injusta uma outra corrente de pensamento que o execra, totalmente ignorando o legado das Luzes, e identificando-o a coisas mais ou menos dogmáticas ou mesmo perversas, como algumas ditaduras, que usaram a expressão para dar cobertura a práticas menos afeiçoadas ao respeito pelos direitos.

que mais nos importa no presente contexto — ao próprio tempo e ao projeto ou espírito das Luzes. As críticas anti-iluministas tanto são pósmodernas como (bastante pior, porque muito menos esclarecidas) antimodernas (tentando reverter a modernidade numa vã mas deletéria tentativa de regresso ao passado).

Há sinais dos tempos de volta de um profundo obscurantismo, como se pode ver, só para dar um exemplo, nas mais recentes obras de um Umberto Eco, em que o autor italiano ironicamente muitas vezes critica esse caminho ⁽⁶⁰⁾. E nesse senda de deteção de resíduos de medos e vícios que levam à recusa do progresso e das Luzes (*lato sensu*) vai também Todorov ⁽⁶¹⁾. Assinalando também essa sorte paradoxal de terem sido e continuarem a ser acusadas quer por terem feito muito, quer por terem feito pouco, vendo-se acusadas e atacadas por Gregos e por Troianos ⁽⁶²⁾.

Estudar é preciso, educar é preciso, divulgar é preciso, sensibilizar é preciso... A rainha da Noite da *Flauta Mágica* de Mozart dissipa-se com o simples romper da Aurora. Afinal, com as Luzes. Na realidade, as coisas são mais no lusco-fusco, mas mais luz (*Mehr Licht*), como diria (ou não teria dito) Goethe, ajudaria um pouco.

⁽⁶⁰⁾ Umberto ECO, *Costruire il Nemico e altri scritti occasionali*, Milão, Bompiani, 2011; ID., *Il cimitero di Praga*, Milão, Bompiani, 2010. Muito significativo (e explícito) é ainda, v.g., Rob RIEMEN, *De eeuwige terugkeer van het fascisme*, trad. port. de Maria Carvalho, *O Eterno Retorno do Fascismo*, Lisboa, Bizâncio, 2012.

⁽⁶¹⁾ TODOROV, *Un mouvement d'émancipation*, cit., p. 137.

⁽⁶²⁾ *Ibidem*.

MASSIMO VOGLIOTTI

LO SCANDALO DELL'ERMENEUTICA PER LA PENALISTICA MODERNA (*)

1. Lo scandalo dell'ermeneutica... — 2....e le resistenze della comunità penalistica. — 3. Un mondo nuovo. — 3.1. I primi segni di mutamento dello sguardo teorico... — 3.2. ...e la scoperta del diritto penale giurisprudenziale. — 3.3. Le trasformazioni della realtà. — 3.4. La spinta della Corte europea dei diritti dell'uomo. — 3.5. Le aperture della Corte di Cassazione... — 3.6. ...e le chiusure della Corte costituzionale. — 3.7. Problemi nuovi e soluzioni differenti.

1. *Lo scandalo dell'ermeneutica...*

La prospettiva ermeneutica, incompatibile con la credenza nelle moderne « divinità protettive » ⁽¹⁾ (il legislatore buono e razionale, la stretta legalità legislativa, la riserva assoluta di legge, la rigida divisione dei poteri, la granitica tassatività), non può che suscitare scandalo per il penalista che ha costruito il proprio sapere e il proprio immaginario praticando, secondo il lessico di Thomas Kuhn, la « scienza normale » del « paradigma » giuridico mo-

(*) Questo lavoro è stato redatto durante un soggiorno di ricerca all'*Institut d'Études Avancées* di Parigi, con il sostegno dello Stato francese nell'ambito del programma « Investissements d'avenir » gestito dall'*Agence Nationale de la Recherche* (ANR-11-LABX-0027-01 Labex RFIEA+).

⁽¹⁾ Così P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 112, che, in un altro saggio, aggiunge: « dominato da una fiducia totale nel legislatore, il penalista moderno, candido erede di Beccaria, ha sempre ritenuto la 'riserva di legge' come l'inabdicabile strumento garantistico e come l'altrettanto inabdicabile tratto distintivo di un diritto penale esprimente una civiltà giuridica evoluta. La fiducia nel legislatore e nella legge si è però trasformata in una credenza indiscutibile, in una dogmatica, in una mitologia, con un rifiuto acritico di ogni possibile elasticizzazione nel divenire dell'itinerario storico » (*Tra fatto e diritto*, in questa rivista, 38 (2009), p. 1901).

derno (2). Nel suo porre al centro dell'universo giuridico la particolarità e la concretezza del caso in luogo della generalità e dell'astrattezza della legge, l'ermeneutica gadameriana genera un'autentica rivoluzione copernicana, squarciando il velo della vecchia mitologia.

Sostenere il « primato del caso », l'idea che « il momento decisivo non è quello in cui la regola viene emanata, ma quello in cui essa è praticata ed applicata » (3), significa, innanzitutto, abbattere il muro che la modernità giuridica aveva costruito, fin dalla sua prima stagione giusnaturalistica, tra fatto e diritto. Il caso è infatti il luogo d'incontro e di mutua fecondazione di queste due realtà che, pur essendo distinte, sono assunte come intimamente intrecciate: per la comprensione della fattispecie astratta è essenziale il confronto con la fattispecie concreta e questa si costituisce solo in relazione alla prima, che ritaglia la porzione di esperienza rilevante, attribuendone il valore o il disvalore. Conseguenza di questo « vagare qua e là » (4) dello sguardo dell'interprete dall'enunciato normativo al contesto fattuale è l'abbandono del modello sillogistico, fondato sulla netta distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* e il rifiuto della moderna separazione tra interpretazione in astratto e interpretazione in concreto (5). Tesi fondamentale dell'ermeneutica gadameriana è infatti,

(2) Con il termine « paradigma » Kuhn indica « conquiste scientifiche universalmente riconosciute, le quali, per un certo periodo, forniscono un modello di problemi e soluzioni accettabili a coloro che praticano un certo campo di ricerca ». La fase della « scienza normale » è quella che si apre dopo un periodo rivoluzionario con l'affermazione di un dato paradigma. Essa si occupa della « ripulitura » del nuovo paradigma, ossia si impegna « all'articolazione di quei fenomeni e di quelle teorie che sono già fornite » da esso. Una tale attività si presenta « come un tentativo di forzare la natura entro le caselle prefabbricate e relativamente rigide fornite dal paradigma ». Compito della scienza normale non è, infatti, quello di scoprire nuovi generi di fenomeni; « anzi, spesso sfuggono completamente quelli che non si potrebbero adattare all'incasellamento » (TH. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1970²), Torino, Einaudi, 1999, p. 10 e 44).

(3) G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Milano, Giuffrè, 2012, p. 707.

(4) K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzanwendung*, Heidelberg, Winter, 1963³, p. 15.

(5) Tale separazione, presente in H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 1966, pp. 381-390, continua ad essere proposta da numerosi autori. V., nella letteratura italiana, L. FERRAJOLI, *Principia iuris — Teoria del diritto e della*

com'è noto, l'inscindibilità del nesso interpretare-applicare: il testo non è compreso dall'interprete « come qualcosa di universale e solo in un secondo tempo usato per applicazioni a determinati casi particolari ». L'applicazione non è infatti « una parte accidentale e secondaria del fenomeno del comprendere, ma lo costituisce nella sua stessa essenza fin dall'inizio » (6). Se il significato del testo normativo si comprende autenticamente (si *costituisce*) solo in relazione al contesto applicativo, allora il confine semantico del testo non è qualcosa di già completamente tracciato dal suo autore, ma il risultato dell'attività ermeneutica innescata dalla « precomprensione » dell'interprete (7), cui viene nuovamente attribuito il ruolo fondamentale che gli era sempre stato riconosciuto fino all'ostracismo illuministico.

Ogni nuovo caso, dunque, questa è la prima tesi dell'ermeneutica scandalosa per il penalista moderno, aggiunge qualcosa alla comprensione della relativa norma (8), che deve quindi rinunciare a quella rigidità e durezza (la « mineralogia del *Tatbestand* ») (9) imposta dal dogma della tassatività.

Il caso nuovo della « prostituzione telematica », ad esempio, induce l'interprete, che avverte un « bisogno di disciplina » del

democrazia, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, *passim* e spec. p. 560 e ss. e R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 60, 79, 82 e ss. e 96.

(6) H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), Milano, Bompiani, 1983, p. 376.

(7) Con tale concetto s'intende « un apparato categoriale, acquisito, nel senso più ampio, attraverso un'esperienza sociale, con il cui aiuto il giudice, inconsciamente, sceglie, registra e classifica le caratteristiche 'manifestamente' rilevanti di un caso e delle norme 'appropriate' alla sua soluzione » (J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1972), Napoli, Esi, 1983, p. 4). Com'è noto, per Esser il processo di reperimento del diritto non è guidato da un metodo, ma attivato dalla rappresentazione anticipata, da parte del giudice, di una soluzione del caso che possa essere accettata come ragionevole e giusta dai « benpensanti » della sua stessa società », perché il diritto « non 'può' pretendere qualcosa di ingiusto e di non ragionevole, ma attende piuttosto proprio quella comprensione del suo 'contenuto' che conduce a decisioni giuste » (ivi, p. 18).

(8) Così L. DE RUGGIERO, *Tra consenso e ideologia. Studio di ermeneutica giuridica*, Napoli, Jovene, 1977, p. 124.

(9) Così, prendendo le distanze dall'immagine, C.E. PALIERO, *Presentazione, La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, a cura di G. Mannozi, Milano, Giuffrè, 2003, p. VIII.

fatto ⁽¹⁰⁾, ad arricchire il contenuto semantico della norma che punisce il favoreggiamento della prostituzione, aggiungendo, agli elementi costitutivi del « concetto » di prostituzione, l'*interazione* (anche a distanza) tra il cliente e la prostituta, e sottraendo, contestualmente, agli elementi essenziali dell'attività prostitutiva, la circostanza (fino ad allora sempre presente nei percorsi ermeneutici della giurisprudenza) della compresenza fisica delle parti ⁽¹¹⁾. Allo stesso modo, prima dei casi di molestia tramite citofono o sms, la norma che punisce la molestia telefonica (art. 660 c.p.) non contemplava queste occorrenze; e solo dopo il processo ermeneutico possiamo affermare che in quella fattispecie non rientrano le molestie recate tramite la posta elettronica ⁽¹²⁾. Come si vede — e senza addentrarci nella valutazione degli approdi ermeneutici richiamati e delle relative argomentazioni — è nella dialettica domanda e risposta che struttura il « circolo ermeneutico » che l'interprete definisce il campo semantico della norma, alla luce del fatto e dell'intero *corpus* giuridico (enunciati normativi in forma di regole e principi, precedenti, categorie dogmatiche).

Nella prospettiva ermeneutica, che affonda le sue radici nella tradizione aristotelica della filosofia pratica ⁽¹³⁾, non si *conosce* propriamente il senso di un enunciato normativo — secondo il

⁽¹⁰⁾ J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica* (1965), Bologna, il Mulino, 2009, pp. 65-66. Questo bisogno di disciplina, mosso da un « interesse pratico », costituisce la *domanda* che innesca il processo ermeneutico: « senza una precomprensione sul bisogno di regolamentazione del caso e sulla 'adattabilità' della norma alla situazione di conflitto, il testo interrogato non può offrire alcuna risposta » (DE RUGGIERO, *Tra consenso e ideologia*, cit., p. 127). Sul « primato ermeneutico della domanda » (GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 418 e ss.), ha particolarmente insistito Hruschka, nel saggio citato.

⁽¹¹⁾ V., in merito, M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 11 e ss. in cui si analizza una decisione della Corte di Cassazione (Sez. III, 22 aprile 2004, n. 25464) che maschera il suo effettivo ragionamento dietro lo schema della sussunzione (*prima* interpretazione in astratto del concetto di prostituzione e poi sussunzione sotto di esso del fatto).

⁽¹²⁾ Per un'analisi dei vari casi richiamati nel testo, v. gli interventi di Carcaterra, Di Giovine, Mazzacava e Velluzzi, sollecitati da Giunta: *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in « Criminalia », 2010, pp. 348-382.

⁽¹³⁾ GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 363 e ss.

metodo veritativo, descrittivo e oggettivante della filosofia teoretica (al quale, contravvenendo al bimillenario insegnamento di Aristotele per cui non si può chiedere a un matematico di essere persuasivo e a un retore delle dimostrazioni, il giurista moderno affida il compito prometeico di costruire, su fondamenta solide e certe, il nuovo ordine giuridico) ⁽¹⁴⁾ — ma lo si *progetta* ⁽¹⁵⁾, muovendo dalla precomprensione del caso e in vista di una sua soluzione ragionevole e giusta, tale cioè da essere ritenuta adeguata alla peculiarità del fatto e conforme alla tavola costituzionale dei valori. Diversamente dall'ontologia giuridica moderna, che, per effetto di quella rottura epistemologica, considera il diritto come « sostanza », « cosa » (razionale, normativa, empirica o linguistica, a seconda delle varie declinazioni della modernità giuridica), l'ermeneutica concepisce il diritto come « azione », « relazione » ⁽¹⁶⁾ tra fatto e diritto, tra testo e contesto, tra diritto che è e diritto che *deve essere* per essere ritenuto « giusto » dai « *partners* ragionevoli » del « gioco linguistico » del diritto ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ Secondo la classificazione aristotelica delle scienze, l'oggetto delle scienze teoretiche è ciò che ha in sé il principio del proprio movimento (la natura, ad esempio, per la fisica) e il fine è la verità, intesa come *adaequatio mentis et rei*. L'oggetto delle scienze pratiche è invece ciò che non ha in sé il principio del proprio movimento, e cioè l'azione, che richiede l'intervento dell'uomo (diversamente dalle scienze teoretiche, nelle scienze pratiche il soggetto non è separato dall'oggetto). Il fine di tali scienze non è la conoscenza in sé e per sé, ma in vista di qualcos'altro, ossia dell'azione buona (*eupraxia*), dell'agire giustamente.

⁽¹⁵⁾ GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 314.

⁽¹⁶⁾ Sul passaggio da un'ontologia oggettualistica, che riduce il diritto a un insieme di « sostanze », a un'ontologia relazionale, passaggio dovuto alla riconduzione del sapere giuridico nell'alveo delle scienze pratiche (in seguito alla riabilitazione della filosofia pratica nella seconda metà del secolo scorso), v. M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007. Sulla vicenda della riabilitazione della filosofia pratica, cui diede un importante contributo l'ermeneutica di Gadamer, v. F. VOLPI, *La riabilitazione della filosofia pratica e il suo senso nella crisi della modernità*, in « Il Mulino », 1986, pp. 928-949.

⁽¹⁷⁾ Cfr. ESSER, *Precomprensione*, cit., pp. 18-20. Viene qui in evidenza un altro concetto fondamentale dell'ermeneutica, la « comunità interpretativa ». Essa desoggettivizza l'impresa interpretativa, vincolandola, *ex ante*, alle sue categorie di senso e di valore (precludendo, fin dall'inizio, alcuni itinerari ermeneutici) e controllandola, *ex post*, attraverso le sue varie incarnazioni: dalla comunità dei giuristi — a sua volta articolata — fino all'intera comunità dei cittadini, tutte attraversate sì da plurime

Chi ha il compito di tessere la rete di relazioni che costituisce il diritto è l'interprete, *mediatore* « tra le necessità di un sistema stabile », esigenza particolarmente avvertita in ambito penale, dove la garanzia dell'affidamento è capitale, e « l'elaborazione e il riconoscimento, giusto in senso attuale, di nuovi orizzonti di aspettativa » (18). Se questa attività di mediazione produttiva è costitutiva dell'esperienza giuridica, allora il diritto non è più rappresentabile, secondo l'immaginario giuspositivistico, come un insieme di sostanze *positive*, ma appare piuttosto come un incessante processo di *positivizzazione* (19).

In questo processo di positivizzazione, che ben esprime la riconquistata *storicità* del diritto, l'interprete — e questa è la seconda tesi sovversiva dell'ermeneutica — non solo continua l'opera di produzione normativa cominciata — a livello generale e astratto — dal legislatore (di cui non è più servo fedele — *dura lex sed lex* — ma *partner* critico e coautore, nei suoi limiti e con i suoi strumenti e le sue procedure, della complessa opera di produzione del diritto), ma la *perfeziona*. È evidente il significato iconoclasta di questo messaggio: non solo si confuta l'immagine del giudice bocca della legge, ma si rifiuta altresì il mito illuministico dell'arbitrio del giudice, l'idea che ogni attività creativa connessa all'applicazione giudiziale del diritto è, per la fonte stessa da cui promana, illegittima, fonte di arbitrio e d'incertezza, violazione di diritti e di garanzie.

Questo « perfezionamento creativo della legge » (20), che si attua nel contraddittorio del processo, dipende dal peculiare modo di atteggiarsi dell'applicazione nell'ambito delle scienze pratiche, cui appartiene, secondo la tradizione aristotelica nella quale s'inscrive

concezioni della vita buona (ciò che è fonte d'incertezza degli esiti interpretativi) ma anche unite dal doveroso rispetto di un nucleo fondamentale di valori, custodito nel recinto costituzionale. Ciò permette di garantire una relativa uniformità e una ragionevole prevedibilità degli approdi ermeneutici. Su tale categoria, v. E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2000, e, per una sua rivisitazione nell'attuale contesto di pluralismo assiologico, ZACCARIA, *Interpretazione*, cit., pp. 707-708.

(18) ESSER, *Precomprensione*, cit., p. 136.

(19) G. ZACCARIA, *Sul concetto di positività del diritto*, in *Diritto positivo e positività del diritto*, a cura del medesimo, Torino, Giappichelli, 1991, p. 329 e ss.

(20) GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 382.

l'ermeneutica, il sapere giuridico. Per questo tipo di scienze, l'applicazione non consiste — come si era illuso il giurista moderno, conquistato dal metodo forte delle scienze teoretiche — in un'attività tecnica di sussunzione del particolare sotto la regola generale. Nei problemi etici e giuridici, infatti, « non può pretendersi quell'esattezza estrema che c'è invece nella matematica » (21).

Il bene e il giusto si presentano all'uomo sempre « nella concretezza particolare delle singole situazioni nelle quali egli viene a trovarsi ». Il sapere ad essi relativo deve « guardare alla situazione concreta riconoscendo, per così dire, ciò che essa esige da lui, o, in altre parole, colui che agisce deve vedere la situazione concreta alla luce di ciò che in generale si esige da lui ». Ciò però, prosegue Gadamer, significa, negativamente, « che un sapere generale che non sa applicarsi alla situazione concreta rimane privo di senso, e anzi rischia di oscurare le esigenze concrete che nella situazione si fanno sentire » (22). Essendo l'oggetto del sapere pratico l'azione (*praxis*), esso è sempre un sapere applicativo, che non può prescindere dalla situazione particolare: non si agisce, infatti, in astratto, ma sempre qui ed ora (23). Per agire giustamente, tale è il fine delle scienze pratiche (*euprattein*), occorre dunque farsi sì guidare da regole, ma sempre secondo il significato che la situazione in cui si agisce richiede affinché l'azione possa essere ritenuta giusta: come osserva Gadamer, ciò che è giusto « non è pienamente determinabile in modo indipendente dalla situazione in cui io devo operare giustamente » (24).

La specificità dell'applicazione per le scienze pratiche appare chiaramente se la si confronta con quella propria delle scienze *poietiche*, il cui oggetto è l'opera (*ergon*) e il tipo di sapere è la tecnica (*technè*). Anche qui si è chiamati ad applicare regole generali a situazioni particolari. E tuttavia la vicenda applicativa è ben

(21) Ivi, 364.

(22) *Ibidem*.

(23) Cfr., in proposito, ARISTOTELE, *Metafisica*, 993 b 20-23: « della [filosofia] teoretica è fine la verità, mentre di quella pratica è fine l'opera; se anche, infatti, i [filosofi] pratici indagano come stanno le cose, essi non considerano la causa per sé, ma in relazione a qualcosa ed ora ».

(24) GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 369.

diversa. Mentre l'artigiano che si accinge all'esecuzione dell'opera, disponendo del progetto e delle regole del mestiere, può trovarsi nella necessità di apportare delle modifiche al progetto iniziale per adattarlo a condizioni reali imprevedute, rinunciando così, suo malgrado, alla perfezione dell'opera, il giudice che adatta la legge generale alla particolarità del caso concreto non lo fa perché « non si può fare di meglio, bensì perché altrimenti non sarebbe giusto » (25). In altre parole, il tener conto, nell'adattare la legge, delle circostanze particolari del caso non significa operare delle « riduzioni » della giustizia, ma, esattamente al contrario, conferire ad essa una maggiore pienezza.

La ricostruzione del significato della regola alla luce del caso concreto non è un'operazione che si possa apprendere come si apprende il sapere dell'artigiano. In questo tipo di sapere, le caratteristiche di ciò che un artigiano vuole produrre sono già determinate in base all'uso cui l'opera deve servire. Ciò che conta, in definitiva, è l'abilità tecnica dell'artigiano nella realizzazione del progetto, già perfettamente definito prima dell'inizio dell'opera. Diverso, invece, è il caso di chi segue delle regole di condotta per orientare l'agire. In ogni applicazione di tali regole è necessariamente richiesta, infatti, una deliberazione da parte del soggetto agente volta a ridefinire, nella concretezza della situazione, il *contenuto* dell'azione giusta. Tale processo deliberativo, che richiede la formulazione di un giudizio di valore coerente con il senso complessivo della pratica giuridica (e quindi non soggettivo, ma *intersoggettivo*) e che perciò chiama sempre in causa la *responsabilità* dell'agente, non potrà mai essere eliminato dal progresso del sapere tecnico. Ciò significa che è impensabile un uso dogmatico del sapere giuridico: esso richiede, infatti, il possesso di un sapere che è anche una virtù, quella « virtù della deliberazione prudente » (26) che Aristotele designa con il termine di *phronesis* e i giuristi romani con quello di *prudentia*.

(25) Ivi, p. 370.

(26) Ivi, p. 374.

2. ... e le resistenze della comunità penalistica.

A fronte di questa rivoluzione copernicana che dissacra i dogmi della tradizione illuministica, si comprendono le resistenze non solo di chi resta tenacemente arroccato alle categorie del paradigma moderno ⁽²⁷⁾, ma anche di chi, pur riconoscendo la necessità di allentare la morsa di quelle categorie, non si spinge fino al punto di aprirsi alle tesi fondamentali dell'ermeneutica ⁽²⁸⁾.

Chi adotta questa seconda posizione, da un lato, stigmatizza la « chiusura del penalista all'ermeneutica contemporanea », in nome di una « presunta *diversità* del diritto penale » ⁽²⁹⁾, riconoscendo la « dimensione ermeneutica della fattispecie » ⁽³⁰⁾ e la distinzione tra « disposizione e norma » ⁽³¹⁾, ma, dall'altro lato, rifiuta la tesi fondamentale dell'ermeneutica gadameriana secondo cui i fatti avrebbero « un valore [...] costitutivo del diritto » ⁽³²⁾, riaffermando, conseguentemente, la distinzione tra « interpretazione della legge astratta » e « applicazione ai casi » ⁽³³⁾ e la validità del modello

⁽²⁷⁾ È il caso — per citare soltanto uno degli esponenti più rappresentativi e autorevoli di questo settore, ancora molto ampio, della comunità penalistica italiana — di Giorgio Marinucci, che, in un pungente contributo sul divieto di analogia, indirizzava i suoi strali verso gli « spensierati teorici dell'interpretazione 'sempre analogica e creativa' », colpevoli di disintegrare « il *nullum crimen nulla poena sine lege*, assegnando al legislatore e ai giudici un ruolo paritario nella produzione delle norme penali » (*L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 2007, p. 1267 e 1255).

⁽²⁸⁾ Tale posizione è esplicitamente sostenuta da M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 63-117, uno dei penalisti italiani più colti e attenti a individuare i nuovi percorsi del diritto penale. La consapevolezza della « tipizzazione interpretativa [...] dei precetti contenuti nelle norme incriminatrici » è già ben presente in ID., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 117 e ss., dove si richiama, di prima mano, la letteratura tedesca di indirizzo ermeneutico.

⁽²⁹⁾ Questa presunta diversità del diritto penale avrebbe generato « una sorta di resistenza culturale e anche di conservatorismo, che rendono difficile una integrazione del penale nel resto dell'ordinamento e nella cultura ermeneutica non giuridica, anche là dove questa integrazione appare necessaria e doverosa » (DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 65).

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 82.

⁽³¹⁾ Ivi, p. 87 e ss.

⁽³²⁾ Ivi, p. 89 nt. 42.

⁽³³⁾ Ivi, p. 81.

sussuntivo e sillogistico ⁽³⁴⁾, non condividendo la tesi secondo cui « ogni interpretazione procede analogicamente » ⁽³⁵⁾, tesi che priva di fondamento teorico la (moderna) distinzione — che invece andrebbe confermata — tra analogia e interpretazione estensiva ⁽³⁶⁾.

L'estraneità del diritto penale all'ermeneutica non discenderebbe, in questa prospettiva, da una « *diversità nella 'natura' del diritto* » ⁽³⁷⁾, ma dalle « *diverse regole ermeneutiche* » che lo assistono ⁽³⁸⁾. Tale specificità delle regole interpretative vigenti nel campo penale — giustificata dalla circostanza che nel diritto penale si registrano « i momenti più drammatici della difesa dello Stato e dei diritti fondamentali », ma anche « le reazioni estreme, le risposte più autoritarie e intolleranti », impedirebbe all'ermeneutica gadameriana di accreditarsi come teoria generale dell'interpretazione ⁽³⁹⁾. In ambito penale, infatti, sarebbe la legge a chiedere « all'interprete e al giudice di *ragionare diversamente* » ⁽⁴⁰⁾. Il confronto « con il diritto penale » — questa l'accusa — « pone al teorico generale, al filosofo del diritto e al non penalista una sfida che le correnti ermeneutiche contemporanee non hanno certo affrontato » ⁽⁴¹⁾. Sarebbe il caso, in particolare, della tesi della natura analogica dell'interpretazione. Si osserva, infatti: dato che in diritto penale « è vietata l'analogia sfavorevole, se l'interpretazione è analogia, l'interpretazione sarebbe

⁽³⁴⁾ Secondo Donini, « solo i casi difficili presentano tensioni rispetto al paradigma dell'interpretazione come operazione di sussunzione logica di casi-esempio nella premessa maggiore 'già nota' del sillogismo giudiziale ». Ne conseguirebbe che « il modello sillogistico [...] non è affatto superato, risultando altrimenti impossibile un vero controllo sulla motivazione giudiziaria riguardante la questione dell'applicazione del diritto al fatto » (ivi, pp. 75-76).

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 111.

⁽³⁶⁾ Si osserva, infatti, come non si possano « condividere talune 'derivate ermeneutiche' di certe posizioni (per es. Art. Kaufmann, Zaccaria) che, annacquando del tutto la distinzione tra analogia e interpretazione (estensiva), ne compromettono la stessa concettualizzazione » (ivi, p. 103, nt. 65; v. anche p. 111).

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 80.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 64.

⁽³⁹⁾ Ivi, pp. 63-64.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. 65.

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 115.

consentita solo se a favore dell'imputato. Un esito tanto logicamente stringente quanto inaccettabile » (42).

Insomma, lo si sarà compreso, il vizio dell'ermeneutica — che la costringerebbe fatalmente a rimanere alle porte della cittadella penale — consisterebbe nel suo approccio meramente descrittivo. Solo una teoria dell'interpretazione che faccia propri modelli « *deontologici, prescrittivi* » potrebbe valere per il campo penale, dove « il dovere di un'interpretazione corretta è particolarmente accentuato ». Le acquisizioni dell'ermeneutica — di cui si sottolinea, peraltro, l'importanza e l'utilità sul piano descrittivo (43) — non dicono, invece, al giurista « *come deve interpretare*, e anzi sembrano liceizzare quasi tutto, in un clima postmoderno spesso incapace di indicare soluzioni doverose, proprio a chi si occupa professionalmente del dover essere, e non già del 'così fan tutti' » (44).

A questa accusa — che si fonda, tra l'altro, su un ritratto deformato dell'ermeneutica (45) — si possono formulare due obiezioni.

La prima è che la chiarificazione teorica è l'imprescindibile punto di partenza di ogni approccio prescrittivo, pena l'incapacità di

(42) Ivi, p. 103, nt. 65; v. anche p. 111.

(43) Un sapere ermeneutico, osserva Donini, « che spieghi in modo più scientifico ciò che il giurista davvero fa, è stato utilissimo e ancora non risulta davvero metabolizzato proprio dal penalista, che rimane avvinto, per ragioni di garanzia, a modelli cognitivi dell'interpretazione: la magica 'scoperta' del significato preesistente di una norma già 'voluta' dalla *lex* » (pp. 115-116).

(44) Ivi, p. 116.

(45) Oltre al passo appena citato, v., ad esempio, p. 77, dove si attribuisce all'ermeneutica un'impronta scettico-nichilistica. La tesi ermeneutica dell'interpretazione come applicazione finirebbe per « sostenere, in ultima analisi, che *non esistono gatti, ma solo interpretazioni*, per riprendere la nota provocazione di Maurizio Ferraris, depotenziando ogni aspetto *prescrittivo* del discorso ermeneutico (e la distinzione della regola astratta dal caso giudicato, del diritto dal fatto, e forse la stessa distinzione tra i casi facili e quelli difficili) ». Sostenere che ogni interpretazione è applicazione e che, quindi, si comprende autenticamente un testo solo alla luce del contesto fattuale che ne ridefinisce continuamente i contorni semantici, non significa necessariamente dissolvere il testo nel flusso dell'interpretazione, il diritto nel fatto delle decisioni giudiziarie. Al contrario, l'ermeneutica giuridica di matrice gadameriana prende espressamente la distanza da queste derive scettiche e decostruzionistiche, mettendo in luce i limiti (pur relativi) dell'interpretazione (v., ad esempio, G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 82-111).

criteri e regole ispirate ad analisi teoriche inadeguate di orientare effettivamente la prassi in modo conforme alle fondamentali opzioni valoriali del paradigma penale moderno ⁽⁴⁶⁾. La seconda è che l'argomento secondo cui occorrerebbe valutare la fondatezza di una teoria alla luce delle regole penalistiche sull'interpretazione è viziato di concettualismo: non è il diritto penale che deve fungere da « banco di prova rispetto alle teorie dell'interpretazione giuridica » ⁽⁴⁷⁾, ma è la teoria ermeneutica che deve servire a valutare la fondatezza — e quindi l'effettiva operatività — di regole e principi che non sono il riflesso indiscutibile di un'inesistente natura universale del diritto penale, ma il risultato di precise scelte effettuate in un determinato contesto storico, politico, culturale e geografico e, come tali, non verità sempiterne ma creature dell'uomo esposte all'erosione del divenire storico.

È con questa duplice consapevolezza — e con il dovuto rispetto per la specificità della materia penale — che importanti esponenti dell'ermeneutica giuridica quali Arthur Kaufmann, Joachim Hruschka, Winfried Hassemer e, in Italia, Giuseppe Zaccaria, si sono accostati al diritto penale ⁽⁴⁸⁾.

In un saggio dedicato al tema della giurisprudenza fonte,

⁽⁴⁶⁾ Questa è stata, ad esempio, la sorte della distinzione tra interpretazione estensiva e analogia (sconosciuta prima delle codificazioni). Priva di una base teorica adeguata, tale distinzione, lungi dall'individuare il crinale che separa il versante percorribile (l'interpretazione) da quello precluso (l'analogia), ha consentito all'interprete di tracciare a proprio arbitrio il confine: « e pensare che la distinzione sarebbe stata inventata proprio per evitare l'arbitrio, soprattutto in diritto penale! » (N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto* (1938), a cura di Paolo Di Lucia, Milano, Giuffrè, 2006, p. 178). Lo stesso Donini, consapevole della fragilità teorica della distinzione in questione, non può evitare l'appello al *self-restraint* dell'interprete, che, esitando sulla via da percorrere, dovrebbe « adottare la massima *'in dubio pro analogia'* » (DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 113).

⁽⁴⁷⁾ DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 111.

⁽⁴⁸⁾ Questo approccio emerge in modo evidente, ad esempio, nel seguente passo tratto dalla *Postfazione* alla seconda edizione del saggio di A. KAUFMANN, *Analogia e « natura della cosa »*. *Un contributo alla dottrina del tipo* (1965; 1982²), a cura di G. Carlizzi, Napoli, Vivarium, 2003, p. 81: « il mio obiettivo è di disegnare i confini in modo più rigoroso di quanto faccia la cd. opinione dominante ». E spiega, subito dopo, che « il problema delimitativo riguarda il come sia possibile fissare, *nella dimensione dell'analogia*, per mezzo di criteri adeguati, un confine in qualche misura attuabile nella prassi tra l'estensione della legge *contra reum* consentita e quella vietata ».

Zaccaria rivela di essere ben consapevole di inoltrarsi in un « campo delicatissimo », caratterizzato da « problemi specifici » (49). E tuttavia, ciò non gli impedisce di notare come anche in ambito penale la legge « e i suoi significati si trovano inevitabilmente soggetti a cambiamenti che procedono di pari passo con i mutamenti della realtà sociale, dell'opinione comune e dell'evolversi del linguaggio corrente ». Dovendo cogliere la complessità della realtà e adeguarsi al suo divenire, « la norma penale è strutturalmente aperta ». Se i termini legali « e le rappresentazioni della realtà in essi contenute [...] cambiano incessantemente nei loro significati e non si lasciano comunque formalizzare univocamente, anche se indicano all'interprete una direzione e un orizzonte, allora il vincolo del giudice alla legge su cui riposano gli Stati di diritto, anch'esso inevitabilmente sottoposto a mediazioni interpretative condizionate dal contesto, dovrà includere al suo interno la realtà di un giudice che decida: giacché il semplice dedurre formale o il sogno di farsi mera 'bocca della legge' condannerebbero senza rimedio l'interprete alla paralisi decisionale e lo Stato all'ineffettività del diritto e dell'amministrazione della giustizia ». Di qui la conclusione, che contiene un impegnativo programma di lavoro per la comunità penalistica: « messi alla prova dei fatti [...] i principi di origine illuministico-liberale (di legalità, di tassatività, di divieto di analogia, di vincolo del giudice alla legge), che innervano gli ordinamenti giuridici continentali, esigono di essere profondamente e non occasionalmente ripensati » (50).

A proposito poi dell'obiezione secondo cui l'ermeneutica si limiterebbe a svolgere una funzione meramente descrittiva, di chiarificazione teorica, senza impegnarsi in questioni normative, Zaccaria osserva che effettivamente categorie come la « precomprensione » o il « circolo ermeneutico » non sono « in grado di dirci qualcosa di significativo riguardo ai criteri di infondatezza o di convalida dell'ipotesi interpretativa, ma si limita[no] a richiamare efficacemente l'attenzione sul problema dell'apporto creativo dell'interprete all'interpretazione di una norma giuridica. Ci vengono insomma illuminati un problema e delle funzioni conoscitive, senza

(49) ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., p. 11.

(50) Ivi, pp. 13-15.

invece offrirci un criterio davvero risolutivo per la sua soluzione ». E tuttavia, quelle categorie rappresentano « un contributo di riflessione importante per la razionalità dell'interpretazione e per individuare la strada verso il risultato interpretativo corretto » (51).

A riprova di ciò, in un saggio precedente dedicato al tema dell'analogia, Zaccaria ci mostra, con un argomento tratto da Kaufmann e da Hassemer, che le tesi ermeneutiche, oltre a svolgere una primaria funzione descrittiva, si rivelano utili anche in chiave prescrittiva. Affermare, ad esempio, come fa l'ermeneutica giuridica, che « *anche* l'interpretazione estensiva è analogia, obbliga il giudice a fornire una giustificazione specifica per ogni estensione della legge penale a svantaggio del colpevole, senza rifugiarsi nella comoda affermazione che si tratterebbe 'soltanto' di interpretazione » (52). Allo stesso modo, la consapevolezza del ruolo svolto dalla « comprensione » nell'impresa interpretativa, pur non configurando un « criterio metodologico » idoneo a ridurre la polisemia del testo, « suggerisce un atteggiamento critico e demistificatore rispetto al contributo inevitabilmente costruttivo e contestualmente condizionato che l'interprete apporta nel procedimento di interpretazione » (53).

Come si può già constatare da questi pochi accenni, risulta davvero difficile raffigurarsi i teorici del diritto di orientamento ermeneutico nelle vesti aristofanesche di « spensierati teorici dell'interpretazione 'sempre analogica e creativa' », che vivrebbero « nel solo mondo delle idee » (54), o, con uno sguardo più benevolo e provveduto, considerarli poco attenti alle peculiarità assiologiche e deontologiche del diritto penale. Piuttosto, quei teorici sono convinti che le acquisizioni dell'ermeneutica, da un lato, non possano arrestarsi di fronte alla pretesa maestà di categorie dogmatiche sempre più sconfessate dalla realtà e, dall'altro lato, rappresentino un importante contributo per comprendere e ordinare — alla luce delle premesse assiologiche moderne che si rivelano ancora attuali e

(51) Ivi, pp. IX-X.

(52) G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 1989, p. 1556.

(53) ZACCARIA, *La comprensione*, cit., p. VIII.

(54) MARINUCCI, *L'analogia*, cit., pp. 1267-1268.

praticabili rispetto ai mutamenti della realtà e alle nuove consapevolezze teoriche — la complessità dell'esperienza penalistica contemporanea. Spetterà poi soprattutto alla comunità penalistica trarre le opportune conseguenze sul piano culturale, normativo, istituzionale e organizzativo.

3. *Un mondo nuovo.*

Un denso saggio di Massimo Nobile di quindici anni fa, dedicato alle profonde trasformazioni dell'esperienza penalistica e all'affacciarsi di nuovi modelli teorici, si concludeva con un interrogativo: « chi ha ragione? La Filosofia del filosofo Ferrajoli », che, a fronte delle sempre più numerose anomalie del paradigma penale moderno, proponeva i consueti rimedi (« un modello di stretta legalità idoneo a ridurre al massimo l'arbitrio » della magistratura, la cui legittimazione continuerebbe a riposare « sulla rigida soggezione alla legge », che implica una « rigida separazione dei poteri ») ⁽⁵⁵⁾, oppure « la Storia dello storico Sbriccoli? » ⁽⁵⁶⁾ che, in presenza dei medesimi sintomi, invitava la scienza penalistica a immaginare rimedi nuovi, perché « non è lontana la fase cruciale in cui dovrà prendere atto del fatto che molti degli strumenti culturali e ideologici di cui si è valsa, e ancora oggi si vale, diverranno inservibili ». Essi, prosegue Sbriccoli, sono « connaturati alle radici storiche, filosofiche e politiche dello 'statalismo' », che, originato « da una delle componenti ideologiche della Rivoluzione francese », « è ancora il convinto assertore della 'unicità del potere' e della 'maestà della legge' ». Da lì vengono i vizi dell'ordinamento penale, perché i poteri in realtà sono molti, mentre la legge, giunta da tempo al suo 'punto del dinosauro', non ha più niente di maestoso. Ma anche molti degli strumenti ideologici che usiamo per correggere quei vizi

⁽⁵⁵⁾ L. FERRAJOLI, *La giustizia penale nella crisi del sistema politico*, in *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cura di E. Bruti Liberati, A. Ceretti e A. Giasanti, Milano, Feltrinelli, 1996, pp. 68, 72 e 74.

⁽⁵⁶⁾ M. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo - teoria dello Stato - epistemologia*, in « *Indice penale* », 1999, p. 45.

vengono da lì: si rischia che ci impediscano di vedere, di capire, di porre rimedio » (57).

Difficile negare che il tempo abbia dato ragione allo storico Sbriccoli. A ben vedere, lo stesso interrogativo di Nobili era retorico. Se il « senso di vuoto, di squilibrio » generati dal nuovo paesaggio, così diverso dalla rassicurante semplicità delle linee della vecchia mappa teorica, induce a rimanere aggrappati all'antico, la fredda analisi razionale spinge in un'altra direzione: « e se la risposta dovesse essere del secondo tipo: quali dovranno essere i cammini diversi, per il diritto e il processo penale? Quali le fondamenta d'un altro sistema? » (58).

3.1. *I primi segni di mutamento dello sguardo teorico...*

Fin d'allora, del resto, la direzione del corso della storia era prevedibile. Il tema della crisi delle categorie teoriche ereditate dalla stagione illuministica e la consapevolezza di un « diritto penale in trasformazione » (59) o in « transizione » (60), insieme con le denunce delle « discrasie tra dottrina e giurisprudenza » (61), erano nell'aria da qualche tempo, da quando, cioè, alimentati dalle profonde trasformazioni economiche, sociali, culturali e politiche degli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, cominciano a soffiare anche all'interno della comunità penalistica i venti nuovi generati dalla « scoperta » della Costituzione. Tale vicenda costringe i giuristi a

(57) M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1890)*, in *Storia d'Italia*, Annali XIV, *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, p. 45.

(58) NOBILI, *Nuovi modelli*, cit., pp. 44-45. Quattro anni prima, in un convegno bolognese dedicato al « Diritto penale degli anni '90 », lo stesso Nobili, accettando l'invito di Mantovani a tener « saldi i principi », a conservare « le fondamenta », non poteva evitare di « soggiungere che la nostra scienza penalistica oggi sta assomigliando un po' troppo ai pur nobili e virtuosi esercizi della Castalia di Herman Hesse » (M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 1995, p. 660).

(59) *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano, Giuffrè, 1985.

(60) *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di G. Fiandaca, Padova, Cedam, 1997.

(61) *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. Stile, Napoli, Jovene, 1991.

confrontarsi nuovamente, seppur inconsapevolmente, con i temi della filosofia pratica, riportando il sapere giuridico — dopo il lungo esilio dell'« assolutismo giuridico moderno » (62) — all'interno del suo alveo. L'avvio di questa rigenerazione della cultura giuridica italiana si deve certamente allo sguardo rinnovato di alcuni giuristi di cattedra ma, soprattutto, alle prese di posizione della magistratura associata la quale — sollecitata dall'esperienza del giudizio di costituzionalità e intenzionata a conquistare spazi sempre più ampi d'indipendenza e di autonomia culturale dal ceto politico dominante — rifiuta la vecchia ideologia dell'apoliticità della funzione giudiziaria, con cui si mascherava la realtà di « una politica di segno conservatore » (63), e mette radicalmente in discussione il tradizionale rapporto del giudice alla legge, rivendicando un ruolo critico e di « indirizzo politico » (64) che, nella sua corrente politicamente più connotata, si traduce nella teorizzazione e nella pratica di un « uso alternativo del diritto », con cui si vogliono combattere, in nome dell'art. 3 della Costituzione, le diseguaglianze del « diritto borghese » e tutelare, in tal modo, i diritti dei ceti subalterni (65).

In questa nuova temperie culturale, che resta a lungo minori-

(62) P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

(63) L. FERRAJOLI, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in *L'uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista*, a cura di P. Barcellona, Bari, Laterza, 1973, p. 106.

(64) Il punto di non ritorno è rappresentato dal XII congresso dell'Associazione nazionale dei magistrati italiani, svoltosi a Gardone nel 1965 sul tema « Funzione giudiziaria e indirizzo politico nella Costituzione », dove per « indirizzo politico » non si intende quello « contingente » che spetta alle forze politiche, in parlamento e al governo, ma « l'indirizzo politico-costituzionale, in quanto la Costituzione ha codificato determinate scelte politiche fondamentali, imponendole a tutti i poteri dello Stato, ivi compreso quello giudiziario ». V., per il testo completo della mozione approvata all'unanimità, L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 73 nt. 77.

(65) V., per una ricostruzione storica, P. COSTA, *L'alternativa « presa sul serio »: manifesti giuridici degli anni settanta*, in « Democrazia e diritto », 1987, 3, pp. 15-56. Importante e lucida testimonianza di quella vicenda culturale è la raccolta di saggi dell'allora magistrato D. PULITANO, *Giudice negli anni '70. Un'esperienza di magistratura democratica*, Bari, De Donato, 1977.

taria nella comunità giuridica accademica, specie penalistica ⁽⁶⁶⁾, ancora fortemente influenzata dalla « mitologia giuridica moderna » ⁽⁶⁷⁾, cominciano ad affiorare studi che testimoniano nuove consapevolezze teoriche e che proiettano, conseguentemente, sguardi rinnovati sull'esperienza penalistica.

Nella prospettiva che qui a noi interessa, ad attrarre l'attenzione è soprattutto, in un primo tempo, il processo. Per effetto della giurisprudenza alternativa (esemplarmente incarnata dai c.d. « pretori d'assalto ») e, più in generale, della scelta di politica giudiziaria di tutelare direttamente, stante la latitanza del legislatore, i nuovi valori costituzionali, ridefinendo i beni giuridici della vecchia legislazione penale ed estendendo il controllo di legalità in ambiti fino allora immuni (i santuari politici ed economici e l'azione della pubblica amministrazione) — il processo stava acquisendo una visibilità inedita e un'incidenza politica via via crescente ⁽⁶⁸⁾. Grazie

⁽⁶⁶⁾ La novità più significativa e di maggior impatto viene dal programma, avviato da Franco Bricola, di ridefinire in chiave costituzionale la teoria generale del reato e dei beni giuridici (*Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Torino, Utet, 1973, pp. 7-93). Pur attribuendosi alla giurisprudenza il compito di « adeguare, nel rispetto della tipicità, la legislazione penale ai nuovi valori costituzionali, interpretando estensivamente o restrittivamente la norma penale, quando la sua interpretazione 'letterale' non tuteli adeguatamente il valore costituzionale ovvero ripulmando gli interessi tutelati nella loro accezione più conforme alla Costituzione » (*Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in « La questione criminale », 1980, p. 228), la posizione di Bricola — rispetto ai pilastri del paradigma penale moderno (legalità, riserva assoluta di legge, tassatività, divieto di analogia) — rimane in tutto e per tutto fedele alla matrice illuministica. Diversamente dal saggio del '73, in quello del 1980 — concepito in un periodo buio della storia italiana, segnato dalla crisi economica e sociale e dalla legislazione dell'emergenza — il tono è diventato pessimistico: la crisi, nota con rammarico, confina il principio di determinatezza (che, come si vede, continua a rimanere la pietra d'angolo dell'edificio penale) « tra i 'miti' irraggiungibili » (p. 182). Oltre alla scuola di Bricola, nuova linfa viene dalla sociologia della devianza promossa negli stessi anni da Alessandro Baratta e dalle ricerche storiografiche di Guido Neppi Modona.

⁽⁶⁷⁾ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁽⁶⁸⁾ Su quel capitolo della storia giudiziaria del nostro paese, v., a ridosso di quegli eventi, la lucida analisi di P. Martinelli ed E. Roppo, *Magistratura e processo penale nella crisi del sistema politico*, in « Democrazia e diritto », 3 (1982), pp. 49-69, che restituisce nella sua complessità (culturale, politica, economica, sociale) il nuovo protagonismo dei giudici e l'inedito attivismo dei pubblici ministeri, rifiutando la categoria

agli strumenti concettuali forniti dall'analisi sociologica e dalla critica marxista (la prospettiva ermeneutica era, all'epoca, del tutto estranea alla cultura del penalista accademico) ⁽⁶⁹⁾, Massimo Nobili, in un saggio del 1977, sottopone a revisione due punti fondamentali della dogmatica processualpenalistica di matrice tecnico-giuridica, allora ancora egemone: « la concezione normativa » e « la concezione strumentale del processo ».

La prima, fondata sulla netta separazione tra « scienza del processo penale » (normativa) e « sociologia processuale penale » (empirica), riduce l'oggetto della scienza processuale allo studio delle *norme* giuridiche, considerando estraneo alle sue competenze disciplinari lo studio del *processo* come complesso fenomeno sociale ⁽⁷⁰⁾, con il risultato di condannare la scienza processuale, in nome di una purezza disciplinare che scarnifica il reale, « ad una ben scarsa intelligenza di elementi essenziali » ⁽⁷¹⁾. La seconda, messa a fuoco da Kantorowicz all'inizio del secolo scorso e di chiara « derivazione illuministica », si fonda sull'assunto che « la posizione di un certo sistema di valori (tutelati anche mediante l'individuazione delle fattispecie criminali) appartiene esclusivamente al legislatore ». Dalla fissazione, in via generale e astratta, della fattispecie incriminatrice — la sola fase « politicamente qualificata » — il « ciclo della produzione giuridica si chiude meccanicamente »: occorre soltanto

falsificante della 'supplenza', la quale sembra « presupporre che vi sia un sistema di competenze 'fisiologiche', che si assume (quasi giusnaturalisticamente) come dato [...] al quale si contrapporrebbero competenze usurpate » (p. 62).

⁽⁶⁹⁾ Anche in quest'ambito, una maggiore vivacità culturale e sensibilità al nuovo viene dalla magistratura, cui si deve il primo importante contributo di ermeneutica giuridica, allora tutta di lingua tedesca (si allude al saggio già ricordato di L. De Ruggiero).

⁽⁷⁰⁾ M. NOBILI, *La procedura penale tra "dommatica" e sociologia: significato politico d'una vecchia polemica*, in « *Questione criminale* », 1977, p. 59, ricorda come quella netta demarcazione di territori disciplinari — che ebbe l'effetto di « rinchiudere la scienza del diritto processuale in un ancor più rigido ed esclusivo formalismo, in un esasperato normativismo » — sia stata tematizzata con chiarezza da Beling nel 1928 e ripetuta con esemplare rigore, nei suoi corsi all'Università di Roma, da Grispigni, che considerava un « *deprecabile confusionismo metodologico* » aprire lo studio del diritto processuale penale allo « studio storico, sociologico, filosofico e politico » (F. GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, vol. I, Roma, Edizioni italiane, 1945, p. 6).

⁽⁷¹⁾ Ivi, p. 80.

« una sorta di apparato di trasmissione (il processo) ed un corpo di funzionari disposti e destinati — in assenza di ulteriori giudizi di valore — al compito del *jus dicere* » (72). La concezione strumentale, è fin inutile precisarlo, è inscindibilmente collegata alla concezione normativa: secondo la prima, infatti, « l'esperienza del processo è determinata automaticamente dalle norme sul processo ». In quest'ottica, « se l'amministrazione della giustizia in concreto non soddisfa, basterebbe mutarne l'unica causa determinante, ossia le norme processuali penali ». Importanza « tendenzialmente nulla hanno una serie di elementi di rilevanza sociologica: la situazione ambientale ed economica, gli orientamenti politici della collettività, la personalità e l'ideologia del giudice, l'interferenza fra le strutture demandate alla funzione (giurisdizionale) e le 'guarentigie' di quest'ultima », e via elencando (73).

Il superamento di queste due concezioni, che viene connesso alla faticosa e tardiva « riscoperta del momento giurisprudenziale del diritto » (74), induce a ricollocare il processo al « centro del 'ciclo di produzione' del diritto, momento primario dell'esperienza giuridica » (75). Lungi dall'essere un « episodio di marginale rilevanza e di scarsa incidenza sociale, destinato a realizzare e perpetuare un ordinamento, senza nulla togliervi o aggiungervi » (76), il processo viene ora visto come una forma eminente di controllo sociale, come un « momento duttile e autonomo di incidenza politica » (77). Il corto circuito provocato dalla lentezza dei processi e dall'esigenza dei mezzi di comunicazione di massa di una risposta tempestiva (cui va aggiunta la « progressiva 'fuga dalla sanzione' ») fa sì che gli istituti del processo siano « consapevolmente sfruttati come mezzi autonomi per placare certo allarme sociale o, magari, per suscitare altro ». Nati per svolgere precise funzioni endoprocessuali, certi istituti sono « impiegati, nella prassi, per fini sostanzialmente eterogenei: di diretta incidenza sulla sfera delle libertà personali e,

(72) Ivi, p. 63.

(73) Ivi, p. 76.

(74) Ivi, p. 65 e ss.

(75) Ivi, p. 76.

(76) Ivi, p. 64.

(77) Ivi, p. 83.

soprattutto, sulla pubblica opinione. Piegati a fini extraprocessuali, essi possono « mutare completamente il loro significato: sorti e presentati come garantisti, cautelari, istruttori, finiscono per svolgere una funzione intimidatoria e di pressione sull'individuo e sulla società ». Di questo « doppio volto » degli istituti processuali sono ben consapevoli gli attori processuali (e qui, diversamente da quanto avverrà in seguito, l'accento è posto soprattutto sul giudice), che sanno « di manovrare importanti leve del potere anche, e soprattutto, *attraverso il corso del processo* » (78).

Successivamente, analisi di questo tipo (che per profondità e ampiezza di vedute, straordinarie per la comunità processualpenalistica dell'epoca, ancora fortemente legata al purismo rocchiano, si è ritenuto di riportare con ampi stralci) vengono proposte anche da esponenti della comunità penalistica. Esse, però, più che concentrarsi su questioni di carattere teorico e metodologico (che là approdavano a conseguenti indicazioni anche sul versante dell'educazione giuridica) mettono a fuoco, soprattutto, le aberrazioni delle prassi giudiziarie e lo strapotere della magistratura, cui vengono concessi ampi poteri discrezionali nell'individuazione della pena in concreto e affidati, « in supplenza », compiti di « primo piano nella lotta contro l'eversione » (ai quali si aggiungeranno, negli anni Ottanta, « tutti i settori della c.d. criminalità organizzata »), che generano un « diffuso atteggiamento antiformalistico » e, specie per effetto della legislazione premiale, trasformano il giudice in un negoziatore, « svuotando di ogni possibilità critica un dibattito sempre più ridotto ad una verifica notarile di un sistema di patteggiamenti e responsabilità altrove predisposto » (79). Si sottolinea, quindi, lo spostamento del baricentro del processo verso la fase iniziale, con la « sovraesposizione » del magistrato inquirente la cui ampia attività istruttoria schiaccia il giudice del dibattimento, che finisce per essere condizionato « dalle aspettative di 'ratifica' createsi nell'opinione pubblica ». Si denuncia, infine, l'utilizzo della custodia cautelare per « fini di difesa sociale del tutto slegati dall'effettività

(78) Ivi, pp. 84-85.

(79) A. GAMBERINI, G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, L. STORTONI, M. ZANOTTI, *Il dibattito sul ruolo della magistratura: prospettive di ricerca nel settore penale*, in « Il Foro italiano », 1987, V, cc. 434-435.

della sanzione definitiva » e la violazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale, piegata a « criteri di priorità decisi dagli uffici o dai singoli magistrati » che si danno all'« autonoma ricerca della *notitia criminis* ». Si individua e si stigmatizza, insomma, un mutamento del ruolo del giudice, cui vengono conferiti « poteri in ordine a scelte di 'valore' e di indirizzo politico » e la « mediazione concreta fra i vari interessi in conflitto, secondo parametri che sovente sfuggono a regole predeterminate » (80).

Queste analisi — e queste denunce — si infittiscono nel corso degli anni Novanta (segnati dalle inchieste « mani pulite », da un'acuta conflittualità tra giustizia e politica e da un deciso ridimensionamento dell'identità accusatoria del nuovo processo che ingigantisce il ruolo del pubblico ministero e valorizza, in chiave probatoria, le indagini preliminari), assumendo toni ancora più cupi e allarmistici. Dopo una rassegna particolareggiata delle degenerazioni della prassi, la diagnosi, senza chiaroscuri, viene così formulata: « un passaggio netto, crescente, da un sistema penale concepito e ancora oggi giustificato sul primato della legge, ad uno governato e affidato, piuttosto, al predominio e ai poteri del magistrato ». Peggio: al predominio del pubblico ministero, perché « il protagonista di tutto ciò è l'organo dell'accusa » e dunque « il prodotto vicario consiste in una sorta di giustizia del pubblico ministero, figura mitizzata in termini allarmanti, vero attuale produttore delle risposte giudiziarie: la preoccupazione di una 'repubblica dei procuratori della Repubblica' [...] non è poi campata in aria » (81). Il potere d'accusa, infatti — si legge in un'altra analisi significativamente intitolata « Il crepuscolo della legalità nel processo penale » — « travolgente come un macigno lungo la china della montagna, procede incontrando sul

(80) Ivi, cc. 438, 434 e 438.

(81) M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, a cura del medesimo, Padova, Cedam, 1998, pp. 189 e 199. Nel saggio successivo, già ricordato, Nobili osserva che la scena degli anni Novanta « ha ben poco in comune con quegli aggiornamenti culturali [...] con quei sani spostamenti verso la centralità del giudizio » o « con realistici ritorni all'interpretazione, dopo le vecchie forzature del 'giudice Subsustionsmaschine' » (NOBILI, *Nuovi modelli*, cit., p. 33).

suo percorso non i contrafforti rocciosi della legalità, ma tele di ragno » (82).

In alcuni di questi contributi più recenti, vi è però un significativo profilo di novità. Oltre a sottolinearsi le degenerazioni delle prassi processuali, si comincia a spostare lo sguardo sugli effetti che tale fenomeno provoca sull'architettura del diritto sostanziale. Segno evidente di tale interesse — e preoccupazione — è l'affermarsi di un tema nuovo, quello del « dominio del processo sul diritto sostanziale » (83). Da « servo muto », il processo si sarebbe trasformato, patologicamente, in « socio tiranno » (84) che agisce in spazi spesso esterni ai confini della legalità sostanziale — ciò varrebbe specialmente, ma non solo, per « tutte le fattispecie 'a formazione giudiziaria', tristi simulacri della legalità » (85) — e impone la sua logica alle categorie sostanziali (causalità, dolo, colpa...), che vengono ridefinite, alterandole, per far fronte a specifiche esigenze probatorie (la c.d. « processualizzazione del diritto penale ») (86).

3.2. ...e la scoperta del diritto penale giurisprudenziale.

Tutte queste linee finiscono per convergere su un punto che, dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, occupa — con intensità crescente — l'agenda del penalista: il *diritto penale giurisprudenziale*. All'inizio, prevalgono nettamente, se non esclusiva-

(82) T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in « Indice penale », 1999, p. 539.

(83) È il titolo di un ciclo di seminari organizzato dall'Associazione Franco Bricola dell'Università di Bologna.

(84) T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 1992, pp. 431-437.

(85) PADOVANI, *Il crepuscolo*, cit., p. 535.

(86) Sul fenomeno, messo a fuoco dalla dottrina tedesca (K. VOLK, *Diritto penale ed economia*, in « Riv. trim. dir. pen. econ. », 1998, pp. 479-491), v., oltre al saggio di Padovani del 1999, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2003³, p. 224 e ss., con particolare riferimento alla categoria della causalità.

mente, le note critiche ⁽⁸⁷⁾. Del resto, osservato con gli occhiali delle vecchie categorie teoriche e attraverso il filtro della mitologia moderna, il fenomeno non poteva che apparire come una patologia da sradicare o, quantomeno, contenere il più possibile attraverso la solita ricetta: « una tecnica legislativa che assicuri il massimo di precisione possibile, non arretrando di fronte alla tecnica definitoria e casistica ». Questa sarebbe, tra l'altro, la via maestra per disinnescare operazioni analogiche « 'pudicamente' » mascherate dietro il velo dell'interpretazione « estensiva » ⁽⁸⁸⁾.

Quando, in questo clima culturale ancora fortemente condizionato dal paradigma moderno e dal suo immaginario, la Corte costituzionale, alla fine degli anni Ottanta, con una coraggiosa sentenza che ridimensiona il tradizionale principio dell'*ignorantia legis*, compie una, seppur timida, apertura al diritto giurisprudenziale, le reazioni della comunità penalistica non potevano che essere quasi unanimemente di chiusura ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁷⁾ V., tra le prime prese di posizione critica sul tema, G. CONTENTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in « Il Foro italiano », 1988, cc. 484-494 e *Il diritto penale giurisprudenziale*, a cura di L. Stortoni, in « Dei delitti e delle pene », 1989, pp. 9-108. Fiandaca, in un saggio del 1991, lamentava la mancanza « a tutt'oggi in Italia di approfondite indagini volte a ricostruire le concezioni di fondo e gli orientamenti della giurisprudenza penale », apprezzando, tuttavia, il « contributo fornito al capitolo dell'interpretazione delle leggi penali » dalla magistratura associata (e da Magistratura democratica in particolare, con la sottolineatura della « politicità e valutatività » della giurisdizione), in linea con « le più aggiornate teorie dell'ermeneutica giuridica » (*Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in « Questione giustizia », 1991, pp. 21, nt. 14 e 31). Tra le *rarae aves* che, nel secondo dopoguerra, rivolgono uno sguardo non pregiudizialmente negativo al diritto giurisprudenziale, si segnala un breve intervento di M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in « Riv. it. dir. proc. pen », 1976, pp. 51-52, che condanna « l'eccessiva tipizzazione », incompatibile con « il vario e ricco e continuo fluire della storia », a vantaggio di una « legislazione sintetica che renda esplicite ed estremamente chiare le radici e le finalità storico-politiche » delle norme, affidando alla « magistratura il compito di portare a 'ulteriore svolgimento' le scelte legislative, ossia a ricavare dalle formule legislative la regola del caso concreto ».

⁽⁸⁸⁾ MARINUCCI, *L'analogia*, cit., p. 1268.

⁽⁸⁹⁾ Fa (significativa) eccezione la nota di E. GRANDE, *La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l'esperienza di « common law »: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*, in « Il Foro italiano », 1990, I, cc. 415-427, che, grazie agli occhiali del comparatista, riesce, come un qualsiasi *common lawyer*, a vedere

La Corte, com'è noto, dopo aver stabilito che il rigore del principio dovesse cedere di fronte all'« errore inevitabile », aveva individuato nel « caos giurisprudenziale » uno dei fenomeni idonei a integrare quel criterio. Tale embrionale riconoscimento del diritto giurisprudenziale si sarebbe potuto prestare ad essere utilizzato dalla dottrina come un punto d'appoggio per cominciare ad impostare un rimedio nei confronti di gravi contrasti giurisprudenziali (sincronici e diacronici) e di interpretazioni non ragionevolmente prevedibili, seppur formalmente riconducibili alla *littera legis*, sollecitate da casi nuovi ⁽⁹⁰⁾.

Invece di accogliere positivamente quello spunto della Corte, valorizzandolo nel senso cui si è accennato, i primi, autorevoli, commentatori, in perfetta aderenza agli schemi concettuali del paradigma moderno, non hanno sottaciuto la propria diffidenza nei confronti della decisione della Consulta, temendo « l'utilizzo strumentale dell'errore scusabile per coprire lacune e carenze dell'ordinamento » ⁽⁹¹⁾. In presenza, infatti, di un'« assoluta oscurità del testo legislativo » o di « un gravemente caotico [...] atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari » (C. cost. 364/1988, § 27), la via da percorrere non sarebbe quella del « difetto di colpevolezza »

un *problema* (quello della retroattività di un'*overruling* e di un'estensione imprevedibile di una fattispecie incriminatrice a un caso di *first impression*) e a cogliere, nella sentenza della Corte costituzionale, lo spunto per una sua prima, pragmatica, *soluzione*.

⁽⁹⁰⁾ Dopo la citata nota di Grande e un accenno di M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, Giuffrè, 1987², p. 44, il tema dei rimedi nei confronti di mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli e di gravi contrasti giurisprudenziali sincronici comincia ad essere affrontato da A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 318-323 e S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso*, a cura di U. Vincenti, Padova, Cedam, 2000, p. 252 e ss. Per approfondimenti, v. M. VOGLIOTTI, *Penser l'impensable: le principe de la non-rétroactivité du jugement pénal in malam partem. La perspective italienne*, in « *Revue de l'Université Libre de Bruxelles* », 2, *Droit transitoire jurisprudentiel. Perspective comparative*, 2001, pp. 61-123.

⁽⁹¹⁾ L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in « *Riv. it. dir. proc. pen.* », 1988, p. 1348. In una prospettiva simile — recentemente riproposta da V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 142 — v. anche D. PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in « *Riv. it. dir. proc. pen.* », 1988, p. 721.

(l'*error iuris*), ma la dichiarazione « di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice » rispetto ai principi di legalità e di determinatezza. Che il « caos giurisprudenziale » dipenda da « una carenza originaria di tassatività della norma o da una perdita di certezza del dato normativo ad opera dell'interpretazione giurisprudenziale, poco muta: sempre fa difetto, a ben vedere, l'illiceità del fatto più e *prima* dell'elemento soggettivo ». Nel complesso, dunque, l'operazione della Corte, giudicata « dommaticamente discutibile » nel suo ricondurre « alla tematica soggettiva dell'errore aspetti di natura oggettiva » (i difetti della legge, la quale assorbe, modernamente, *tutto* il diritto penale), risulterebbe inopportuna, in quanto finisce per aprire « lo spazio ad un possibile utilizzo della rilevanza dell'ignoranza in funzione 'conservatrice' per coprire l'illegittimità della norma incriminatrice o l'interpretazione inaccettabile di essa », dando per giunta la stura a « gravi sperequazioni di trattamento punitivo », dato il carattere « discrezionale ed episodico » del correttivo dell'errore scusabile ⁽⁹²⁾.

I primi segni di un mutamento sostanziale dello sguardo teorico sul diritto giurisprudenziale cominciano a manifestarsi al crepuscolo del Novecento. Quel fenomeno, che osservato con i vecchi occhiali del paradigma moderno appariva esclusivamente come un'aberrazione della prassi da ricondursi nell'alveo delle categorie illuministiche, viene colto, ora — grazie alle acquisizioni dell'ermeneutica giuridica ⁽⁹³⁾, e alle prospettive dischiuse dagli studi comparatistici e dalla giurisprudenza della Corte europea dei

⁽⁹²⁾ STORTONI, *L'introduzione*, cit., p. 1325 e 1348-1349.

⁽⁹³⁾ Il penalista italiano che per primo ha recepito gli insegnamenti dell'ermeneutica giuridica è Giovanni Fiandaca che, dopo alcuni accenni generici a tale orientamento teorico, scrive un saggio (*Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 2001, pp. 353-376) in cui applica alla materia penalistica le fondamentali categorie ermeneutiche (circolo ermeneutico, precomprensione, struttura analogica del procedimento interpretativo). Per un'apertura all'ermeneutica v. anche i citati saggi di Donini (con i distinguo di cui si è detto), F. PALAZZO, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in « Diritto privato 2001-2002 », VII-VIII *L'interpretazione e il giurista*, 2003, pp. 507-556, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006 e M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, vol. I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 693-713.

diritti dell'uomo — nella sua dimensione fisiologica di formante del diritto penale e di sintomo di un mondo nuovo che richiede rinnovate mappe teoriche per comprenderlo e strumenti nuovi per ordinarlo. Mentre continuano a prevalere nettamente i giudizi critici e i toni allarmati ⁽⁹⁴⁾, si alzano voci autorevoli — fonte di legittimazione e di incoraggiamento per quelle più giovani — che, pur non nascondendo la sofferenza provocata dal necessario lavacro culturale ⁽⁹⁵⁾, sottopongono a revisione critica i « principi-tabù » ⁽⁹⁶⁾ della tradizione illuministica (il principio di legalità e di determinatezza, la riserva di legge, il divieto di analogia) ⁽⁹⁷⁾, che non sono più assunti, acriticamente, come le irrinunciabili pietre d'angolo dell'edificio

⁽⁹⁴⁾ In un saggio di dieci anni fa, G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in « Cassazione penale », 2005, p. 1723, osservava come « ancora di recente, nell'ambito della cultura penalistica nostrana tendono a prevalere le voci 'conservatrici' e allarmate ». Il riconoscimento alla giurisprudenza della natura di fonte « genera preoccupazioni e angosce; meglio allora non dirlo, meglio negarlo, meglio combattere come culturalmente 'pericolosi' e 'infedeli' quegli sparuti studiosi che hanno il coraggio intellettuale (o l'incoscienza?) di svelare le mistificazioni ideologiche che si nascondono nel bagaglio culturale del penalista 'normotipico' ».

⁽⁹⁵⁾ Dopo aver messo in luce il ruolo svolto dal giudice nell'« integrare gli interessi in gioco in una decisione 'accettabile' alla luce dei 'principi' fondamentali ed obiettivi finali dell'ordinamento » (portando l'esempio di tutta una serie di « clausole generali immancabilmente aperte, come la colpa, le posizioni di garanzia, la stessa causalità, ma anche tutti gli spazi interpretativi lasciati dalle singole norme incriminatrici »), Palazzo conclude la sua densa analisi confessando come per il penalista « non può che essere ragione di doloroso travaglio intellettuale acquisire la duplice consapevolezza che la legalità ha perduto il volto chiaro e luminoso di un tempo e che il diritto penale non si fa svellere dall'ordinamento complessivo per essere chiuso in un tabernacolo aureo. Una sofferenza, dunque, ma non ci si avvicina al vero senza tormento » (F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in « Cassazione penale », 2005, p. 288).

⁽⁹⁶⁾ G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in *Sistema penale in transizione*, cit., p. 2.

⁽⁹⁷⁾ Spiccano su tutte le voci di Fiandaca — oltre ai saggi già ricordati, si veda *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in « Il Foro italiano », V, cc. 137-145; nel citato scritto uscito su « Cassazione penale », 2005, p. 1723, si nota, in modo provocatorio, che « l'epoca della vera elaborazione scientifica del principio di riserva di legge in materia penale non è ancora cominciata: e non comincerà finché il ceto dei penalisti (e mi riferisco soprattutto a quelli di estrazione accademica) non sarà disposto a distinguere tra portata 'ideologica' e portata 'realistica' (o ragionevole) di detto principio » — e, per gli importanti contributi diretti a ripensare, in chiave non solo critica ma anche ricostruttiva, l'intera costellazione dei « principi-tabù » del diritto penale moderno, Palazzo (di cui v., in particolare, *Legalità penale: considerazioni su*

penale, ma cominciano ad essere percepiti come « ostacoli epistemologici »⁽⁹⁸⁾ che, nella loro rigidità dogmatica, impediscono di comprendere la complessità dell'esperienza penalistica e di immaginare categorie nuove per ordinarla.

Negli ultimi anni quelle voci si sono fatte più numerose, sancendo la fine dell'epoca della « scienza normale » e l'apertura della fase della « scienza straordinaria » che, secondo il modello di Thomas Kuhn delle rivoluzioni scientifiche, si caratterizza per un grande fervore teorico che prelude alla formazione di un nuovo paradigma e all'ingresso in un « mondo nuovo »⁽⁹⁹⁾. Oggi, l'immagine di Massimo Severo Giannini di una comunità penalistica (quella degli anni Trenta del secolo scorso) simile a « una Cina imperiale chiusa nelle sue muraglie e con i porti sbarrati »⁽¹⁰⁰⁾ non corrisponde più alla realtà. Se l'immagine di un cantiere tutto intento a fabbricare il nuovo è ancora di là da venire, è certo che una parte importante della comunità penalistica ha aperto non pochi porti e quelle spesse muraglie che, ancora poco tempo fa, la isolavano dal rimanente universo giuridico sono percorse da breccie sempre più ampie.

3.3. *Le trasformazioni della realtà.*

Il « riorientamento gestaltico », promosso dalle nuove consa-

trasformazione e complessità di un principio "fondamentale", in « Quaderni fiorentini », 36 (2007), pp. 1279-1329 e *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura di M. Vogliotti, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 251-275). Importanti contributi anche in Donini (specialmente *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, Giuffrè, 2004) e nel già citato saggio di Cadoppi sul precedente, che fa della *law in action* l'oggetto della propria analisi.

⁽⁹⁸⁾ G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique* (1938), Paris, Vrin, 1980, p. 13 e ss.

⁽⁹⁹⁾ Muovendo da una prospettiva epistemologica costruttivistica, KUHN, *La struttura*, cit., p. 139, afferma che, « dopo un mutamento di paradigma, gli scienziati non possono non vedere in maniera diversa il mondo in cui sono impegnate le loro ricerche. Nei limiti in cui i loro rapporti con quel mondo hanno luogo attraverso ciò che essi vedono e fanno, possiamo dire che, dopo una rivoluzione, gli scienziati reagiscono a un mondo differente ».

⁽¹⁰⁰⁾ M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940) - *Postilla* 1973, in « Quaderni fiorentini », 2 (1973), p. 272.

pevolezze teoriche, è facilitato dalle profonde trasformazioni che la materia penalistica e l'ambiente in cui essa è immersa, e da cui trae i suoi contenuti di senso e di valore, hanno subito in questi ultimi anni. Se negli anni Trenta del secolo scorso — l'epoca cui si riferiva l'immagine di Giannini — si poteva ancora credere o illudersi o fingere di essere moderni, perché, in realtà, moderni non si è mai davvero stati ⁽¹⁰¹⁾, e ciò sebbene non siano mancate, già allora e successivamente, autorevoli — seppur sparute — voci dissonanti ⁽¹⁰²⁾, all'alba del nuovo millennio le acquisizioni dell'ermeneutica, che filtrano sempre di più anche all'interno della cittadella penale, unite ai grandi mutamenti dell'esperienza giuridica contemporanea, che hanno suggerito di sostituire la moderna metafora della piramide con quella della *rete* per meglio raffigurarla ⁽¹⁰³⁾, non consentono più di continuare a vivere in un mondo che ha cessato di esistere, rimanendo aggrappati ad illusioni ormai svanite.

A essere profondamente mutato è, innanzitutto, il contesto in cui il diritto si radica e da cui trae la sua linfa vitale. L'aumento della complessità della realtà — dovuto al progresso della tecnoscienza, al dinamismo delle nostre società globalizzate e teleconnesse, all'incremento del pluralismo valoriale (anche all'interno della magistratura)

⁽¹⁰¹⁾ B. LATOUR, *Non siamo mai stati moderni* (1991), Milano, Elèuthera, 1995.

⁽¹⁰²⁾ Tra queste *rarae aves* vanno ricordati, in quegli anni, Giuseppe Bettiol e, soprattutto, Francesco Antolisei. Di quest'ultimo spicca il saggio sul metodo del 1937, in cui Antolisei propone un approccio «realistico» al diritto penale che ponga fine al «divorzio dalla pratica», all'«idolatria della parola della legge», all'«abuso della logica astratta», alla riduzione dell'interpretazione «a una semplice operazione di logica formale», all'equiparazione delle «discipline giuridiche alla matematica e alla geometria», e recuperi «la natura essenzialmente pratica della scienza del diritto» e l'«indissolubile connessione fra il diritto e la realtà sociale», abbandonando «quella diffidenza verso il potere giudiziario, [...] quel timore per l'arbitrio del giudice che nacquero con l'illuminismo». Il giudice va invece inteso come un «organo vivente dello Stato» che — «data l'astrattezza e la genericità delle norme legali — ha il compito di continuare, con giudizi valutativi, l'opera del legislatore nello spazio che questi ha lasciato libero» (F. ANTOLISEI, *Il metodo nella scienza del diritto penale* (1937), in *Problemi penali odierni*, Milano, Giuffrè, 1940, pp. 1, 16, 17, 33, 35, 36, 40, 55, 56).

⁽¹⁰³⁾ V., su tutti, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Fusl, 2002 e, per l'esperienza penalistica, M. VOGLIOTTI, *Mutations dans le champ pénal contemporain. Vers un droit pénal en réseau?*, in «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé», 2002, pp. 721-743.

e all'impatto del multiculturalismo, fenomeni che portano con sé rivendicazioni di nuovi diritti che entrano in conflitto con quelli esistenti, richiedendo difficili e prudenti bilanciamenti — rende più visibile il ruolo (che l'ermeneutica, come si è visto, attribuisce costitutivamente alla giurisdizione) di adattamento della legge generale e astratta alle singolarità dei fatti e alle evoluzioni della realtà, affidando alla clinica del processo il compito di «soddisfare la maggior parte degli interessi concorrenti e di trovare l'equilibrio finale accettabile» (104). Qual è, infatti, «quel giudice, quel difensore o quel pubblico ministero che, in materia di colpa medica o di abbandono di persone incapaci, non sia chiamato a (concorrere per) trovare un equilibrio accettabile tra le esigenze di tutela della salute dei pazienti e le insufficienze strutturali del sistema sanitario?» (105).

Sul fronte più specifico dell'esperienza giuridica, l'accresciuta visibilità della fonte giurisprudenziale è l'effetto di una pluralità di fattori convergenti: *i*) la diffusa corruzione del ceto politico e della pubblica amministrazione, portata a galla dalle inchieste giudiziarie, unita all'assenza di meccanismi di responsabilità politica e amministrativa; tali fattori contribuiscono, da un lato, alla desacralizzazione della legge — spesso piegata ad interessi particolari e vissuta più come un'imposizione della maggioranza che come il frutto della dialettica parlamentare (106) — e, dall'altro lato, provocano un'eutrofia della responsabilità penale, con conseguente sovraesposizione politica della magistratura, investita del ruolo anomalo di «controllo della virtù» (107); *ii*) il processo di costituzionalizzazione del diritto, che attribuisce al giudice il compito critico di adeguare la legge ai principi costituzionali, recuperando la funzione di riduzione «*de iniquo ad aequum*», che era propria dell'*interpretatio* fino alla rottura epistemologica moderna (108); *iii*) il ruolo assegnato dalla

(104) PALAZZO, *Testo, contesto*, cit., p. 274.

(105) PALAZZO, *Sistema delle fonti*, cit., p. 288.

(106) Sul punto, v. E. DOLCINI, *Leggi penali «ad personam», riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2004, pp. 50-70, PALAZZO, *Legalità*, cit., pp. 1281-1282 e G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in «Quaderni fiorentini», 36 (2007), pp. 1247-1277.

(107) A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998.

(108) P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 169.

Corte costituzionale al « diritto vivente » nel giudizio di costituzionalità delle leggi e all'interpretazione « tassativizzante », ritenuta idonea a sanare vizi di determinatezza delle norme incriminatrici ⁽¹⁰⁹⁾; *iv*) il processo di « europeizzazione del diritto » ⁽¹¹⁰⁾, che fa del giudice ordinario il protagonista del dialogo con le due Corti europee e un attore fondamentale dell'opera di attuazione del diritto europeo, il cui rispetto è assicurato dall'interpretazione adeguatrice e, per quanto riguarda il diritto dell'Unione, anche tramite la disapplicazione di norme interne ad esso non conformi ⁽¹¹¹⁾.

Tutti questi fattori finiscono per attribuire al giudice non solo il compito di ridefinire i contorni semantici dell'enunciato normativo nel contesto dell'applicazione, ma anche quelli di costruire la fonte ⁽¹¹²⁾, di riconfigurare le categorie dogmatiche fondamentali ⁽¹¹³⁾ e, più in generale, di contribuire alla costruzione dell'ordine giuridico, anche stabilendo nessi connettivi tra ordinamenti diversi ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr., anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 1991, p. 337 e ss. e Id., *Legalità penale*, cit., pp. 1313-1318. Nel saggio del 2007, di sedici anni successivo al primo, viene meno l'accento critico posto sull'operazione della Corte costituzionale che viene letta, invece, come un sintomo eloquente della trasfigurazione del principio di determinatezza: dal « primato della legge » alla « libertà di autodeterminazione dell'individuo » (p. 1319). Nello scritto del 1991 si affermava invece: « L'argomento del diritto vivente, oltre a realizzare una forte chiusura dinanzi alla questione di determinatezza, implica senza dubbio un'ipervalutazione del ruolo della giurisprudenza ordinaria, alla quale vengono in definitiva implicitamente attribuiti una responsabilità e dei compiti surrogatori rispetto all'obbligo legislativo di corretta formulazione delle norme penali » (p. 352).

⁽¹¹⁰⁾ A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, Giappichelli, 2004.

⁽¹¹¹⁾ V., in merito, C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, Giuffrè, 2007, F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, a cura di P. M. Corso e E. Zanetti, Piacenza, La Tribuna, 2010, pp. 617-679 e V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012.

⁽¹¹²⁾ ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., XI.

⁽¹¹³⁾ DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 199.

⁽¹¹⁴⁾ CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009.

3.4. *La spinta della Corte europea dei diritti dell'uomo.*

Tra tutti questi fattori di matrice giuridica, quello che più ha inciso sulla valorizzazione della fonte giurisprudenziale e ha accelerato il processo di crisi delle categorie teoriche del paradigma penale moderno è senz'altro la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, alla quale le famose sentenze gemelle della Corte costituzionale (n. 348 e 349 del 2007) hanno assegnato il rango di fonte, che integra, tramite il rinvio dell'art. 117 della Costituzione, il parametro del giudizio di costituzionalità delle leggi⁽¹¹⁵⁾. Più attenta alla *sostanza* valoriale delle questioni giuridiche che alla forma⁽¹¹⁶⁾, all'*effettività* della tutela dei diritti che alla validità formale delle regole⁽¹¹⁷⁾, al *law in action* (i contesti applicativi) che al *law in the books* (le norme generali e astratte), la Corte europea è l'organo giudiziario che con maggior coerenza e consequenzialità applica al fenomeno giuridico le categorie teoriche della ragion pratica (condivise, come sappiamo, dall'ermeneutica), sostituendo il valore della

(115) Com'è noto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sono state a lungo trascurate dalla letteratura penalistica. La prima comunità ad essersene avvicinata è quella processualpenalistica, maggiormente coinvolta dalle decisioni della Corte. Tra i primi studi processualistici vanno segnalati quelli di M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, Giuffrè, 1969 e *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1984³; in prospettiva sostanzialistica, v. A. BERNARDI, *Art. 7. Nessuna pena senza legge*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti e G. Raimondi, Padova, Cedam, 2001, pp. 249-306.

(116) È il caso delle categorie della « materia penale », della « sostanza dell'incriminazione » e della stessa « legge ».

(117) Nell'intento di assicurare una tutela effettiva dei diritti, la Corte pone a carico dello Stato il dovere di svolgere, nei casi di violazione di determinati diritti fondamentali (in particolare il diritto alla vita e quello a non essere sottoposti a tortura) « a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible, including effective access for the complainant to the investigatory procedure » (*Abdülsamet Yaman c. Turchia*, 2 novembre 2004, § 53). A tal fine, la Corte ha elaborato un'autonoma categoria di obblighi c.d. procedurali che comprendono il carattere *ex officio* del procedimento, la sua trasparenza, diligenza e celerità, l'indipendenza effettiva (« pratica ») delle autorità incaricate delle indagini e la possibilità di partecipazione attiva della vittima all'intera procedura. Sulla questione la Corte è ritornata recentemente con la sentenza della Grande Chambre, *Söderman c. Suède*, 12 novembre 2013.

certezza (tipico delle scienze teoretiche) con quello della *ragionevole prevedibilità* (proprio delle scienze pratiche), adottando un approccio *olistico* (su tutti, il concetto dai contorni sfocati del « giusto processo ») in luogo di un'analisi atomistica del diritto, ispirandosi ad una logica gradualistica o *floue* al posto di una logica monotònica ⁽¹¹⁸⁾ e individuando il confine (sfocato) dell'incriminazione attraverso la categoria ermeneutica (assiologicamente connotata) del *tipo* (la « sostanza dell'incriminazione »), con la quale la Corte sostituisce la categoria moderna — figlia di una concezione puramente semantico-sintattica del linguaggio — della tassatività della fattispecie.

Nella mappa concettuale della Corte spicca, per il suo significato scandaloso e per la sua carica rivoluzionaria, la categoria di « legge » (e, di riflesso, di « legalità »), che viene sottoposta a una radicale risemantizzazione, non definendosi più per il suo involucro formale — potendo provenire da fonti anche non legislative e, in particolare, da quella giurisprudenziale ⁽¹¹⁹⁾ — ma per la sua sostanza, dovendo superare un test qualitativo volto ad accertare — oltre alla conformità ai valori della Convenzione — la concreta (*effettiva*) « accessibilità » e la ragionevole « prevedibilità » della norma ⁽¹²⁰⁾. Spostare l'accento dalla *disposizione* legale astratta (dal suo *pedigree*) alla conoscibilità del precetto (la modalità della ricezione del messaggio da parte dei destinatari: accessibilità e ragionevole prevedibilità) significa sospingere la legalità-determinatezza dal lato sintattico-semantico del linguaggio normativo a quello pragmatico e concentrare, conseguentemente, l'attenzione sulla *norma* quale risulta dalle sedimentazioni interpretative che si sono depositate

⁽¹¹⁸⁾ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit: du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, Puf, 1986.

⁽¹¹⁹⁾ Com'è noto, per i giudici di Strasburgo il termine « legge » « englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle » o, secondo una diversa formulazione, « le droit écrit et le droit non écrit » (*Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, § 29 e *Wingrove c. Gran Bretagna*, 25 novembre 1996, § 40; il riferimento al diritto non scritto è esteso anche ai paesi di *civil law*: cfr., ad esempio, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, 22 marzo 2001, § 57).

⁽¹²⁰⁾ I requisiti qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità della « legge » sono richiamati in tutte le decisioni in tema di « legalità convenzionale ». Cfr., tra le ultime, la sentenza *Liivik c. Estonia*, 25 giugno 2009, § 93.

durante la sua storia degli effetti, la *Wirkungsgeschichte* di cui parla Gadamer ⁽¹²¹⁾.

La Corte, va precisato, non si limita a constatare l'ineluttabilità del concorso della fonte giurisprudenziale nella definizione dei confini dell'illecito, ma le attribuisce altresì un valore positivo, consistente, da un lato, nell'adeguamento del testo normativo alle peculiarità del caso e alle evoluzioni della realtà (adeguamento necessario perché la decisione possa essere percepita come « giusta », e la giustizia è il fine del sapere pratico) e, dall'altro lato, nell'accrescimento della determinatezza della fattispecie, incrementando in tal modo la ragionevole prevedibilità delle conseguenze penali dell'azione. Secondo la Corte, infatti, « aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation » ⁽¹²²⁾. In virtù del principio di generalità delle leggi, la lettera di esse non può « présenter une précision absolue ». Perciò il legislatore ricorre a delle « catégories générales plutôt qu'à des listes exhaustives. Aussi de nombreuses lois se servent-elles par la force des choses de formules plus ou moins floues, afin d'éviter une rigidité excessive et de pouvoir s'adapter aux changements de situation ». Data la natura della legge (generale e statica) e le caratteristiche dei fatti (particolari e mutevoli), « la fonction de décision confiée aux juridictions », continua la Corte, « sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne » ⁽¹²³⁾.

Il messaggio non potrebbe essere più chiaro (e più eterodosso rispetto ai dogmi e alle scomuniche del paradigma penale moderno):

⁽¹²¹⁾ GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 350 e ss.

⁽¹²²⁾ *S.W. c. Regno Unito*, 22 novembre 1995, § 36.

⁽¹²³⁾ *Pessino c. Francia*, 10 ottobre 2006, § 31. V. anche, in merito, la sentenza *Scoppola* che mette in guardia contro concezioni massimalistiche del valore della certezza, responsabili di irrigidire eccessivamente le fattispecie incriminatrici. Il valore della « certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive; or, le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation » (Grande Chambre, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, § 100).

la fonte giurisprudenziale, lungi dall'essere rimossa o ammessa, *obtorto collo*, come un invitato inevitabile ma sgradito, è accolta dalla Corte come un ospite di riguardo che collabora con il legislatore nella definizione del contenuto semantico della norma, realizzando quel « perfezionamento creativo della legge »⁽¹²⁴⁾ che l'ermeneutica affida all'attività giurisdizionale. La patologia, sembra suggerire la Corte, non sta nell'intervento della fonte giurisprudenziale ma, semmai, nella pretesa del legislatore di svolgere in completa solitudine il compito di tracciare i confini dell'incriminazione, ricorrendo ad una tecnica redazionale di tipo casistico, spinto dalla volontà tanto spasmodica quanto vana e *dannosa* di tutto prevedere in anticipo.

3.5. *Le aperture della Corte di Cassazione...*

Questa concezione ibrida o allargata della legalità è stata prontamente recepita dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione, le quali — facendo leva sulle sentenze della Corte costituzionale che impongono al « giudice nazionale » l'obbligo « di interpretare la normativa interna in senso conforme alle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo » — hanno autorevolmente sancito che « il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa ». Il giudice, prosegue la Corte, « riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data. La struttura generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività 'concretizzatrice' della giurisprudenza »⁽¹²⁵⁾.

In generale, si deve riconoscere con soddisfazione che la Corte di Cassazione, a fronte della perdurante inerzia del legislatore, ha saputo costruire percorsi ermeneutici, anche arditi, per dar seguito

⁽¹²⁴⁾ GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 382.

⁽¹²⁵⁾ Corte di Cassazione, Sezioni unite, 21 gennaio 2010, n. 18288, p.g. in proc. Beschi, §§ 4 e 7 della parte in « diritto ».

— nelle concrete vicende processuali giunte al suo cospetto e in assenza di un preciso aggancio legislativo — a pronunce di Strasburgo che dichiaravano la violazione d'importanti diritti tutelati dalla Convenzione. Diverse e rilevanti sono state finora le tappe dell'itinerario interpretativo intrapreso dalla Cassazione — e condiviso dai giudici di merito — per adeguare il diritto interno ai livelli di garanzia richiesti dalla Corte europea: dall'estensione della sfera operativa dell'istituto del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto (art. 625-*bis* c.p.p.) per dare esecuzione a sentenze della Corte europea che abbiano accertato la violazione di garanzie convenzionali nel processo celebrato davanti alla Corte di cassazione (caso Drassich), all'impiego dell'istituto della restituzione in termini per la proposizione dell'impugnazione (art. 175, c. 2, c.p.p.) per porre rimedio alle censure relative alla disciplina interna del processo contumaciale (caso Somogyi), alla recezione del principio secondo cui le dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio, ancorché acquisite rispettando le regole del codice di procedura, non possono fondare in modo esclusivo o significativo l'affermazione della responsabilità penale, con la conseguente possibilità di estendere l'istituto dell'incidente probatorio oltre i casi previsti dal codice di procedura penale, anche sotto la spinta della sentenza Pupino della Corte di giustizia ⁽¹²⁶⁾ (caso Poltronieri), fino alla sostanziale disapplicazione dell'art. 650 del codice penale — che attribuisce forza esecutiva alle sentenze di condanna non più soggette a impugnazioni ordinarie — per paralizzare l'efficacia esecutiva di una sentenza di condanna passata in giudicato rispetto alla quale era stata ravvisata a Strasburgo una violazione del principio del giusto processo, con conseguente immediata liberazione di una persona condannata a pena definitiva (caso Dorigo) ⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁶⁾ Grande sezione, 16 giugno 2005, causa c105/03.

⁽¹²⁷⁾ Per gli opportuni riferimenti e per ulteriori considerazioni, v. F. FIANDANESE, *Intervento*, in *Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?*, a cura di C. de Maglie, in «Criminalia», 2013, pp. 206-222. La sentenza Dorigo della Cassazione ha costituito una spinta fondamentale, insieme con la perdurante inerzia del legislatore (nonostante la sentenza monito 129/2008 della Corte costituzionale), per la pronuncia di una sentenza additiva che ha creato un modello atipico di revisione (prontamente estesa, dalla Corte di Cassazione, al procedimento di applicazione delle misure di prevenzione: sez. V, 15 novembre 2011, n. 4463, Labita).

Questa precisa volontà della Corte di Cassazione di tradurre — sfruttando al massimo gli strumenti ermeneutici a sua disposizione — nel linguaggio giuridico interno le richieste di tutela dei diritti avanzate dalla Corte europea, rivela non solo un volto del giudice di legittimità ben diverso da quello proprio della Cassazione degli anni Cinquanta e Sessanta, ancora pervicacemente rivolto verso il passato, in ossequio ad una concezione paleopositivistica, legalistica e conservatrice, del diritto (che l'ha a lungo esclusa dal processo di riconversione costituzionale della vecchia legislazione liberale e fascista, processo alimentato dall'alleanza tra i giudici di merito e la Corte costituzionale) ⁽¹²⁸⁾, ma testimonia persino una politica giudiziaria più aperta a nuove sollecitazioni culturali e, nei fatti, più garantista di quella della Corte costituzionale ⁽¹²⁹⁾. Dal nuovo corso della Corte di Cassazione, così attenta a innalzare l'ordinamento interno agli standard europei, si dovrebbero trarre le necessarie conseguenze in ordine alla confutazione dello stereotipo, ancora largamente diffuso nella comunità penalistica, di una giurisprudenza incline, quasi per un impulso naturale irrefrenabile, ad ascoltare più le ragioni della repressione, cercando di cavare il « massimo di punibilità » dalle norme incriminatrici ⁽¹³⁰⁾, che quelle legate alla garanzia dei diritti ⁽¹³¹⁾.

⁽¹²⁸⁾ Su tale vicenda v. V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 504-595.

⁽¹²⁹⁾ Sulle resistenze della Corte costituzionale al processo di europeizzazione del diritto, in consonanza con le preoccupazioni di gran parte della dottrina penalistica, sostanziale e processuale, ha posto opportunamente l'accento F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo"*, in « Diritto penale contemporaneo » (on-line), 2014, pp. 1-32.

⁽¹³⁰⁾ Così FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 3, che sintetizza l'esito del convegno su *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*.

⁽¹³¹⁾ La politica giudiziaria è questione complessa, ricca di sfumature e legata a molteplici variabili (in cui svolgono un ruolo fondamentale, oltre alla cultura del singolo giudice e alla pressione dei mezzi di comunicazione, soprattutto l'inerzia del legislatore nel far fronte alle nuove esigenze di tutela e l'inefficacia di forme di accertamento diverse dal processo penale e di meccanismi di responsabilità non penali). Per una visione più sfumata, v. F. PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (Diritto Penale)*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche » (nuova serie), 4 (2013), pp. 163-164 e

3.6. ...e le chiusure della Corte costituzionale.

Emblematica di questa maggiore cautela della Corte costituzionale rispetto alle nuove prospettive promosse dai giudici di Strasburgo, è la sentenza 230 del 2012 che respinge una questione di legittimità costituzionale diretta a includere, tra le ipotesi di revisione della sentenza di condanna di cui all'art. 673 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale determinato da una pronuncia delle Sezioni unite della Corte di Cassazione in forza della quale il fatto giudicato non è più previsto dalla legge come reato. Diversamente dalla Corte di Cassazione che non ha esitato a far cadere il giudicato cautelare (Sez. II, 6 maggio 2010, n. 19716, Merlo) ed esecutivo (S.U., 21 gennaio 2010, n. 18288, Beschi) per effetto di un *revirement* giurisprudenziale, ritenendolo recessivo rispetto alla tutela di diritti fondamentali e aderendo al concetto, fatto proprio dalla Corte europea, di « 'legalità materiale', in forza del quale possono raggiungersi livelli garantistici, per certi aspetti, più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione » (così la sentenza Beschi), la Corte costituzionale si è trincerata dietro la muraglia delle categorie del paradigma giuridico moderno, facendo un passo indietro rispetto all'indirizzo, che si era consolidato nel tempo, di riconoscimento e valorizzazione della fonte giurisprudenziale.

Certo, la *quaestio iuris* posta alla Corte era molto delicata e, se accolta nel senso del giudice *a quo*, avrebbe determinato una forte scossa tellurica dagli effetti non totalmente prevedibili e rispetto alla quale la cultura penalistica (specie accademica) non è (ancora) preparata. Va aggiunto, inoltre, l'argomento forte legato alle condizioni precarie delle fondamenta del nostro diritto giurisprudenziale (stante la sua frammentarietà e la crisi della funzione nomofilattica della Cassazione), fondamenta che avrebbero avuto serie difficoltà a reggere l'urto. Non va trascurato, infine, il peso esercitato dalla diversa natura del sindacato della Corte costituzionale rispetto a quella della Corte europea, la prima essendo giudice delle leggi, la seconda giudice dei diritti, che si pronuncia, cioè, sulla violazione, nel caso concreto, di un diritto e non sulla conformità di una legge

V. MANES, *Il ruolo « poliedrico » del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in « Cassazione penale », 2014, pp. 1939-1942.

generale e astratta a una tavola sovraordinata di valori, pronuncia che, incidendo direttamente sul tessuto normativo, ha un impatto ben maggiore e provoca rilevanti effetti di « sistema ».

Comprensibili, dunque, le ragioni della cautela e della preoccupazione, non condivisibili, tuttavia, la dichiarazione d'infondatezza e, soprattutto, le argomentazioni che la giustificano ⁽¹³²⁾. In modo molto sintetico, si possono individuare due argomenti fondamentali a sostegno della decisione: il principio di legalità, nel quale la cultura penalistica italiana ha tradizionalmente incluso la riserva assoluta di legge, ancorandola all'art. 25 della Costituzione, e la natura non vincolante del precedente giurisprudenziale, ricollegata al principio costituzionale della soggezione del giudice solo alla legge (art. 101 c. 2 Cost.) ⁽¹³³⁾.

Quanto alla riserva di legge, la Corte, oltre a riproporre, senza problematizzarla, l'agiografia illuministica che rappresenta un procedimento parlamentare di elaborazione della legge idealizzato e quanto mai lontano dalla realtà odierna (trascurando completamente, peraltro, le virtù del procedimento giurisdizionale di definizione, *case by case*, dei contorni semantici della legge) ⁽¹³⁴⁾, attribui-

⁽¹³²⁾ Tra le voci critiche nei confronti della decisione della Corte, v. A. RUGGERI, *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum*, in « Consulta online », 2012, pp. 1-5, G.U. RESCIGNO, *Intorno a interpretazione, interpretazioni vincolanti, mutamenti di interpretazione della Corte di Cassazione di disposizioni penali incriminatrici, principio della lex mitior in diritto penale e sentenze penali di condanna definitive*, in « Giurisprudenza costituzionale », 2012, pp. 3795-3821, F. BERTOLINI, *Dal confronto con ordinamenti "altri", la riflessione sulla propria identità*, in « Giurisprudenza italiana », 2013, pp. 1911-1915 e (2013) e FIANDANESE, *Intervento*, cit., pp. 213-214. Più accondiscendente O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in « Diritto penale contemporaneo », 2013, p. 174.

⁽¹³³⁾ Debolissima, invece, la forza dell'argomento relativo alla tenuta del giudicato (desacralizzato dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza 113/2011) e di quello che fa leva sulla mancata presa di posizione, da parte della Corte europea, sul punto dell'estensione del principio della *lex mitior* (recentemente introdotto con la citata sentenza *Scoppola* del 2009) al mutamento giurisprudenziale favorevole. La circostanza è meramente empirica e non prova nulla, mentre, stante la consolidata equiparazione della fonte legislativa a quella giurisprudenziale, appare molto plausibile che la Corte europea, se sollecitata sul punto, estenda il principio della *lex mitior* al *revirement* giurisprudenziale.

⁽¹³⁴⁾ Per approfondimenti, v. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., pp. 41-50.

sce al testo della Costituzione un significato che viene presentato come un dato oggettivo, indiscutibile e astorico, mentre esso è il frutto di una precisa lettura, dettata da un contesto storico che non esiste più e da premesse teoriche non più sostenibili. La scelta di rimanere saldamente ancorata alla cornice concettuale moderna fa cadere la Corte in un paradosso: quella *lettura* dell'art. 25 della Costituzione, assunta come più garantistica della *lettura* dell'art. 7 della Convenzione promossa dalla Corte europea (e non imposta, nemmeno qui, dal testo della Convenzione), finisce, nel caso di specie, per approdare a un esito meno garantistico.

Appare qui, in tutta la sua evidenza, il lato oscuro e odioso della (vecchia) legalità legislativa, la quale, fondata sulla mitizzazione della legge e sull'ostracismo della fonte giurisprudenziale, si preclude la via di una più intensa e ampia tutela dei diritti, finendo per violare altri principi costituzionali. Perché questo è stato il risultato nel caso di specie: la mancata equiparazione del mutamento giurisprudenziale favorevole — disposto dall'organo che ha il compito statutario di garantire «l'uniformità dell'interpretazione della legge» (art. 65 r.d. n. 12/1941) — al mutamento legislativo, ha determinato una grave violazione del principio di eguaglianza e di ragionevolezza. Le ragioni della retroattività della *lex mitior* (cui la Corte costituzionale, malgrado il diverso orientamento della Corte europea nella sentenza Scoppola, continua ad attribuire un fondamento valoriale più debole rispetto a quello di irretroattività della legge penale sfavorevole) se valgono per il mutamento legislativo devono valere anche per quello giurisprudenziale: in entrambi i casi, è intollerabile che una persona sia punita per un fatto che l'ordinamento giuridico non considera più reato.

Resta l'argomento della (presunta) non vincolatività del precedente giudiziario nell'ordinamento giuridico italiano e, in genere, nei paesi di *civil law*. Tale argomento — in parte, tra l'altro, contraddetto dalla stessa Corte costituzionale che riconosce *forza* vincolante ai precedenti della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo — è, nelle sue radici profonde, strettamente legato a una concezione monodimensionale del diritto che lo riduce, svilendolo, alla sola dimensione potestativa.

Impostasi nel corso dell'Ottocento nell'Europa continentale in seguito al giuspositivismo trionfante e all'esilio del sapere giuridico

dalla patria della ragion pratica, tale concezione nega l'esistenza di un'altra dimensione del diritto che, prima di quella vicenda culturale, era sempre stata considerata come costitutiva del suo essere e alla quale furono attribuiti i nomi di *ratio*, di *diritto naturale*, di *leggi divine non scritte ed eterne* (Antigone) e, oltremontana, di *common law of the land*. Essa, nel designare il patrimonio fondamentale di valori conquistato nel corso della storia da una determinata civiltà giuridica, radica il diritto negli strati profondi della società, impedendo che esso graviti esclusivamente nell'orbita del potere politico ⁽¹³⁵⁾.

Ora, alla luce di una concezione bidimensionale del diritto (che s'impone nuovamente in seguito alla sua costituzionalizzazione nel secondo dopoguerra, vicenda che — insieme con il recupero del legame con la filosofia pratica — ha posto fine all'assolutismo giuridico moderno, recuperando la tensione virtuosa tra *ratio* e *auctoritas*), il riconoscimento della vincolatività del precedente è un « dovere giuridico » ⁽¹³⁶⁾ che si fonda, prima di tutto, sulla seconda dimensione del diritto. I precedenti, infatti, creano affidamento sul diritto esistente, ciò che consente agli individui di ragionevolmente prevedere le conseguenze giuridiche delle loro azioni e, quindi, di tutelare la loro libertà di autodeterminazione, protetta dalla *ratio* dell'art. 13 della Costituzione (la quale, nel suo codice genetico, è incarnazione della seconda dimensione del diritto) ⁽¹³⁷⁾. Proprio per

⁽¹³⁵⁾ Sui fattori che hanno ridotto il diritto alla sola dimensione potestativa e sulla concezione bidimensionale del diritto, fatta propria, tra gli altri, da GROSSI, *Prima lezione*, cit. e G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, v. M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VI, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 371-435.

⁽¹³⁶⁾ G. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVI, Roma, Treccani, 1991, p. 4.

⁽¹³⁷⁾ Sulla Costituzione come incarnazione della seconda dimensione del diritto v. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., pp. 395-402. In generale, nell'ambito di una concezione bidimensionale del diritto, propria della filosofia pratica e che si è protratta fino alla cesura illuministica, non si dà una netta distinzione tra *ratio* e *auctoritas*. Nel pensiero giuridico medievale, le *auctoritates* (*lex*, decisioni dei giudici e opinioni dei dottori) erano percepite come un « deposito di *rationes* » (per Tommaso d'Aquino la legge era « *quaedam rationis ordinatio ad bonum commune* ») e le *rationes*, se recepite in una *lex*, in una decisione o in un'*opinio* « autorevole », diventavano *auctoritates* (v. G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 447-453). Sulla

i fondamentali valori coinvolti, è ammesso discostarsi dal precedente solo in presenza di « gravi ragioni »⁽¹³⁸⁾ che giustifichino il mutamento e che, in seguito a un prudente giudizio di bilanciamento, risultino prevalenti rispetto alle ragioni della conservazione, legate non solo alla tutela dell'affidamento, ma anche all'esigenza di trattare in modo eguale casi simili⁽¹³⁹⁾.

All'argomento della non vincolatività del precedente — che, come si è visto, ha profonde radici culturali e dipende da fondamentali opzioni epistemologiche e ontologiche — la Corte aggiunge un'ulteriore considerazione. L'accoglimento del *petitum*, osserva la Corte in modo enfatico, « comporterebbe una vera e propria sovversione di 'sistema' », in quanto creerebbe un « generale rapporto di gerarchia tra le Sezioni unite e i giudici dell'esecuzione », i quali sarebbero tenuti a « uniformarsi alla decisione 'favorevole' delle Sezioni unite », facendo cadere il giudicato, mentre un tale vincolo non esisterebbe in capo al giudice della cognizione che dovesse giudicare *ex novo* un caso analogo.

Anche questa argomentazione della Corte si rivela debole di fronte a più convincenti ragioni contrarie. A parte le considerazioni già enunciate che mettono in discussione la tesi della non vincolatività del precedente e al rilievo, cui fa cenno la stessa Corte, che un dovere generale di uniformarsi alla decisione della Corte di cassazione esiste già in tutte le ipotesi di giudizio di rinvio, si può aggiungere quanto segue. Innanzitutto, la questione non va tanto impostata (e drammatizzata), come fa la Corte, sul vincolo del giudice dell'esecuzione a uniformarsi alla decisione delle Sezioni unite, quanto sul dovere del giudice dell'esecuzione di prendere atto che, a seguito dell'*overruling* favorevole stabilito da chi ha il dovere giuridico di « garantire l'uniformità dell'interpretazione della leg-

separazione illuministica di autorità e ragione e sulla riabilitazione di autorità e tradizione da parte dell'ermeneutica, v. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 325 e ss.

⁽¹³⁸⁾ GORLA, *Precedente*, cit., p. 4, la sottolineatura è nostra. Nella voce citata, Gorla ricorda come la vincolatività del precedente per « ragioni giuridiche » è stata da lui affermata fin da due saggi del 1973 e che tale posizione ha trovato successivamente, « pur fra contrasti, un notevole gruppo di aderenti (fra cui: A. Pizzorusso, N. Picardi, M. Cappelletti, M. Bin, F. Roselli) ».

⁽¹³⁹⁾ Per una « presunzione a favore del precedente » si era espresso M. KRIELE, *Diritto e ragione pratica* (1979), Napoli, Esi, 2006, pp. 101-122.

ge », vengono a mancare le *ragioni* della permanenza dell'esecuzione della condanna, il cui mantenimento viola in modo flagrante l'art. 3 della Costituzione. Qui, in altre parole, non entra tanto in gioco la questione astratta del vincolo a una decisione di un giudice superiore, quanto l'obbligo del giudice dell'esecuzione di garantire il rispetto di una precisa *ratio* costituzionale.

Quanto ai rapporti tra il giudice della cognizione e il precedente delle Sezioni unite, rapporti che per la Corte costituzionale sarebbero caratterizzati dalla piena libertà del giudice di disattendere il precedente, va altresì enfatizzato — e non relegato a mera « ipotesi », come fa la Corte — l'argomento secondo cui il giudice che si dovesse trovare a decidere un caso analogo, dopo l'*overruling* favorevole, sarebbe vincolato al precedente delle Sezioni unite, non potendo, infatti, condannare l'imputato, stante il principio d'irretroattività del mutamento giurisprudenziale *in malam partem*, sancito dalla Corte europea fin dal *leading case* S.W. c. Gran Bretagna del 1995. Tale principio, in seguito alle sentenze gemelle della Corte costituzionale, ha assunto un'*auctoritas* sovralegislativa che si impone a qualsiasi giudice. Certo, il giudice — obbligato ad assolvere nel caso di specie — conserva la propria facoltà di discostarsi, in motivazione, dal precedente delle Sezioni unite, argomentando a favore di una diversa soluzione che auspica possa imporsi in futuro, diventando nuovo diritto vivente. È infatti tesi fondamentale dell'ermeneutica quella per cui « il diritto non si trova precostituito neppure nel 'deposito' dei precedenti, ma deve essere di volta in volta nuovamente reperito e realizzato alla luce delle novità del caso singolo, dunque con un rapporto sempre nuovo e rinnovato tra la norma e il fatto »⁽¹⁴⁰⁾. E tuttavia, come si è già accennato, l'esercizio di tale facoltà del giudice — che nella maggior parte dei casi, stante l'autorevolezza della decisione delle Sezioni unite, è più teorica che reale — è subordinato al pesante onere di fondare la propria motivazione dissenziente su ragioni importanti, quali la presenza di gravi divergenze assiologiche tra le Sezioni unite e il giudice di merito o il mutamento del quadro normativo o del contesto sociale e culturale. Solo ragioni di questo tipo sono in grado di vincere le

⁽¹⁴⁰⁾ ZACCARIA, *La comprensione*, cit., p. 9.

forti ragioni, di rilevanza costituzionale, legate alla conservazione del precedente e sono quindi suscettibili di convincere la Corte di cassazione a mutare la propria giurisprudenza.

3.7. *Problemi nuovi e soluzioni differenti.*

Secondo il modello di Thomas Kuhn delle rivoluzioni scientifiche, ogni paradigma fornisce un « modello di problemi e soluzioni accettabili a coloro che praticano un certo campo di ricerca »⁽¹⁴¹⁾. La fase di « scienza straordinaria », che caratterizza il tempo presente della comunità penalistica italiana (e, in genere, dei paesi di *civil law*), esige una radicale riconfigurazione della mappa dei problemi e delle soluzioni con cui il penalista moderno si orientava nel suo mondo. Le profonde trasformazioni dello sguardo teorico e della realtà (del diritto e dell'ambiente in cui vive) generano un mondo nuovo, obbligando il giurista a confrontarsi con problemi inediti o parzialmente ridefiniti e a immaginare soluzioni differenti.

Con uno sguardo acutissimo, all'indomani della « catastrofe » dei totalitarismi e della guerra — che ha tragicamente rivelato, « con la efficacia che solo la storia dà alle dimostrazioni »⁽¹⁴²⁾, tutti i limiti di una concezione monodimensionale del diritto — Pietro Nuvolone ha già chiara l'esigenza di costruire un nuovo paradigma e di scrivere sull'agenda della scienza penalistica del secondo dopoguerra una nuova pagina di problemi e di soluzioni. La linfa culturale che alimenta il suo programma è la comparazione con il paradigma di *common law*, che ha mantenuto le sue radici ben piantate nel terreno della ragion pratica e appare, ai suoi occhi, come una risorsa preziosa per far uscire il diritto dalla « crisi » in cui era precipitato.

Dopo aver constatato la necessità « di non fondare una scienza unicamente su basi così labili e pericolose come quelle della legge scritta, che non offre, tra l'altro, al cittadino nessuna garanzia sostanziale contro gli arbitri dello Stato », Nuvolone suggerisce di tenersi « a grande distanza dalle nebulose astrazioni dell'ultima dottrina tedesca », confidando nell'influsso benefico, per la scienza

⁽¹⁴¹⁾ KUHN, *La struttura*, cit., p. 10.

⁽¹⁴²⁾ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), in *Opere*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 180.

giuridica continentale, della cultura anglosassone. Il loro diritto, « che ha la sua fonte principale nella *common law*, è contrario alle formule rigide, al legalismo, ed è dominato dal grande principio dell'equità ». In linea con la tradizione aristotelica della filosofia pratica e con la tesi fondamentale dell'ermeneutica gadameriana, il « momento essenziale della vita giuridica, per gli anglosassoni, è quello dell'*applicazione* del diritto ». L'aver conservato il metodo della ragion pratica e, quindi, la natura relazionale, applicativa, dell'*interpretatio* medievale, avrebbe consentito « quella conciliazione tra il principio della certezza e il principio della giustizia, che a noi pare irraggiungibile », mentre per essi non è un problema, « ma una realtà che si attua empiricamente ».

Secondo Nuvolone, il contatto con la cultura giuridica anglosassone (che altro non è, in fondo, se non la testimonianza di quel che eravamo prima della rottura epistemologica moderna), potrebbe produrre « notevoli effetti: il primo, di liberarci da ogni residuo irrazionalista, al quale, del resto, noi italiani non siamo costituzionalmente portati; il secondo, di svincolarci definitivamente (molti passi erano già stati compiuti in questo senso) dal dogma statalista, che intristisce la vita del diritto, accentuando, invece, l'interesse scientifico per il problema delle fonti; il terzo, di favorire ampie riforme legislative, intese a dare un più largo posto a norme suscettibili di comprendere, pur senza sacrificare le esigenze della certezza obbiettiva, una realtà sociale in evoluzione; il quarto, di orientare la scienza del diritto verso la ricerca di categorie logiche sostanziali, altrettanto certe, se pur più difficili a scoprire, di quelle formali » (143).

A questa pagina programmatica, attualissima e, come certamente si noterà, in gran parte coincidente con la prospettiva teorica che si può evincere dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si possono aggiungere altri punti.

Innanzitutto, va riscritto il problema fondamentale della comunità penalistica. Se per il paradigma giuridico moderno il pro-

(143) P. NUVOLONE, *Il momento penale*, in « Archivio penale », 2 (1946), pp. 278-281.

blema centrale era la formazione della « legge perfetta »⁽¹⁴⁴⁾ intorno alla quale l'intero pianeta penalistico ruotava e definiva le sue categorie cardinali (legalità legislativa, riserva assoluta di legge, determinatezza...), per il nuovo paradigma il problema centrale è la formazione dell'« uomo di legge »⁽¹⁴⁵⁾, al quale è attribuito il compito di tessere le relazioni di cui è fatto il diritto, svolgendo un ruolo primario nell'impresa di costruzione dell'ordine giuridico. In altre parole, la ritrovata centralità del tema dell'interpretazione, cui — grazie al « ridestarsi della coscienza ermeneutica dei giuristi » — viene nuovamente assegnata la funzione di *mediazione* tra fatto e diritto, tra testo e contesto, tra orizzonte del passato e orizzonte del presente, costringe a sostituire al « modello del buon legislatore », che aveva « nettamente prevalso [...] per tutto l'Ottocento e per buona parte del Novecento », il modello del « buon interprete »⁽¹⁴⁶⁾, a cui lo stesso legislatore viene ricondotto dallo stato costituzionale di diritto e dal diritto sovranazionale europeo. Ciò implica l'esigenza di ripensare in profondità il modello di formazione del giurista, ancora fortemente condizionato dalla moderna ontologia oggettualistica e dalla concezione del sapere giuridico che si è imposta in seguito alla rottura epistemologica moderna⁽¹⁴⁷⁾.

Il recupero, dopo la lunga parentesi di « sterilizzazione politica »⁽¹⁴⁸⁾ della funzione giurisdizionale, impone, poi, di ripensare il problema della legittimazione del giudice, svincolandola dalla rigida soggezione alla legge (figlia del positivismo statualistico e acritico e legata all'idea moderna secondo cui il potere è uno e, pertanto, unitaria dev'essere la sua fonte di legittimazione) e ancorandola alla seconda dimensione del diritto, di cui i valori costituzionali sono l'incarnazione e che fa del giudice un « organo della coscienza

⁽¹⁴⁴⁾ F. OST, *L'amour de la loi parfaite*, in *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés contemporaines*, a cura di J. Boulard-Ayoub, B. Melkevik e P. Robert, Paris, L'Harmattan, 1996, pp. 53-77.

⁽¹⁴⁵⁾ VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., pp. 299-317.

⁽¹⁴⁶⁾ ZACCARIA, *La comprensione*, cit., p. 83.

⁽¹⁴⁷⁾ V., in proposito, M. VOGLIOTTI, *L'urgence de la question pédagogique pour le droit postmoderne*, in « Revue interdisciplinaire d'études juridiques », 72 (2014), pp. 73-85.

⁽¹⁴⁸⁾ G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura, del giurista-interprete e della dottrina sulla funzione politica*, in « Politica del diritto », 1972, p. 461.

sociale »⁽¹⁴⁹⁾, trasfigurandone l'identità: da « giudice che assicura il rispetto della legalità [legislativa] a giudice che garantisce la tutela dei diritti »⁽¹⁵⁰⁾, alla luce delle categorie di senso e di valore che si affermano in un determinato momento storico.

E ancora. L'attribuzione, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, del ruolo di fonte al diritto giurisprudenziale e l'insegnamento dell'ermeneutica circa la centralità del momento applicativo spingono il diritto penale continentale verso il *case law* anglosassone⁽¹⁵¹⁾, ciò che richiede a tutti i giudici di assimilare la sua « cultura del precedente »⁽¹⁵²⁾, di rendere effettiva la funzione di orientamento, di composizione e di stabilizzazione della giurisprudenza affidata dall'ordinamento alla Corte di Cassazione (obiettivo che esige, a sua volta, profonde riforme normative — anche costituzionali — istituzionali e organizzative)⁽¹⁵³⁾, di pubblicare e studiare l'intera sentenza e non la « massima » « mutilata » dai fatti e dalle ragioni che hanno determinato la decisione⁽¹⁵⁴⁾, di « valo-

⁽¹⁴⁹⁾ P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in Paolo Grossi, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 39.

⁽¹⁵⁰⁾ FIANDANESE, *Intervento*, cit., p. 222.

⁽¹⁵¹⁾ VOLK, *Diritto penale ed economia*, cit., p. 489 e ss.

⁽¹⁵²⁾ F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Lettera del 13 giugno 1994*, in *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione*, a cura di A. Esposito e G. Romeo, Padova, Cedam, 1995, p. 48 e V. ZAGREBELSKY, *Dalla varietà delle opinioni alla unità della giurisprudenza*, in « Cassazione penale », 1988, pp. 1576-1578.

⁽¹⁵³⁾ Per una lucida diagnosi dei mali della Cassazione e per le relative indicazioni terapeutiche, v. già A. BRANCACCIO, *Della necessità urgente di restaurare la Corte di cassazione*, in « Il Foro italiano », 1986, V, cc. 461-464 e S. SENESE, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, in « Il Foro italiano », 1987, V, cc. 256-264. Importanti e autorevoli riflessioni anche negli Atti dell'assemblea generale della Corte di Cassazione, presieduta da Zucconi Galli Fonseca (in « Il Foro italiano », 1999, V, cc. 161-208). V. anche la sintesi delle varie posizioni in A. Cadoppi, *Il valore del precedente*, cit., pp. 217-254 e, più di recente, gli Atti del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale: *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano, Giuffrè, 2014.

⁽¹⁵⁴⁾ G. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, in « Il Foro italiano », 1964, V, cc. 73-87. V. anche, con ampia documentazione, le osservazioni di M. MELONI, *Il ruolo del precedente nella Corte di Cassazione*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. Coco, Padova, Cedam, 2005, pp. 163-194, magistrato applicato al Massimario della Cassazione, e di D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in « Criminalia », 2012, pp. 619-639.

rizzare quel particolare ‘genere letterario’ che è la cosiddetta nota a sentenza »⁽¹⁵⁵⁾.

Riconoscere alla giurisprudenza il valore di formante del diritto penale fa scorgere fenomeni che con gli occhiali del paradigma moderno non si riuscivano a vedere: la retroattività dei mutamenti giurisprudenziali e la creazione di « norme » nuove per effetto di decisioni di *first impression* le cui soluzioni, pur essendo formalmente riconducibili alla lettera dell’enunciato normativo, non appaiono ragionevolmente prevedibili. Questi fenomeni, cui già si è fatto cenno, rivelano vuoti di tutela che pongono problemi nuovi alla comunità penalistica e richiedono soluzioni adeguate alla complessità delle questioni (blocco della retroattività del mutamento sfavorevole e della decisione imprevedibile sul caso nuovo facendo leva sulla sentenza della Corte costituzionale relativa all’*error iuris* o estensione alla fonte giurisprudenziale delle regole sulla successione delle leggi penali nel tempo? Importazione dell’istituto anglosassone del *prospective overruling*? E, nel caso di mutamenti favorevoli, estensione delle regole sulla retroattività della *lex mitior* anche alla fonte giurisprudenziale?)⁽¹⁵⁶⁾.

Problemi ancora più delicati e complessi sorgono in relazione alla tesi ermeneutica della natura analogica dell’interpretazione. Se l’attività interpretativa non consiste in un’operazione ipotattica di sussunzione dell’occorrenza sotto la regola generale e astratta, ma si sviluppa tramite giudizi di somiglianza e di differenza tra un caso assunto come paradigmatico e il caso concreto, come ripensare il

⁽¹⁵⁵⁾ PALAZZO, *Legalità*, cit., p. 1328.

⁽¹⁵⁶⁾ Il blocco della retroattività del mutamento giurisprudenziale è stato recentemente disposto dalle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione, con riferimento all’interpretazione di una norma processuale (sentenza 11 luglio 2011, n. 15144, Regione Basilicata c. Enel Produzione s.p.a.). Pur non riconoscendo alla giurisprudenza il ruolo di fonte, le Sezioni unite, facendo leva sul principio del « giusto processo » (che sarebbe stato violato se si fosse applicata la nuova « norma » giurisprudenziale, imprevedibile e dotata di un effetto preclusivo di un importante diritto di azione o di difesa), hanno tutelato la posizione della parte che aveva fatto affidamento sulla precedente giurisprudenza. Per un commento della decisione, v. F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all’errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell’affidamento, tipi di overruling*, in « Corriere giuridico », 2011, pp. 1397-1409.

moderno principio del divieto di analogia che presuppone, al contrario, una netta separazione tra interpretazione e analogia? Se a quel principio cardine del diritto penale moderno vengono a mancare le basi teoriche, come tutelare i valori soggiacenti a quel principio? E, prima ancora: nella loro rigidità e assolutezza, sono ancora validi e praticabili quei valori o, alla luce delle nuove categorie teoriche e in seguito al tramonto della mitologia giuridica moderna, essi richiedono, da un lato, di essere parzialmente rivisitati e, dall'altro lato, di essere bilanciati con l'esigenza, percepita da Nuvolone e fatta propria dalla Corte di Strasburgo, di consentire al diritto penale di adeguarsi a una « realtà sociale in evoluzione »? Se il confine dell'incriminazione non è già tracciato in modo chiaro e distinto dal legislatore, ma è messo a fuoco durante l'attività giurisdizionale dagli attori del processo, quale parametro può essere assunto per distinguere le interpretazioni ammissibili da quelle inammissibili? A tal proposito, è lecito chiedersi se abbia ancora senso fondare quel parametro sulle « basi così labili e pericolose » della *littera legis*, secondo le categorie formali del paradigma moderno, o se non sia forse preferibile fare appello — seguendo l'indicazione di Nuvolone — a « categorie logiche sostanziali » come quella del « tipo » criminoso, come fa la Corte europea tramite la categoria della « sostanza dell'incriminazione », associandola al criterio della « ragionevole prevedibilità » dell'interpretazione, criterio che rappresenta, in fondo, l'autentica e irrinunciabile *ratio* del (moderno) divieto di analogia: « garantire che l'imputato non venga sorpreso da punizioni che nessun uomo ragionevole poteva prevedere » ⁽¹⁵⁷⁾. Se ci si orienta verso questa seconda prospettiva e si tiene conto dell'esigenza, legata alla storicità del diritto, che l'enunciato normativo sia in grado di adeguarsi ai mutamenti della realtà e alle categorie di senso e di valore della società, quale tecnica di redazione della fattispecie incriminatrice risulta più adatta? La « tecnica definitoria e casistica » ⁽¹⁵⁸⁾, che, oltre a irrigidire la norma, favorisce operazioni ermeneutiche opache, senza riuscire a scongiurare, come l'esperienza dimostra, decisioni imprevedibili (e, quindi, lesive della li-

⁽¹⁵⁷⁾ W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in « *Ars interpretandi* », 1997, p. 186.

⁽¹⁵⁸⁾ MARINUCCI, *L'analogia*, cit., p. 1268.

bertà di autodeterminazione) e contrarie al principio di frammentarietà, oppure la tecnica dei « casi esemplari »? Seguendo questa seconda via, si possono ottenere due risultati utili: da un lato, « la visione penalistica della realtà [...] accolta nel tipo viene trasmessa all'interprete nel modo più chiaro e concreto possibile (menzione nella fattispecie della realtà penalmente qualificata), senza aver bloccato od ostacolato il procedimento di dispiegamento creativo (carattere esemplare [non tassativo] della menzione) » (159); dall'altro lato, proprio per la struttura linguistica della fattispecie, che rende trasparente il ragionamento *a simili*, si costringe l'interprete a un forte impegno argomentativo, a disvelare le ragioni effettive della decisione e a garantire concretamente la ragionevole prevedibilità della soluzione interpretativa (160).

Con questi e con altri difficili problemi — ripensare, ad esempio, le categorie sostanziali alla luce delle esigenze del processo e riconfigurare il principio di obbligatorietà dell'azione penale tenendo conto della sua inevitabile ineffettività e dell'ineluttabilità delle scelte discrezionali delle procure (161) — la comunità penalistica è oggi chiamata a confrontarsi se vuole che il « diritto penale dei professori » comunichi con il « diritto penale della prassi » (162), orientandolo verso un nuovo ordine che sia compatibile con le nuove acquisizioni teoriche e conforme alla nuova « legalità costitu-

(159) W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica* (1968), Napoli, Esi, 2007, pp. 235-237.

(160) Per un tentativo di ripensare il moderno divieto di analogia al fine di fornire una base teorica meglio attrezzata per una tutela autentica, non meramente nominale, della libertà di autodeterminazione e del principio di frammentarietà (i valori fondamentali e ancora attuali soggiacenti al divieto di analogia), muovendo dalla premessa ermeneutica della natura analogica dell'interpretazione (messa bene a fuoco da Kaufmann) e dall'esigenza che il linguaggio giuridico tenga conto della storicità del diritto e sappia quindi evolversi, adattandosi ai mutamenti della realtà, v. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit. Nella penalistica italiana, in una prospettiva in parte simile, che punta sul « tipo » più che sulla *littera legis*, v. PALAZZO, *Legalità*, cit., pp. 1308-1313. Su « tipo » e « funzione tipica », v. anche le interessanti considerazioni di Carlizzi in V. OMAGGIO, G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 106 e ss.

(161) Per un primo abbozzo si rinvia al nostro *Les relations police-parquet en Italie: un équilibre menacé?*, in « Droit et Société », 58 (2004), pp. 468-476.

(162) FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 18.

zionale » (163). In questa funzione ordinante, che presuppone la costruzione di un nuovo paradigma, sta il compito e la dignità della scienza, la cui inerzia obbliga fatalmente la giurisprudenza a intervenire, come del resto già accade, svolgendo un'impropria opera di supplenza. Già per il fatto di aver richiamato la comunità penalistica ai suoi compiti propri e alla sua dignità di scienza, può dirsi che lo scandalo dell'ermeneutica ha portato frutto.

(163) Sui presupposti teorici e sulle caratteristiche della nuova legalità costituzionale, si rinvia a VOGLIOTTI, *Legalità*, cit.

FRANCESCO PALAZZO

VICTOR HUGO, *I MISERABILI*, LA GIUSTIZIA PENALE (*)

1. La molteplicità dei piani espressivi del romanzo. — 2. La fede nel diritto quale fattore di progresso civile e la violenza legittima. — 3. La critica sociale al sistema della penalità. — 3.1. Cause della criminalità e « forme » della giustizia penale. — 3.2. Critica sociale e critica umanistica al sistema penale e penitenziario. — 3.3. In particolare, sulla pena di morte. — 4. I tre personaggi principali e il loro rapporto esistenziale con il delitto e la pena. — 4.1. Il vescovo Myriel e la sua estraneità al delitto. — 4.2. Jean Valjean e l'espiazione del male. — 4.3. Lo sbirro Javert e il suo fanatismo legalistico. — 5. « Grandi speranze ».

1. *La molteplicità dei piani espressivi del romanzo.*

Chi non abbia frequentazione professionale di quel vasto e vario magma che è il romanticismo francese, può avvertire un senso di timor panico o quantomeno di sgomento allorché venga chiamato a confrontarsi, intellettualmente più che emotivamente od esteticamente, con l'opera di Victor Hugo. Questo vero e proprio gigante soggioga infatti per la grandezza quasi fisica della sua opera, smisurata al punto da richiedere anni e anni per la sua lettura integrale e ancora oggi accompagnata da un successo di pubblico davvero straordinario: non si può che essere turbati all'idea che qualunque ulteriore riflessione sul messaggio indirizzato da Hugo, vero vate del grandioso Ottocento ⁽¹⁾, a generazioni di lettori, deve fare idealmente e tacitamente i conti con una sorta di stratificazione lavica di

(*) Relazione al Convegno « 'Grandi Speranze'. Modelli di giustizia nel romanzo popolare ottocentesco » (Milano, 12 marzo 2015), organizzato dal Centro Studi 'Federico Stella' sulla giustizia penale e la politica criminale dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

⁽¹⁾ Per un inquadramento, v. I. MERELLO, in *Storia della letteratura francese*, vol. II, *Dal Settecento all'età contemporanea*, a cura di L. Sozzi, Torino, Einaudi, 2013, p. 129 e ss.

convinzioni, interpretazioni, emozioni consolidate e diffusa nel mondo intero.

Nonostante una critica letteraria non sempre unanime nel riconoscimento encomiastico delle qualità propriamente estetiche dell'opera di Hugo, rimane il fatto dello straordinario successo tributato dall'anonimo pubblico di un secolo e mezzo soprattutto al capolavoro de *I Miserabili* (2). Fuori di dubbio che una delle chiavi di questo successo sia la capacità del romanzo di *commuovere* gli animi toccando corde tanto semplici quanto profonde in ogni animo umano. Ma forse v'è anche un'altra chiave capace di spiegare la ragione per cui ogni lettore può trovare un motivo di appagamento nella lettura de *I Miserabili*. Il poderoso romanzo, è vero, ha un'intonazione complessiva prevalentemente epica in questo grandioso dibattersi degli uomini tra destino e infinito; ma c'è anche una straordinaria « poliedricità » in quest'opera in cui il lettore trova irrealisticamente squadernata la varietà e complessità della vita. Il famoso realismo ottocentesco non risiede, mi pare, in personaggi quasi tutti ideali ed archetipici o in intrecci che ben poco hanno della casualità della vita; piuttosto, è la varietà davvero incredibile della tastiera letteraria percorsa da Hugo che ci avvicina all'inafferrabilità multiforme, poliedrica offerta sempre dalla vita alla riflessione non solo del genio victorhughiano ma anche del più comune osservatore. Una tastiera che va dai toni e suoni più chiari e cristallini delle minuziose descrizioni liriche della natura, a quelli più gravi e talvolta dissonanti delle analitiche introspezioni psicologiche, a quelli possenti e trionfali del senso idealistico in cui si muove la storia, a quelli ampi e lenti che promanano dalle pagine di critica sociale e di impegno civile.

Insomma, forse il « segreto » de *I Miserabili* non sta tanto nella profondità di un pensiero per così dire unilaterale e raccolto su un oggetto determinato, quanto nella poliedrica complessità di una realtà fittizia sì ma capace di non tradire le multiformi manifestazioni

(2) L'edizione cui qui faremo riferimento per tutte le citazioni è la seguente: VICTOR HUGO, *Les Misérables*, édition établie et annotée par Maurice Allem, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, Librairie Gallimard, 1951. Nelle citazioni i tre numeri romani in sequenza indicano rispettivamente la parte, il libro e il capitolo del romanzo; il numero arabo indica la pagina dell'edizione di riferimento.

di quella reale, nella quale il lettore si trova immerso attraverso l'avvolgente e irresistibile prosa dell'instancabile autore.

Noi siamo qui chiamati a interessarci della giustizia penale quale uno, ma certo non marginale, dei fili della complessa trama di cui sono intessuti *I Miserabili*. Niente di più naturale, dunque, che anche a proposito di questo filone tematico si presenti quel carattere di poliedricità d'impianto, quasi sinfonico, caratteristica dell'intero romanzo. E pertanto sarà consigliabile dipanare il filo dei pensieri sulla giustizia penale rintracciabili abbondantemente e ripetutamente ne *I Miserabili* da tre angoli prospettici, che in effetti ci sembrano proprio quelli assunti dall'autore.

Ci è parso di cogliere, in primo luogo, una concezione generale del diritto come espressione di civiltà alla cui luce anche la violenza, rivoluzionaria o legale, deve essere valutata. In secondo luogo, il romanzo è costellato di numerose manifestazioni di critica sociale e politica nei confronti del sistema penale, espresse anche mediante analisi che diremmo di tenore « criminologico » delle condizioni sociali in cui si genera la criminalità e dei processi psichici in cui si forma l'inclinazione e la decisione criminosa. Infine, la « presenza » più interessante e artisticamente più significativa del tema della giustizia penale è quella per così dire filtrata dai tre personaggi chiave del romanzo, che in effetti fanno del peccato, del male, della colpa — e dunque del crimine — motivi esistenziali del loro essere, diversamente reagendo all'interrogativo della responsabilità individuale.

Indubbiamente, l'individuazione di queste tre distinte linee prospettiche del problema della giustizia penale pare del tutto coerente con una vistosa caratteristica del romanzo. Come è stato rilevato, *I Miserabili* hanno una sorta di super-protagonista che è il narratore, Victor Hugo in persona ⁽³⁾. Non solo il narratore che fa sentire la sua presenza larga ma indiretta nelle lunghissime descrizioni che spesso fermano l'azione dei personaggi. Ma anche il narratore che si esprime sostanzialmente in prima persona, formulando e argomentando opinioni e professando teorie filosofiche, morali, sociologiche. È chiaro, pertanto, che un simile tratto distin-

(3) M. VARGAS LLOSA, *La tentazione dell'impossibile. Victor Hugo e "I Miserabili"*, traduz. di A. Ciabatti, Milano, Scheiwiller, 2011, p. 25 e ss.

tivo del romanzo agevola la presenza abbastanza ricorrente di trattazioni quasi *ex professo* dei temi che non poco stavano a cuore a Victor Hugo quali quello del diritto come espressione di civiltà e quello dell'umanità del sistema penale vigente nella Francia di allora. Certo, sia detto per inciso, anche queste parti collocantisi spesso fuori dell'azione romanzesca sono sempre vivificate e liberate dal rischio di « accademismo » dalla formidabile penna di Hugo: la sua prosa è ad un tempo ammaliante nella lussureggiante forma linguistica, ma anche « essenziale » nei contenuti, nel senso che tocca corde proprie di ciascuno (in questo senso, dunque, romanzo « popolare »).

2. *La fede nel diritto quale fattore di progresso civile e la violenza legittima.*

È fuor di dubbio che Victor Hugo non ha grande simpatia per l'istituzione giuridica, esprimendo così una diffidenza che per la verità sembra essere una costante nell'atteggiamento diffuso anche tra gli uomini di cultura e diffusissimo in tutti coloro che hanno compiti di « governo » politico od economico. Molto significativo è al riguardo il passo in cui Jean Valjean, divenuto papà Madeleine e sindaco amatissimo di Montreuil-sur-mer, è descritto come il consulente gratuito e premuroso di tutti coloro che, « da dieci leghe all'intorno », venivano a consulto da lui: « egli conciliava controversie, si opponeva ai processi e riconciliava i nemici. Ognuno lo faceva giudice del proprio buon diritto, poiché pareva che avesse per anima il libro della legge di natura » (4). Ove, è particolarmente significativo quell'« opporsi ai processi », attingendo per contro al « libro della legge di natura »: quasi un *Sindaco del rione Sanità* in un diverso formato, più nobile e austero. Per non dire poi del giudizio integralmente condannatorio del sistema penale, definito senza ap-

(4) « On venait de dieux lieues à la ronde consulter M. Madeleine. Il terminait les différends, il empêchait les procès, il réconciliait les ennemis. Chacun le prenait pour juge de son bon droit. Il semblait qu'il eût pour âme le livre de loi naturelle » (I, V, V, p. 176).

pello come « l'inesorabile notte sociale in cui la penalità getta i suoi dannati » (5).

Vero tutto ciò, è anche vero però che Victor Hugo crede ad un diritto che è espressione di civiltà e che si manifesta — un po' idealisticamente — nel progresso dell'umanità verso traguardi di dignità, solidarietà e fraternità: una sorta di diritto « naturale » storicamente realizzantesi non senza sbalzi e contraccolpi e non senza anche, talora, una violenza legittima. Tappa fondamentale di questo progresso della civiltà del diritto fu la Rivoluzione francese, capace come fu di produrre e diffondere il « sentimento del diritto » (6). Nell'azione romanzesca de *I Miserabili* ci viene squaderato, in uno degli episodi più epici e suggestivi del libro, uno di questi momenti di progresso cruento del diritto: è quello della barricata della Chanvrière del 5 giugno 1832, ove il personaggio di Enjolras si accomuna in qualche modo al vecchio convenzionale G (7) per il fatto di personificare entrambi la nobilitazione di una violenza in quanto motore del progresso civile e giuridico della società: sulle barricate « si difende il diritto, la legge naturale, la sovranità di ogni uomo su se stesso, che non può essere mai abdicata, la giustizia, la verità, morendo se occorre come i trecento spartani » (8).

All'interno del grande affresco della barricata c'è poi un episodio specifico nel quale la luminosità del « diritto nascente » diventa tanto abbagliante da confondere anche un gesto di violenza shockante e apparentemente brutale. Di fronte ad un assassi-

(5) « [...] l'inexorable nuit sociale où la pénalité jette ses damnés » (I, II, VIII, p. 102).

(6) « Le sens révolutionnaire est un sens moral. Le sentiment du droit, développé, développe le sentiment du devoir. La loi de tous, c'est la liberté » (IV, VII, III, p. 1021).

(7) Visitato dal vescovo Myriel quando, malvisto da tutti i paesani di Digne, è ormai morente, il convenzionale G conquista il buon monsignore con la purezza del suo pensiero rivoluzionario: « Monsieur, retenez bien ceci, la Révolution française a eu ses raisons. Sa colère sera absoute par l'avenir. Son résultat, c'est le monde meilleure. De ses coups les plus terribles, il sort une caresse pour le genre humain » (I, I, X, p. 47).

(8) « On défend le droit, la loi naturelle, la souveraineté de chacun sur soi-même, qui n'a pas d'abdication possible, la justice, la vérité, et au besoin on mourra comme le trois cents Spartiates » (V, I, XX, p. 1264).

nio perpetrato senza motivo da uno dei rivoltosi nel clima incandescente dell'insurrezione, Enjolras giustizia seduta stante l'omicida: è questo un sofferto ma necessario gesto di vera e propria purificazione della violenza insurrezionale, che non può e non deve essere contaminata da una violenza gratuita, che è ottusa e miserevole quanto quella insurrezionale è invece illuminata da quel « diritto naturale » di cui è portatrice ⁽⁹⁾. Victor Hugo, che mai sembra attribuire una valenza socialmente positiva all'umana penalità, pare qui concedere all'esemplarità della morte inferta da Enjolras un senso ammonitorio della grandezza della causa rivoluzionaria.

Indubbiamente, resta un fondo di (ineliminabile) contraddizione in questo rapporto tra violenza rivoluzionaria e ideali di fraterna solidarietà del diritto naturale destinato ad inverarsi nei fatti della storia: è compito dei saggi fare penetrare pacificamente il diritto nel fatto e il fatto nel diritto ⁽¹⁰⁾. Così come resta inoppugnabile il dato che le « grandi speranze », riposte nell'idealistico itinerario del diritto quale fattore di civiltà fraternità e solidarietà, hanno a riscontro la squallidezza di istituzioni giuridiche incapaci di umanità, specie con gli umili.

⁽⁹⁾ Dopo aver giustiziato l'assassino, Enjolras tiene una sorta di allocuzione: « [...] L'assassinat est encore plus un crime ici qu'ailleurs; nous sommes les prêtres de la république, nous sommes les hosties du devoir, et il ne faut pas qu'on puisse calomnier notre combat. J'ai donc jugé et condamné cet homme » (IV, XII, VIII, p. 1140).

⁽¹⁰⁾ « La Révolution de Juillet est le triomphe du droit terrassant le fait. Chose pleine de splendeur.

Le droit terrassant le fait. De là l'éclat de la révolution de 1830, de là sa mansuétude aussi. Le droit qui triomphe n'a nul besoin d'être violent.

Le droit, c'est le juste et le vrai.

Le propre du droit, c'est de rester éternellement beau et pur. Le fait, même le plus nécessaire en apparence, même le mieux accepté des contemporaines, s'il n'existe que comme fait et s'il contient que trop peu de droit ou point du tout de droit, est destiné infailliblement à devenir, avec la durée du temps, difforme, immonde, peut-être même monstrueux. [...]

Cette lutte du droit et du fait dure depuis l'origine des sociétés. Terminer le duel, amalgamer l'idée pure avec la réalité humaine, faire pénétrer pacifiquement le droit dans le fait et le fait dans le droit, voilà le travail des sages » (IV, I, I, p. 842).

3. *La critica sociale al sistema della penalità.*

I Miserabili partecipano di tutti i caratteri del romanzo ottocentesco. Pur non potendosi qualificare propriamente come un romanzo storico, presentano però, come abbiamo visto, un indubbio « respiro » storico. Decisiva è, poi, la componente di *critica sociale* che il romanzo esibisce come motivo dominante fin dal titolo e in coerenza con l'impegno politico di Victor Hugo e con il pensiero della sua maturità orientato al socialismo solidaristico e utopistico. Per la verità, la critica sociale si manifesta mediante la commozione che l'artista sa suscitare verso le masse diseredate rappresentate dai suoi personaggi, più che mediante un'analisi — seppure in termini rappresentativi — delle cause dell'emarginazione sociale del primo Ottocento francese. Rare sono, ad esempio, le rappresentazioni dei luoghi e delle condizioni del lavoro operaio: e anche quella del laboratorio di papà Madeleine, sindaco di Montreuil-sur-mer, forse la più ampia del romanzo, registra sì il sopruso consumato ai danni della povera Fantine, ma più in ragione della mentalità ottusa e bigotta di Madame Victornien che in ragione delle generali condizioni di debolezza e sfruttamento della mano d'opera specie femminile.

La critica sociale sembra espressa nel romanzo, con artistica sapienza, più che altro nelle descrizioni plumbee e grigie e nelle atmosfere lugubri e grevi che aleggiano nei sobborghi parigini in cui si muovono personaggi, la maggior parte dei quali in realtà vive quasi senza lavorare o addirittura delinquendo.

3.1. *Cause della criminalità e « forme » della giustizia penale.*

Dove invece la critica sociale si fa più attenta e puntuale è proprio a proposito del problema criminale e del sistema penale e penitenziario in generale, nonché della pena di morte in particolare. Quanto al problema criminale, la « diagnosi » di Victor Hugo — spesso formulata *in tesi* e concretamente rappresentata proprio nel personaggio principale — è netta e lineare: brodo di coltura della criminalità sono l'indigenza e l'ignoranza in cui versano le masse miserabili. Come « tutti i delitti dell'uomo cominciano col vagabon-

daggio del fanciullo » (11), così « l'educazione sociale, ben fatta, può sempre riuscire ad estrarre da un animo, quale esso sia, tutta l'utilità che esso contiene » (12). Certo questa diagnosi di sociologia criminale sembra trovare una qualche sorta di smentita nella « coppia criminale » dei Thénardier, che nelle complesse (e davvero irrealistiche!) spire del romanzo, dall'inizio alla fine, paiono incarnare il prototipo del « delinquente nato »: e non può essere un caso se, alla fine, Victor Hugo ci fa intravedere l'ormai vecchio Thénardier che tocca l'infima bassezza criminale diventando in America negriero di schiavi. Tuttavia, l'apparente contraddizione tra l'astratta diagnosi sociale della criminalità e la concreta malvagità delinquenziale dei Thénardier è superata dal prevalente senso di umanità di Victor Hugo, che ancora una volta si rivela prima di tutto poeta della carità, prima ancora che critico della società o criminologo. Proprio a proposito dei Thénardier, Marius — il personaggio forse meno rilevato del romanzo — quando nella stamberga Gorbeau si rende conto delle condizioni di quella trista famiglia si tormenta in una riflessione che s'identifica chiaramente con quella dell'autore-narratore: « certo, sembravano molto depravati, molto corrotti e spregevolissimi, addirittura odiosi; ma sono rari quelli che cadono senz'avvilirsi, e v'è un punto, del resto, in cui infelici e infami si congiungono e si confondono in una sola parola fatale: i miserabili. Di chi è la colpa? Eppoi, forse che quanto più profonda è la caduta, non dev'essere tanto più grande la carità? » (13).

Già abbiamo detto della diffidenza nutrita da Hugo per le istituzioni giuridiche e giudiziarie. La sua critica sembra essere « filosofica » più che « storica », basata com'è sull'incapacità delle astratte forme giuridiche, nella loro rigida e sonnolenta solennità, di

(11) « Tous les crimes de l'homme commencent au vagabondage de l'enfant » (III, I, VI, p. 597).

(12) « L'éducation sociale bien faite peut toujours tirer d'une âme, quelle qu'elle soit, l'utilité qu'elle contient » (I, V, V, p. 178).

(13) « Sans doute ils paraissaient bien dépravés, bien corrompus, bien avilis, bien odieux même, mais ils sont rares, ceux qui sont tombés sans être dégradés; d'ailleurs il y a un point où les infortunés et les infâmes se mêlent et se confondent dans un seul mot, mot fatal, les misérables; de qui est-ce la faute? Et puis, est-ce que ce n'est pas quand la chute est plus profonde que la charité doit être plus grande? » (III, VIII, V, p. 759).

piegarsi sulla concreta umanità per lo più dolente dei loro destinatari (14). Questa congenita indifferenza e insensibilità della macchina giudiziaria si propaga per così dire in una presunta superiorità, se non altezzosità, degli uomini di legge, la cui dignità non è maggiore di quella dei loro giudicabili per il solo fatto di beneficiare della luce riflessa dalla giustizia umana: nella melma maleodorante delle fogne di Parigi il tocco di un magistrato che ha giudicato gli uomini s'infanga vicino a un putridume che fu la sottana di una sgualdrina (15). Tuttavia, diremmo anche che quest'atteggiamento verso l'apparato giudiziario, se si mostra diffidente ancora più che disincantato, non disconosce talvolta che la legge umana con tutti i suoi limiti possa essere però l'immagine, deformata quanto si vuole, una sorta di brutta copia, di quella « grande cosa divina che si chiama giustizia » (16).

3.2. *Critica sociale e critica umanistica al sistema penale e penitenziario.*

Diversamente, rispetto all'istituzione penale e all'esecuzione

(14) Si veda al riguardo, in particolare, all'interno del libro dedicato al processo di Arras, le pagine dedicate allo svolgimento dell'udienza in cui si giudica il disgraziato Champmathieu. Inquietante è poi il breve schizzo dedicato agli uomini di legge: « C'est toujours une chose qui serre le cœur de voir ces attroupements d'hommes vêtus de noir qui murmurent entre eux à voix basse sur le seuil des chambres de justice. Il est rare que la charité et la pitié sortent de toutes ces paroles. Ce qui en sort le plus souvent, ce sont des condamnations faites d'avance. Tous ces groupes semblent à l'observateur qui passe et qui rêve autant de ruches sombres où des espèces d'esprits bourdonnants construisent en commun toutes sortes d'édifices ténébreux » (I, VII, VII, p. 271).

(15) « [...] une toque qui a jugé les hommes sa vautre près d'une pourriture qui a été la jupe de Margoton. [...] Cette sincérité de l'immondice nous plait, et repose l'âme. Quand on a passé son temps à subir sur la terre le spectacle des grands airs que prennent la raison d'Etat, le serment, la sagesse politique, la justice humaine, les probités professionnelles, les austérités de situation, les robes incorruptibles, cela soulage d'entrer dans un égout et de voir de la fange qui en convient » (V, X, II, p. 1287).

(16) « [...] l'obscurité, la laideur, la tristesse; et de tout cela se dégageait une impression austère et auguste, car on y sentait cette grande chose humaine qu'on appelle la loi et cette grande chose divine qu'on appelle la justice » (I, VII, IX, p. 277). Con ben altra acutezza, e prevalente riferimento al diritto civile, Honoré de Balzac descrive i meccanismi sociali indotti dalle leggi, nei quali finiscono per essere triturati gli uomini, essendo quelle impotenti a rendere reale giustizia: cfr. A. MAZZACANE, *Diritto e romanzo nel secolo della borghesia*. Le colonel Chabert *di Honoré de Balzac*, in « Giornale di storia costituzionale », II (2014), 28, p. 187 e ss.

carceraria la critica di Hugo raggiunge quei toni d'indignazione che notoriamente costituiscono un carattere dominante del libro. Sotto questo profilo, la denuncia victorhughiana s'inserisce perfettamente in quel movimento di pensiero circolante nella Francia della prima metà dell'Ottocento che, ponendo forse le basi del successivo indirizzo criminologico francese di taglio sociologizzante, mise il « problema carcerario » al centro della sua riflessione e del dibattito pubblico e politico. Basti ricordare al riguardo la testimonianza delle analisi in cui s'impegnò un uomo dalla grande rinomanza pubblica quale fu Alexis de Tocqueville (17). Ma Victor Hugo attacca il sistema penitenziario sotto più profili, e almeno due sono i più significativi: quello di tono più palesemente sociologico, in cui è protagonista — *more solito* — il narratore; e quello di tono più umanistico, in cui la comunicazione artistica raggiunge la maggiore efficacia.

Dal primo punto di vista, c'è l'ingiustizia sociale di un sistema che criminalizza i già emarginati (come nell'episodio di Fantine umiliata dal borghese) (18); c'è soprattutto il danno sociale prodotto da un sistema carcerario che — diremmo noi — genera recidiva (19); c'è la forte denuncia dell'emarginazione impietosa cui il marchio del carcere condanna, in sovrappiù alla meritata punizione, l'ex recluso: un motivo questo che diventa un elemento narrativo insistentemente utilizzato fin dall'inizio delle vicende di Jean Valjean, il quale viene infatti ripetutamente respinto dagli abitanti di Digne fino all'incontro, che risulta così ulteriormente significativo, col vescovo Myriel. C'è poi l'amara constatazione di tutta quella specie di orgia di oscene emozioni quasi voluttuose che la pena e il suo spettacolo suscitano

(17) A. de TOCQUEVILLE, *Scritti, note e discorsi politici. 1839-1852*, a cura di U. Coldagelli, Torino, Bollati Boringhieri, 1994, p. 132 e ss.

(18) Si tratta dell'episodio in cui l'ozioso signor Bamatabois provoca Fantine, ormai diventata prostituta, cacciandole della neve lungo la schiena. Da qui la reazione esasperata e violenta della donna e poi l'intervento di Javert che l'arresta e i primi contrasti tra quest'ultimo e Jean Valjean (I, V, XII, p. 195 e ss.).

(19) Tra le tante citazioni possibili, ci limitiamo alle seguenti: « [...] cette affreuse mort vivante, cette mort à ciel ouvert, qu'on appelle le bagne » (I, VII, III, p. 237); « Les galères font le galérien. Avant le bagne, j'étais un pauvre paysan très peu intelligent, une espèce d'idiot; le bagne m'a changé. J'étais stupide, je suis devenu méchant; j'étais bûche, je suis devenu tison » (I, VII, XI, p. 292).

nel popolo sempre assetato di vendetta nelle vie e nelle piazze di Parigi: un fenomeno cui non cessiamo di assistere ancora oggi seppure nei più asettici « luoghi » dei nostri massmedia o dei comizi televisivi di politici senza tanti scrupoli.

Ma è certamente dal secondo punto di vista, quello umanistico, che l'espressione artistica di Victor Hugo si fa più vera e autentica nel saper cogliere come e quanto la dignità del condannato venga messa in questione dal carcere. La « critica » che ne viene è tanto più incondizionata e radicale, quanto più essa è scevra da considerazioni di funzionalismo sociale ed affidata invece all'attonito senso di dolore suscitato dalla realistica finzione artistica. Notissimo e indimenticabile è l'episodio in cui Jean Valjean e Cosette assistono al lugubre corteo dei carri che trasportano i forzati ⁽²⁰⁾. La drammatica, lunga descrizione ha il tono lento e ribattuto di una marcia funebre di potenza ed intensità beethoveniana, in cui l'umanità dei condannati è disumanizzata e violata dalla degradazione morale più che dalla sofferenza fisica. L'impressione suscitata da questa scena è certo quella riassunta nell'interrogativo finale di Cosette a Jean Valjean — « Sono ancora uomini, papà? » — anche se, ci sia consentito notarlo sommamente, l'uscita della giovine suona un po' didascalica per così dire, e forse artisticamente non perfettamente armonica rispetto, invece, al silenzioso accasciamento e sconvolgimento provato dal vecchio forzato dinanzi al rinnovarsi di quello spettacolo ben notogli.

Con sicura capacità d'introspezione psicologica la « critica umanistica » della pena viene spinta da Hugo fino a scorgere gli effetti prodotti nell'animo del condannato dall'inferno carcerario in cui è gettato: l'indurimento dell'animo nell'odio, un odio che rivolto innanzitutto alla legge umana trascende poi verso la società, poi contro il genere umano per diventare poi un incessante brutale desiderio di nuocere, non importa a chi ⁽²¹⁾. Ed a questo proposito

⁽²⁰⁾ Cfr. IV, III, VIII (*La cadène*), p. 923 e ss.

⁽²¹⁾ « Le point de départ comme le point d'arrivée de toutes ses pensées était la haine de la loi, humaine; cette haine qui, si elle n'est arrêtée dans son développement par quelque incident providentiel, devient, dans un temps donné, la haine de la société, puis la haine du genre humain, puis la haine de la création, et se traduit par un vague et incessant et brutal désir de nuire, n'importe à qui, à un être vivant quelconque » (I, II, VII, p. 100).

va ricordato come, già all'inizio del romanzo, Victor Hugo con mirabile acutezza e sottigliezza psicologica sintetizza in una semplice notazione quasi *en passant* in che cosa consiste l'esercizio di quel dovere morale di rispetto della dignità umana propria del condannato come di ogni altro. È il vescovo Myriel che, con la semplicità e naturalezza della sua innata bontà, pensa che « certo quell'uomo, che si chiamava Jean Valjean, aveva anche troppo presente la sua miseria e che la miglior cosa era quella di distrarlo da essa e di fargli credere, fosse solo per un momento, ch'era una persona come le altre, cosa per lui naturale » (22).

3.3. *In particolare, sulla pena di morte.*

Non è possibile omettere almeno un cenno alla forte « critica » che, com'è noto, Victor Hugo rivolse in particolare alla pena di morte. Piuttosto marginali o comunque manifestate in modo indiretto e incidentale ne *I Miserabili*, le sue convinzioni abolizioniste costituiscono il tema ispiratore di ben due brevi racconti-saggio: *Le dernier jour d'un condamné* (1829) e *Claude Gueux* (1834). L'accento prevalente della « critica » victorhughiana cade non già su considerazioni di tipo funzionalistico, alla Beccaria per intenderci, che razionalisticamente mettano a nudo l'inutilità e dannosità sociale della pena capitale. E anche le considerazioni di tipo giuridico-umanitario, che fanno leva sull'intangibilità della vita umana da parte dello Stato, pur presenti non sono però determinanti. La vera critica, sviluppata con la forza espressiva della narrazione introspettiva de *Le dernier jour*, è di tipo psicologico-umanista. Vogliamo dire cioè che Hugo, con grande modernità, sente l'intollerabilità della pena capitale nella deformazione artificiosa, meccanicistica e quasi burocratica con cui la morte viene ad essere necessariamente vissuta dal condannato; da ciò la conseguente insopportabile sofferenza non fisica ovviamente ma di penetrante tormento psicologico nell'attesa di quell'adempimento macchinale cui è stato — contro ogni legge

(22) « Il pensait sans doute que cet homme, qui s'appelle Jean Valjean, n'avait que trop se misère présente à l'esprit, que le mieux était de l'en distraire, et de lui faire croire, ne fût-ce qu'un moment, qu'il était une personne comme une autre [...] » (I,II, IV, p. 85-86).

morale e della natura — ridotto il fatto più misterioso e sacro della vita umana. È il fremito interiore suscitato da questa dissacrazione della morte che promuove la « critica » verso la pena capitale. E certo la imponente *macchina* della ghigliottina, ben esposta deliberatamente alla curiosità sanguinaria delle folle in place di Grève, è già essa stessa immagine specialmente idonea a suscitare quello scotimento profondo della coscienza da cui nasce la critica umanista di Hugo (23). L'io narrante de *Le dernier jour*, pensando alla propria figliotta, mette in luce la mostruosa deformazione della morte come pena, che sarà data di lì a poco « a sangue freddo, cerimoniosamente e per il bene dello Stato » da uomini che niente hanno contro di lui e che anzi lo compiangono (24). E il tormento disumano dell'attesa è espresso con un'immagine in cui la maestria artistica è al servizio di quel « grande punto di diritto dell'umanità » che è l'abolizione della pena di morte: « È come se il coltello della ghigliottina impiegasse sei settimane a cadere » (25).

Dunque, deformazione della morte e attesa della morte: ecco quelli che ci paiono i due motivi fondamentali della critica psicologico-umanista alla pena capitale formulata dal poeta-vate.

4. *I tre personaggi principali e il loro rapporto esistenziale con il delitto e la pena.*

Abbiamo rammentato all'inizio come il tema del crimine occupi distintamente i due piani su cui si snodano *I Miserabili*: quello che per intenderci diremmo quasi « accademico » in cui a parlare è un ingombrante io narratore, e quello su cui si muovono invece i personaggi, in particolare il vescovo Myriel, il forzato Jean Valjean e

(23) « L'échafaud, en effet, quand il est là, dressé et debout, a quelque chose qui hallucine. On peut avoir une certaine indifférence sur la peine de mort, ne point se prononcer, dire oui et non, tant qu'on n'a pas vu de ses yeux une guillotine; mais si l'on en rencontre une la secousse est violente, il faut se décider et prendre parti pour ou contre. [...] Elle [la guillotine] n'est pas neutre, et ne vous permet pas de rester neutre » (I, I, IV, p. 18).

(24) Cfr. § XXVI.

(25) Cfr. § XV. Analoghe considerazioni si possono trovare in A. CAMUS, *Riflessioni sulla ghigliottina*, in A. CAMUS, A. KOESTLER, *La pena di morte*, a cura di J. Bloch-Michel, Roma, 1972, p. 133 e ss.

lo sbirro Javert, con le loro azioni e i loro pensieri per lo più espressione di archetipi ideali nonostante la profusione di descrittivismo realistico. È questo secondo piano che ora c'interessa percorrere, non senza aver fatto una preliminare precisazione. Il tema del crimine costituisce di certo un oggetto d'interesse diretto e specifico del nostro poeta, ma il suo senso religioso — o meglio spirituale — di un'aspirazione verso l'infinito fa sì che il problema del crimine sia in qualche modo contiguo a quello del male e del peccato. La dimensione secolarizzata del crimine è realmente presente solo in Javert, sebbene anche in lui — come vedremo — in un'accezione in qualche modo sublimata dalla sacralità dell'assoluto dovere di osservanza della legge. Ed è proprio il tema del male e del peccato che forma il cono di luce in cui si muovono quei personaggi, estraneo rimanendo alla loro realtà fittizia tutto ciò che di essi potrebbe porsi fuori di quel cono.

4.1. *Il vescovo Myriel e la sua estraneità al delitto.*

Dei tre personaggi, il vescovo Myriel è quello drammaturgicamente più semplice e monocorde: noi non conosciamo il suo passato di peccatore né le vicende della sua trasformazione; quando entra nel romanzo egli è già un essere tutto perfuso di una santità semplice e chiara. È questa la luce abbagliante nella quale il problema del crimine e dell'umana legge criminale si scioglie nell'incondizionato imperativo di misericordia e carità. Lo stesso Hugo, narratore invadente, non si risparmia di annotare che il vescovo « aveva una strana maniera di giudicare le cose. Io sospetto che la ricavasse dal vangelo »⁽²⁶⁾. Insomma, il mondo interiore del vescovo e la giustizia penale hanno pochi punti di contatto nella figurazione psicologica di questo personaggio.

Sono altri gli elementi dell'esperienza di vita che lui vive: il peccato e la misericordia. In essi si annulla pressoché interamente la dimensione sociale e giuridica della giustizia penale. Il peccato è l'essenza dell'esistenza terrena: « tutto quello che è terrestre è

(26) « Il avait une manière étrange et à lui de juger les choses. Je soupçonne qu'il avait pris cela dans l'évangile » (I, I, IV, p. 16).

sottoposto al peccato, poiché il peccato è una gravitazione » (27). La misericordia, il suo dovere individuale e sociale, ne è una conseguenza tanto diretta quanto necessaria proprio perché l'universalità del peccato non giustifica moralmente il giudizio umano formulato dalla legge penale: « quell'anima umile amava, ed era tutto », « egli si chinava su colui che geme e su colui che espia » (28). È del tutto naturale dunque che a « quell'anima umile » non interessasse tanto il giudizio espresso dagli uomini della giustizia penale quanto quello di Dio: e così, quando gli viene raccontato come il solerte ed infido procuratore del re riesce a carpire con l'inganno la dichiarazione accusatoria di una disgraziata donna a danno del proprio amato marito, il vescovo, a chi gli anticipa il giudizio d'assise di quei due colpevoli, ribatte con una domanda che è una sciabolata: « E il signor procuratore del re, dove sarà giudicato? » (29).

Questa specie di estraneità del mondo spirituale del vescovo rispetto alla dimensione umana della giustizia penale, questo mentalmente non incrociarla e superarla nell'unica dimensione che egli conosce, la misericordia, è particolarmente evidente nell'episodio saliente di questa prima parte, cellula del successivo svolgimento drammaturgico del protagonista Jean Valjean. Quando i gendarmi gli conducono dinnanzi l'ex forzato che gli ha appena rubato le famose posate d'argento, il vescovo Myriel non esita neppure un attimo a mentire per salvare il derelitto, affermando di avergli donato quell'argenteria (30). Qui davvero la misericordia annienta tutto il crudele mondo della giustizia penale: il reato, il processo, la pena. E il vescovo è tanto naturalmente convinto della « necessità » morale di questo trionfo che non esita a mentire all'autorità, a tenere cioè un comportamento di per sé certo moralmente non ineccepibile. Davvero il vescovo è al di là, per così dire, della giustizia penale, essa non fa parte del suo vissuto interiore.

Tanto è vero questo che, allorché la forza delle cose lo

(27) « Tout ce qui est terrestre est soumis au péché. Le péché est une gravitation » (I, I, IV, p. 15).

(28) « Cette âme humble aimait, voilà tout ». « Il se penchait sur ce qui gémissait et sur ce qui expie » (I, I, XIV, p. 61).

(29) « Et où jugera-t-on M. le procureur du roi? » (I, I, IV, p. 16).

(30) Cfr. I, II, XII, p. 110 e ss.

costringe a guardare da vicino il volto sporco ed oscuro della giustizia penale, egli rimane turbato, non dubbioso ma colpito. Vi sono due episodi espressivi di questo rapporto più ravvicinato. Il primo è quello in cui il vescovo, a causa della malattia del cappellano, si precipita ad assistere un saltimbanco condannato a morte, seguendolo fin sul patibolo. Profondamente colpito da quel tristo spettacolo, egli rimane a lungo accasciato e monologando tra sé si muove un rimprovero: « Non credevo che fosse una cosa tanto mostruosa. È un torto assorbirsi nella legge divina fino al punto di non accorgersi della legge umana ». Ma il candore dell'anima di questo ex peccatore è ormai tale che il romanzo sembra chiudere qui la questione, che non è neppure un travaglio spirituale. Il narratore non coltiva questa faglia del personaggio, e preferisce sfumare come una dissolvenza cinematografica annotando che « col tempo quelle impressioni s'attenuarono e forse si cancellarono »⁽³¹⁾, reimmergendosi il vescovo nell'esercizio della carità.

L'altro episodio, psicologicamente senz'altro più complesso, è quello — cui abbiamo già accennato — del lungo incontro del vescovo col vecchio e morente convenzionale G. Se l'impulso caritatevole e il dovere di misericordia non fanno esitare il vescovo a recarsi al capezzale di questo vecchio solitario da tutti abbandonato, tuttavia il buon Myriel rimane molto dubbioso e resistente dinanzi all'esaltazione di quella violenza rivoluzionaria che il convenzionale glorifica come la « collera del diritto », uno degli elementi del progresso⁽³²⁾. Ancora una volta il mondo spirituale del vescovo non riesce a comprendere la dimensione umana della giustizia e le sue manifestazioni più violente. Ma questa volta la « questione » non rimane sospesa, non viene lasciata irrisolta, poiché il vescovo finisce per essere come conquistato dalla grandezza morale del convenzionale, dalla sua onestà e dalla sua tensione etica verso il miglioramento dell'umanità. Due coscienze si sono incontrate e non è detto che il riflesso della grande coscienza del convenzionale su quella del vescovo non avesse influito sulla sua via verso la perfezione, com-

⁽³¹⁾ « Je ne croyais pas que cela fût si monstrueux. C'est un tort de s'absorber dans la loi divine au point de ne plus s'apercevoir de la loi humaine » (I, I, IV, p. 19).

⁽³²⁾ « Le droit a sa colère, monsieur l'évêque, et la colère du droit est un élément di progrès » (I, I, X, p. 43).

menta Hugo. La visione del volto più violento del diritto, questa volta tramite le parole appassionate del convenzionale, non è passato invano sulla coscienza del vescovo: ma rimane chiaro che, ancora una volta il buon prelato è rimasto intellettualmente estraneo agli interrogativi posti dalla tragicità del diritto, poiché il suo « cedimento » è nuovamente e piuttosto un fatto di coscienza e di comprensione della nobiltà delle inclinazioni di quella grande anima.

Il vescovo Myriel non solo non giudica la giustizia umana ma ad essa rimane sostanzialmente estraneo, vivendo egli nell'unica dimensione della misericordia, quasi sospeso sopra questo mondo percorrendo la via della perfezione.

4.2. *Jean Valjean e l'espiazione del male.*

Quanto la penalità rimane sostanzialmente estranea al mondo interiore del vescovo, tanto essa è invece compenetrata con l'intera esperienza esistenziale di Jean Valjean. Personaggio indubbiamente più complesso, che apre e chiude la sua esistenza sotto il segno con cui il crimine e la colpa hanno marchiato la sua coscienza. Quel furto del tozzo di pane, per sfamare i nipotini, innesca — come tutti sanno — una serie incredibile di vicende concatenate anche psicologicamente, alla fine delle quali è pur sempre il fardello della colpa originaria che ancora gli pesa portandolo lontano dall'amata Cosette, ormai sposa a Marius, verso la morte.

La complessità del personaggio risiede anzitutto nel dilemma che lo agita tra un senso del destino che sembra talvolta sovrastarlo, espropriarlo delle sue azioni, e l'ostinata consapevolezza che il corso della vita sia governabile dalla propria volontà⁽³³⁾. Nonostante ciò,

(33) VARGAS LLOSA, *La tentazione dell'impossibile*, cit., p. 71 accentua molto la « libertà sfuggente » dei personaggi e di Jean Valjean in particolare, citando il passo in cui il narratore osserva che « Tout cela, lois, préjugés, faits, hommes, choses, allait et venait au-dessus de lui, selon le mouvement compliqué et mystérieux que Dieu imprime à la civilisation, marchant sur lui et l'écrasant avec je ne sais quoi de paisible dans la cruauté et d'inexorable dans l'indifférence » (I, II, VII, p. 99). Ma, allorché si profila l'*affaire* Champmathieu, non è proprio una lotta col destino, che sembra volerlo tenere a tutti i costi lontani dal processo di Arras, quella da cui Jean Valjean esce vincitore presentandosi a rivelare la propria identità di ex forzato evaso con la conseguenza di riprecipitare nel baratro del sistema penale.

Jean Valjean è capace di coltivare un implacabile senso di *responsabilità*, che muove proprio dall'esperienza dei lavori forzati e poi dei successivi reati di furto e di evasione, per passare quindi attraverso l'illuminazione dell'incontro col vescovo. Si direbbe, però, che fin dall'inizio il povero potatore di Favorelles ha consapevolezza del male fatto, così come in seguito ben più lucidamente tormentosa sarà la consapevolezza del male che farebbe tacendo la sua reale identità nell'*affaire* Champmathieu. E il « primo » Jean Valjean non solo ha consapevolezza del male, ma riconosce anche, seppure in modo un po' meccanico e superficiale, la giustizia della punizione umana che gli è inferta: « egli si costituì tribunale e cominciò col giudicare se stesso [...] e alla fine concluse che aveva torto » (34).

L'esperienza carceraria innesca poi un processo in certo senso di maturazione nella sua coscienza, che andrà in due direzioni. Da un lato, su un piano che diremmo più psicologico, Jean Valjean avverte subito la sproporzione della pena, del male che gli viene inflitto a fronte della pochezza e delle motivazioni del furto iniziale e poi a fronte dell'irresistibilità dell'istinto di libertà e conservazione che è alla base delle successive evasioni (35). Certo, questo senso di ingiusta sopraffazione origina la critica, forse più del narratore che del personaggio, verso il sistema carcerario e la sua crudele capacità di indurire i forzati nell'odio (36). Ma c'è dell'altro: l'esperienza del crimine e del carcere non è capace di annientare quella consapevolezza del male fatto, che anzi forse si consolida proprio alla luce di quel senso di sproporzione della pena che ne dà implicitamente per scontata la sua sostanziale legittimità. Insomma, nonostante gli effetti prodotti dalla disumanità del carcere, non è dato di scorgere in Jean Valjean né una rimozione del senso della propria colpa né una radicale, concettuale contestazione della legittimità dell'istitu-

(34) « Il se constitua tribunal. Il commença par se juger lui-même » (I, II, VII, p. 93).

(35) « Puis il se demanda [...] s'il n'y avait pas plus d'abus de la part de la loi dans la peine qu'il n'y avait eu d'abus de la part du coupable dans la faute » (I, II, VII, p. 94). « Jean Valjean eût renouvelé ces tentatives, si parfaitement inutiles et folles, autant de fois que l'occasion s'en fût présenté, sans songer un instant au résultat, ni aux expériences déjà faites » (ivi, p. 97).

(36) « Il n'avait d'autre arme que sa haine: Il résolut de l'aiguiser au bain et de l'emporter en s'en allant » (I, II, VII, p. 95).

zione penale come tale ma piuttosto delle condizioni sociali che conducono al crimine ⁽³⁷⁾.

Dall'altro lato, è proprio la consapevolezza del male subito, vissuto quasi eroicamente da Jean Valjean, che gli consentirà di avviare, innescato dalla scintilla della carità del vescovo, quel processo spirituale di espiazione del male verso il raggiungimento dell'infinito, che segna tutta la successiva vita del personaggio. Il quale, però, sembra continuare a vivere e muoversi sotto il tetro segno della consapevolezza del male di cui egli è stato protagonista coi crimini commessi e poi vittima con la dismisura punitiva subita e tutte le successive avversità. E la « persecuzione » di Javert esprime in qualche modo il protrarsi indelebile del male/colpa originari, senza che mai il perseguitato mostri odio verso il suo persecutore, come testimonierà poi il gesto con cui l'ex forzato salva la vita al poliziotto implacabile. Insomma, Jean Valjean si sente immerso nella miseria del male, di cui è comunque corresponsabile e per questo impegnato in quel processo di espiazione e riscatto avviato dalla bontà del vescovo Myriel e poi coltivato nel bene fatto come sindaco Madeleine e infine esaltato nell'amore — fino a rasentare l'egoismo — per Cosette. In questa complessità di un personaggio però psicologicamente lineare, il tema del crimine e della pena è sì importante, anzi addirittura decisivo nell'economia della sua vicenda interiore, ma è destinato a compenetrarsi in una questione più grande e significativa qual è quella dell'impegno morale per l'espiazione del male come via alla spiritualità dell'infinito. Tuttavia, la spiritualità di Jean Valjean mantiene pur sempre qualcosa di « terrestre », se è vero che egli non riesce a capire a pieno come delle creature assolutamente innocenti, come sono le suore del convento Piccolo Picpus, s'impongano una vita di espiazione per i mali altrui ⁽³⁸⁾.

(37) Si chiede Victor Hugo: « L'âme peut-elle être refaite tout d'une pièce par le destinée, et devenir mauvaise, la destinée étant mauvaise? [...] N'y a-t-il pas dans toute âme humaine, n'y avait-t-il pas dans l'âme de Jean Valjean en particulier, une première étincelle, un élément divin, incorruptible dans ce monde, immortel dans l'autre, que le bien peut développer, attiser, allumer, enflammer et faire rayonner splendidement, et que le mal ne peut jamais entièrement éteindre? » (I, II, VII, p. 96).

(38) « Jean Valjean comprenait bien l'expiation des premiers [dei condannati]; l'expiation personnelle, l'expiation pour soi-même. Mais il ne comprenait pas celle des autres [le suore], celle de ces créatures sans reproche et sans souillure, et il se demandais avec un tremblement: Expiation de quoi? quelle expiation? » (II, VIII, IX, p. 588).

Il ruolo protagonista giocato dalla vicenda criminale nell'evoluzione coscienziale del protagonista è rivelato da un momento del romanzo a nostro avviso molto significativo. Ormai alla fine della storia, Jean Valjean è tormentato dal dubbio se rivelare a Marius la sua origine di ex forzato, accettando così tutte le probabili conseguenze di ulteriore disprezzo e proprio dalle persone più care; e accettando soprattutto il rischio che oramai vecchio ed esausto venga allontanato dalla coppia di giovani sposi e specialmente da Cosette. Ed egli decide poi per il sì ⁽³⁹⁾. Dunque, dopo tutte le pene, le sofferenze, le avversità subite a causa della colpa originaria, questa è forse espiata ma non cancellata. Difficile pensare che quel marchio d'infamia sia reso indelebile perché impresso dal ferro dell'umana giustizia penale, i cui eccessi disumani e le cui infamità Jean Valjean ha potuto sperimentare per tutta una vita. Piuttosto è la presenza del male fatto che può sospingere verso l'elevazione spirituale del singolo mediante l'espiazione, ma non può essere cancellata nei confronti di quella società pur ingiusta e criminogena: l'uomo giusto non si scrolla di dosso la responsabilità del crimine anche se può espiarne la colpa morale. Ed allora, nel vissuto di Jean Valjean la giustizia penale con tutte le sue nefandezze storiche e sociali non è però estranea alla dimensione morale dell'uomo e alla sua aspirazione spirituale: al punto tale che quella specie di martire che è ormai il vecchio ex galeotto sente ancora così pesante il ricordo del crimine commesso che, sebbene espiatane la colpa, non può fare a meno di confessarlo ai giovani sposi: e a quale prezzo di ulteriori e ormai ultime sofferenze!

4.3. *Lo sbirro Javert e il suo fanatismo legalistico.*

Dei tre personaggi di cui ci stiamo occupando, Javert è senz'altro quello drammaturgicamente più tragico. Il conflitto che inaspettatamente alla fine si apre in lui ha qualcosa di lancinante, e il suicidio in cui esso si risolve ha qualcosa di quasi meccanico, di « secco », che ne accentua l'incisività narrativa e psicologica: per una volta il protagonismo del narratore qui si ritrae, lasciando svolgersi

⁽³⁹⁾ Cfr. V, VI e VII (p. 1387 e ss.).

il gesto di Javert in una sequenza silenziosamente implacabile come del resto è stata tutta la condotta del personaggio ⁽⁴⁰⁾.

Se il rapporto del vescovo con la dimensione giuridica era di estraneità; se il rapporto di Jean Valjean con l'istituzione penale era — per così dire — di complementarità rispetto all'evoluzione della sua coscienza, il rapporto di Javert con la legge penale e con tutto il suo apparato istituzionale è di totale compenetrazione: la sua coscienza eleva a metro di ogni giudizio la legge e la sua indiscutibile autorità. Tra parentesi si può a questo proposito notare un insospettato punto di contatto con Marius. Quando, alla fine del romanzo, Jean Valjean si decide a rivelare a Marius di essere un ex forzato, Hugo si premura di sottolineare come le conseguenze di quella rivelazione risentiranno del fatto che « Marius, a proposito di questioni penali, era ancor fermo, sebbene democratico, al sistema dell'inesorabilità, ed aveva, circa coloro che la legge colpisce, tutte le idee della legge. Non aveva ancora, diciamo pure, compiuto tutti i progressi, non era ancor giunto a distinguere fra quello che è scritto dagli uomini e quello che è scritto da Dio, fra la legge e il diritto » ⁽⁴¹⁾. Con la differenza, però, che in Javert questa compenetrazione si assolutizza rendendo il personaggio più prototipico ed ideale di quanto non sia invece quello di Marius, che rivela una più reale anche se forse più incerta umanità.

Tornando a Javert, egli dunque incarna — da un lato — il volto peggiore del formalismo giuridico, della inflessibile adesione al dettato legislativo in cui si esaurisce l'intera dimensione giuridica; egli è il campione della subordinazione devota e quasi fanatica al principio d'autorità. Sul piano concettuale, il limite della legge non

⁽⁴⁰⁾ VARGAS LLOSA, *La tentazione dell'impossibile*, cit., p. 94 e ss. nota con la consueta acutezza come Javert sia « forse il più notevole personaggio creato da Victor Hugo » e come l'episodio del suicidio sia « forse il più intenso e complesso » dell'intero romanzo. Incidentalmente, notiamo che il Libro dedicato a quell'episodio — *Javert disorientato* — è l'unico del romanzo a non essere suddiviso in capitoli, contribuendo così a conferire particolare incisività alla narrazione.

⁽⁴¹⁾ « Marius, sur les questions pénales, en était encor, quoique démocrate, au système inexorable, et il avait, sur ceux que la loi frappe, toutes les idées de la loi. Il n'avait pas encore, disons-le, accompli tous les progrès. Il n'en était pas encore à distinguer entre ce qui est écrit par l'homme et ce qui est écrit par Dieu, entre la loi et le droit » (V, VII, II, 1434 s.).

è solo politico, in quanto la sua idolatria finisce per legittimare e consacrare l'assolutismo giuridico di chi detiene il potere normativo. La miseria della legge è anche umana, poiché la sua astrattezza implica l'incapacità di misurarsi con la profonda e la varia significatività dei fatti umani; la sua miseria sta nella congenita cecità rispetto al groviglio valoriale in cui si manifesta l'esistenza reale e concreta, sta nella pretesa di volere e sapere tutto classificare senza eccezioni e senza sbavature in una sorta di delirio di onnipotenza di fronte alla vita. E Javert è un classificatore implacabile e infallibile, con la fiera consapevolezza della sua infallibilità ⁽⁴²⁾.

In questa logica legalistica, di trionfale grandezza della legge come strumento e condizione di bene sociale, Javert sviluppa una conseguente concezione del reato oggi diremmo noi come « pura inosservanza ». L'essenza del crimine non sta tanto nella sua dannosità sociale, che sarebbe un *quid* esistente « prima » e « al di fuori » della legge, ma sta tutta nella ribellione nei confronti della legge che esso incarna: l'atto criminale è prioritariamente tale perché si oppone alla legge, quale che sia poi il suo specifico contenuto di disvalore. In fondo, tutti i crimini si equivalgono e finiscono per meritare la stessa pena, in quanto tutti sono *prima di tutto* una volontaria violazione della legge ⁽⁴³⁾. Una concezione dunque assolutizzante della legge penale e una conseguente concezione « formale » del reato.

Dall'altro lato, come il legalismo non è del tutto privo di virtù neppure dopo le tragedie umane che è riuscito a produrre, così nella struttura esistenziale di Javert c'è un'intima ed innegabile grandezza del personaggio. Fondamentale al riguardo è una frase in cui se ne esce Javert, già molto prima del suicidio, quando egli esclama rivolgendosi a Monsieur Madeleine-Jean Valjean: « Dio mio, quanto

⁽⁴²⁾ « Pour Javert, les incidents habituels de la voie publique étaient classés catégoriquement, ce qui est le commencement de la prévoyance et de la surveillance, et chaque éventualité avait son compartiment; les faites possibles étaient en quelque sorte dans des tiroirs d'où ils sortaient, selon l'occasion, en quantité variable; il y avait, dans la rue, du tapage, de l'émeute, du carnaval, de l'enterrement » (V, III, X, p. 1335).

⁽⁴³⁾ « [...] à ses yeux [di Javert] le vol, le meurtre, tous les crimes, n'étaient que des formes de la rébellion » (I, V, V, p. 179).

è facile essere buono, il difficile è essere giusto! » (44). Essere buoni significa piegarsi alle proprie inclinazioni, cedere in qualche modo ad una facile comprensione degli altri, mentre la pratica della giustizia legale significa saper rinunciare ai propri sentimenti per praticare invece senza flessioni o cedimenti il difficile esercizio della fedeltà a quell'unica fonte capace di armonizzare le debolezze di ciascuno nel superiore bene comune, attraverso l'imparziale distacco garantito proprio dalla sua astrattezza. La pratica della legalità impone dunque un *sacrificio* leale e totale di spersonalizzazione, un'ardua rinuncia a seguire le proprie individualistiche inclinazioni anche se buone. Dunque, Javert, « spaventoso, non aveva però niente di ignobile ». Anche se Hugo sa ben scorgere il male che può nascondersi dietro il volto solenne e apparentemente sereno della legalità ad ogni costo: quando la legge « s'inganna » può diventare orrenda, senza nulla togliere alla maestosa grandezza della coscienza umana ad essa fedele senza tentennamenti (45).

L'onestà di Javert fa da contrappunto alla sua ostinatezza repressiva e persecutoria, restituendoci un personaggio che finirà per esprimere addirittura con il suicidio l'eterna dialettica tra legge e diritto, tra giustizia ed equità, tra norma e carità, tra vendetta e conciliazione. Javert è onesto quando, scrupolosissimo nell'adempimento dei suoi doveri, non arresta nessuno se non ha la certezza dei suoi sospetti (46). Javert è onesto quando chiede al sindaco Madeleine di punirlo per averlo denunciato come ex galeotto sotto la prevalente spinta di un risentimento personale e senza avere riscon-

(44) « Mon Dieu! C'est bien facile d'être bon, le malaisé c'est d'être juste » (I, VI, II, p. 220).

(45) « La probité, la sincérité, la candeur, la conviction, l'idée du devoir, sont des choses qui, en se trompant, peuvent devenir hideuses, mais qui, même hideuses, restent grandes; leur majesté, propre à la conscience humaine, persiste dans l'horreur. Ce sont des vertus qui ont un vice, l'erreur. L'impitoyable joie honnête d'un fanatique en pleine atrocité conserve en ne sait quel rayonnement lugubrement vénérable, sans qu'il s'en doutât, Javert, dans son bonheur formidable, était à plaindre comme tout ignorant qui triomphe. Rien n'était poignant et terrible comme cette figure où se montrait ce qu'on pourrait appeler tout le mauvais du bon » (I, VIII, III, p. 304).

(46) « La mort de Jean Valjean était officielle; il restait à Javert des doutes et des doutes graves; et dans le doute Javert, l'homme du scrupule, ne mettait la main au collet de personne » (II, V, X, p. 489).

tri sufficienti ⁽⁴⁷⁾. Javert è onesto quando, dopo la confessione del sindaco Madeleine al processo Champmathieu, arresta Jean Valjean con una gioia che non è dovuta ad una meschina rivalsa personale per lo scacco a suo tempo subito, ma piuttosto alla soddisfazione di poter sanare lo scacco subito dalla legge ⁽⁴⁸⁾.

Javert è onesto, prima di tutto con se stesso, quando, resosi conto che il castello della legalità ha ceduto dinanzi alla suprema carità di Jean Valjean ⁽⁴⁹⁾, in qualche modo « liquida » il suo passato di poliziotto intransigente nell'osservanza della legge nell'unico modo che appare possibile alla sua inflessibile coscienza: suicidandosi, burocraticamente com'è nel suo stile. Certo, Javert è meno « sincretistico » di Jean Valjean che dalla accettazione del crimine, della sua responsabilità e della penalità in generale farà germogliare la carità attraverso l'espiazione; Javert, di fronte allo schiaffo della carità non è capace farla coesistere con il suo passato di strumento cieco del legalismo disumanizzato. Dunque, Jean Valjean rimane pur sempre il protagonista del romanzo e del suo messaggio spirituale verso la conquista dell'infinito. Ma Javert rimane il personaggio più drammatico e notevole per la perentorietà del gesto con cui anche esistenzialmente egli si sottrae al dubbio atroce che l'attanaglia nel momento in cui quel mondo della penalità viene improvvisamente a frantumarsi senza ch'egli riesca però ad accettare interiormente un

⁽⁴⁷⁾ Javert dice al sindaco Madeleine: « [...] dans un accès de colère, dans le but de me venger, je vous ai dénoncé comme forçat, vous, un homme respectable, un maire, un magistrat! ceci est grave. Très grave. J'ai offensé l'autorité dans votre personne, moi, agent de l'autorité! » (I, VI, II, p. 220).

⁽⁴⁸⁾ « Javert en ce moment était au ciel. Sans qu'il s'en rendit nettement compte, mais pourtant avec une intuition confuse de sa nécessité et de son succès, il personnifiait, lui Javert, la justice, la lumière et la vérité dans leur fonction céleste d'écrasement du mal. Il avait derrière lui et autour de lui, à une profondeur infinie, l'autorité, la raison, la chose jugée, la conscience légale, la vindicte publique, toutes les étoiles; il protégeait l'ordre, il faisait sortir de la loi la foudre, il vengeait la société, il prêtait main-forte à l'absolu [...] » (I, VIII, III, p. 304).

⁽⁴⁹⁾ « Est-ce qu'il y a au monde autre chose que les tribunaux, les sentences exécutoires, la police et l'autorité? ». « Sa suprême angoisse, c'était la disparition de la certitude. Il se sentait éraciné. Le code n'était plus qu'un tronçon dans sa main. Il avait affaire à des scrupules d'une espèce inconnue. Il se faisait en lui une révélation sentimentale entièrement distincte de l'affirmation légale, son unique mesure jusqu'alors » (V, IV, p. 1345 e 1347).

diverso ordine di valori. Un personaggio dunque non risolto, o risolto al prezzo della vita.

5. « *Grandi speranze* ».

Il tono cromatico complessivo del romanzo è scuro: quanti sono i passaggi più significativi della vicenda che si dipanano nell'oscurità della notte, nell'ombra di grandi alberi e di alti muri, fino ad arrivare al buio infernale delle fogne di Parigi! Ed è proprio da questa oscurità tetra che si alimentano le « grandi speranze »: non c'è compiacimento decadentistico nel soffermarsi nell'oscurità, ma piuttosto tensione verso l'alba della speranza di un riscatto individuale e sociale. Di questa tensione è partecipe, nonostante tutto, anche il diritto; il diritto è civiltà, è riscatto, è libertà: fa parte insomma delle « grandi speranze ».

Ma l'asse su cui gira questo movimento ideale verso la speranza è pur sempre l'uomo: nonostante il filosofeggiare dell'onnipresente io narrante, sono i suoi personaggi, e com'è naturale il protagonista anzi tutti, che segnano la strada spirituale verso la luce, verso il miglioramento, verso l'utopico superamento del male e dell'ingiustizia. Al sublime eroismo dell'espiazione è affidata la tensione spirituale verso la speranza. Javert, invece, non sa reggere alla speranza: essa si affaccia alla sua coscienza, ma invece di esaltarlo lo disorienta, lo prostra. Le coscienze non sono tutte e sempre pronte alla speranza. Il gesto dello sbirro suona come un umanissimo autosacrificio: è un prezzo che egli paga alle grandi speranze. Egli, incapace di speranza, incapace di luce, incapace di gettare lo sguardo al di là dell'arida gabbia della legge verso il diritto, si toglie di mezzo per aprire idealmente il cammino alla speranza che altri porteranno su di sé.

Dovremmo forse compiere anche noi idealmente il sacrificio di Javert, uccidendo quella parte di noi che è troppo schiava di paradigmi di una giustizia penale ancora molto vendicativa e astratta, per aprire invece gli occhi verso paradigmi più riconciliativi e concreti.

La dimensione giuridica

GIOVANNI MINNUCCI

UN DISCORSO INEDITO DI ALBERICO GENTILI
IN DIFESA DELLA *IURISPRUDENTIA*

*Cedunt, cedunt omnia
huic nostræ arti.
Cessit omnis hodie philosophia,
subiecit muta medicina caput,
tacita applaudit theologia.*

1. Premessa: la ricomposizione del testo conservato, in fogli separati, nel manoscritto D'Orville 612 della Bodleian Library di Oxford. — 2. Cenni sulla vicenda biografica di Alberico Gentili: la polemica con John Rainolds (1593-1594). — 3. La grandezza del diritto. Astraea-Elisabetta I: simbolo della giustizia. — 4. Le fonti: il *Liber singularis enchiridii* di Pomponio (*Dig.* 1.2.2), le *Iuris consultorum vitæ* di Bernardino Rutilio, la ulteriore letteratura umanistica e quella classica (Virgilio e Cicerone). — 5. Le ragioni dello scritto di Gentili: la diffusione in ambito accademico delle epistole del Rainolds a lui indirizzate, le accuse di *Trico italicus*, *Macchiaelicus*, *athæus*. La sua *defensio*. — 6. Conclusione. — Appendice.

1. *Premessa: la ricomposizione del testo conservato, in fogli separati, nel manoscritto D'Orville 612 della Bodleian Library di Oxford.*

I numerosi manoscritti appartenuti ad Alberico Gentili, oggi conservati nelle biblioteche d'Oltremania, sono stati oggetto, sin dalla prima metà del secolo scorso, di studi e ricerche: ne sono emerse opere inedite e frammenti di esse, lavori preparatori, appunti di lettura, note autobiografiche, riflessioni sul metodo di insegnamento ⁽¹⁾. Nel corso di alcune indagini strettamente correlate al *De*

⁽¹⁾ Senza la pretesa di essere esaustivi si segnalano le opere nelle quali è utilizzata la documentazione manoscritta gentiliana: G.H.J. VAN DER MOLEN, *Alberico*

papatu Romano Anticbristo — l'inedito gentiliano conservato a Oxford nel Fondo D'Orville 607 della Bodleian Library, del quale è

Gentili and the Development of International Law. His Life Work and Times, Leyden, Sijthoff, 1968², pp. 320-322 nn. 253-312; K.R. SIMMONDS, *The Gentili Manuscripts*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte», R.A., LXXVI (1959), pp. 534-552; D. PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo nell'Inghilterra elisabettiana*, Padova, Tipografia «La Garangola», 1981, *passim*; P. HAGGENMACHER, *Il diritto della guerra e della pace di Gentili. Considerazioni sparse di un "Groziano"*, in *Il diritto della guerra e della pace di Alberico Gentili. Atti del Convegno. Quarta Giornata Gentiliana (21 settembre 1991)*, Milano, Giuffrè, 1995 (Centro Internazionale di Studi Gentiliani), pp. 16, 60-61; i contributi di A. WIJFFELS, in *Alberico Gentili consiliatore. Atti del Convegno. Quinta Giornata gentiliana (19 settembre 1992)*, Milano, Giuffrè, 1999 (Centro Internazionale di Studi Gentiliani); Id., *Un "consilium" di Alberico Gentili (Oxford) in una controversia legale tra il St. John's College (Cambridge) e il Trinity College (Cambridge)*, in *Alberico Gentili. La soluzione pacifica delle controversie internazionali. Atti del Convegno. Nona Giornata Gentiliana, (San Ginesio, 29-30 settembre 2000)*, Milano, Giuffrè, 2003 (Centro Internazionale di Studi Gentiliani), pp. 179-200; Id., *Alberico Gentili e il rinnovamento del diritto pubblico nella tradizione dello ius commune*, in *Alberico Gentili (San Ginesio 1552 - Londra 1608). Atti dei Convegni nel quarto centenario della morte. II. (San Ginesio, 11-12-13 settembre 2008; Oxford e Londra, 5-6 giugno 2008; Napoli l'Orientale, 6 novembre 2007)*, Milano, Giuffrè, 2010 (Centro Internazionale di Studi Gentiliani), pp. 517-556; Id., *From Perugia to Oxford: Past and Present of Political Paradigms*, in *Alberico Gentili, la tradizione giuridica perugina e la fondazione del diritto internazionale*, a cura di F. Treggiari, Perugia, Università degli Studi, 2010, pp. 59-78; G. MINNUCCI, *Alberico Gentili tra mos italicus e mos gallicus. L'inedito Commentario Ad legem Juliam de adulteriis*, Bologna, Monduzzi editore, 2002 (Archivio per la Storia del diritto medioevale e moderno; Studi e Testi 6); *Alberico Gentili vita e opere*, a cura di P. Ragoni, San Ginesio, 2000; I. MACLEAN, *Learning and the Market Place: Essays in the History of the Early Modern Book*, Leiden, Brill, 2009 dove, alle pp. 291-337 il capitolo XI dal titolo: *Alberico Gentili. His Publishers and the Vagaries of the Book Trade between England and the Germany, 1580-1614*; Id., *Alberico Gentili, i suoi editori, e le peculiarità del commercio dei libri tra Inghilterra e Germania, 1580-1614*, in *Alberico Gentili (San Ginesio 1552 - Londra 1608). Atti dei Convegni nel quarto centenario della morte. II.*, cit., pp. 119-174; R.H. HELMHOLZ, *Alberico Gentili e il Rinascimento. La formazione giuridica in Inghilterra*, ivi, pp. 311-331; N. MALCOLM, *Alberico Gentili and the Ottomans*, in *The Roman Foundation of The Law of Nations. Alberico Gentili and the Justice of Empire*, edited by B. Kingsbury and B. Straumann, Oxford, University Press, 2010, p. 141 n. 59; D. QUAGLIONI, *Alberico Gentili: il Papato Romano e il "potere totale"*, in Id., *Machiavelli e la lingua della giurisprudenza. Una letteratura della crisi*, XI, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 199-210; A. WIJFFELS, *Alberico Gentili's Oxford lectures*, in *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Hrsg. J. Hallebeek, H. Schermaier, R. Fiori, E. Metzger, J.-P. Coriat, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2014, pp. 785-802; G. MINNUCCI, D. QUAGLIONI, *Il De papatu*

in preparazione l'edizione critica ⁽²⁾ — finalizzate ad approfondire i complessi rapporti fra il Gentili e gli ambienti accademici oxoniensi, ho ritenuto opportuno fermare l'attenzione su alcune parti del manoscritto 612, conservato nel Fondo medesimo. Ho dovuto, tra l'altro, esaminare uno specifico autografo del giurista di San Ginesio, fino ad oggi ritenuto mutilo, del quale era stato pubblicato, anche in traduzione italiana, solo qualche brevissimo stralcio ⁽³⁾. Il testo, per il suo contenuto integrale, malgrado le difficoltà talvolta derivanti da una scrittura non sempre agevole e, in qualche *additio* marginale, poco o per nulla intelligibile, appare meritevole di un'edizione critica ⁽⁴⁾, e di un commento che tenti di inquadrarne complessivamente il senso e la portata.

Occorre sottolineare, innanzitutto, che l'autografo gentiliano non è da considerare mutilo o incompleto: a causa di una affrettata rilegatura del manoscritto — evento non sporadico per gli autografi gentiliani del fondo D'Orville ⁽⁵⁾ — il testo completo risulta dalla

Romano Anticristo di Alberico Gentili (1580/1585-1591): primi appunti per l'edizione critica, in « Il Pensiero Politico », XLVII (2014), 2, pp. 145-155; G. MINNUCCI, D. QUAGLIONI, *Per l'edizione critica del « De papatu Romano Anticristo » di Alberico Gentili (1580/1585-1591)*, in *Alberico Gentili. Giustizia, Guerra, Impero*. Atti del Convegno XIV Giornata Gentiliana (San Ginesio, 24-25 settembre 2010), Milano, Giuffrè, 2014, pp. 331-345.

⁽²⁾ L'edizione è a cura mia e di Diego Quaglioni. I primissimi risultati del lavoro comune sono stati pubblicati in MINNUCCI, QUAGLIONI, *Il De papatu Romano Anticristo*, cit., pp. 145-155 e in *Per l'edizione critica*, cit., pp. 331-345. Per l'indicazione della letteratura precedente specificamente dedicata al *De papatu* cfr. *ivi*, n. 2. Ulteriori approfondimenti sono stati oggetto di una Conferenza, tenuta a San Ginesio il 19 settembre 2014, quale prodromo della XVI Giornata Gentiliana: G. MINNUCCI, D. QUAGLIONI, *Alberico Gentili fra diritto e religione. Il « De papatu Romano Anticristo »: materiali di scavo dall'edizione critica*.

⁽³⁾ PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo*, cit., pp. 75 n. 41: « I fogli relativi a questa bozza di discorso, che risulta incompleta, sono compresi nel volume 612 dei mss. D'Orville, ff. 38v-40v ». Per gli stralci trascritti si veda *ivi*, p. 75-76 e nn. 41, 43-44, nonché *Alberico Gentili vita e opere*, a cura di P. Ragoni, cit., p. 60, ove le parti tradotte.

⁽⁴⁾ Il testo, al quale ho attribuito il titolo *Alberico Gentili agli Accademici di Oxford*, è qui edito in Appendice. Per la presumibile data di redazione (*post* 12 marzo 1594) cfr. *infra*, n. 8.

⁽⁵⁾ Dopo un'attenta lettura si potrebbe sostenere, anche per questo manoscritto, quanto già rilevato per il D'Orville 608: « bound in great disorder » (cfr. A. WIJFFELS, *Alberico Gentili e Thomas Crompton. Una sfida tra un professore e un avvocato*, in *Alberico*

ricongiunzione dei ff. 38v-40av con il f. 28r che, del f. 40av, sembra indubbiamente costituire la prosecuzione ⁽⁶⁾. Ma è soprattutto il suo contenuto che appare meritevole di approfondimenti: si tratta di un testo — quasi certamente la bozza di un discorso ⁽⁷⁾ — scritto molto probabilmente poco dopo il 12 marzo 1594 ⁽⁸⁾, privo di un esplicito

Gentili consiliatore, cit., p. 46 n. 54, che cita da F. MADAN, *A Summary Catalogue of Western Manuscripts in the Bodleian Library at Oxford*, vol. 4, Oxford, 1897, p. 149).

⁽⁶⁾ Che il foglio 28r debba essere considerato come la prosecuzione dei ff. 38v-40av è dimostrato dal senso complessivo del discorso, dall'argomento oggetto del medesimo, ed anche dal fatto che in due fogli, ora separati (ff. 38v e 28r), Alberico si rivolge sempre agli « *auditores* » (cfr. *infra*, n. 7). Il Panizza aveva pubblicato un breve stralcio del f. 28r (PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo*, cit., p. 71 n. 33), senza peraltro individuarne il legame con gli altri fogli.

⁽⁷⁾ Sono le espressioni « *auditores* » e « *Nobilissimi auditores* » usate da Gentili (cfr. l'Appendice a f. 38v e a f. 28r) che inducono a ritenere il testo in esame un discorso rivolto agli *academici oxonienses* ai quali, come destinatari, il giurista di San Ginesio fa più volte rinvio (cfr. *infra*, n. 9).

⁽⁸⁾ Pur essendo privo di data, l'autografo dovrebbe essere cronologicamente collocato nel 1594. Al f. 40av vi è, infatti, un riferimento autobiografico: « *Me tamen miserum, qui annos fere triginta, hoc est ab anno ætatis duodecimo his unis litteris, totus uaco [...]* ». Essendo Alberico nato a San Ginesio il 14 gennaio 1552 (cfr., da ultimo, G. MINNUCCI, *Gentili, Alberico*, in *Dizionario Biografico dei giuristi italiani [XII-XX secolo]*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta, I, Bologna, il Mulino, 2013, p. 967), alla luce delle sue affermazioni appare evidente che il testo è stato scritto nel corso del suo quarantaduesimo anno di età, e quindi nel 1594. Un ulteriore riferimento cronologico, più generico, lo si rinviene nello stesso foglio poco più sotto: « [...] *Contemnat me? Me ille contemnat? Non me, non me, sed me exterum, eheu post decem annos exterum et jtalum contemnat [...]* » (f. 40av) a conferma che, in ogni caso, il testo è stato scritto dopo il 1590 essendo il Gentili, com'è noto, giunto in Inghilterra nel 1580 (cfr. *ivi*; per la lettura dei testi cfr. Appendice).

Alla luce del contenuto, sembra infine fortemente presumibile che il testo sia stato redatto in epoca di poco successiva alla conclusione dello scambio epistolare avvenuto tra l'8 febbraio e il 12 marzo 1594 fra Alberico Gentili e John Rainolds: una corrispondenza avviata l'anno precedente, relativa al teatro e al mendacio, cui si aggiunge un serrato scambio di opinioni sulle competenze del giurista e del teologo (cfr. più ampiamente *infra*, § 2). All'accusa di Gentili, formulata l'8 febbraio 1594, secondo la quale il Rainolds avrebbe reso pubbliche le lettere che gli aveva inviato, il teologo puritano risponde il 12 marzo, negando una sua responsabilità personale (cfr. *infra*, § 3 e n. 30). Ad Alberico, pertanto, non resta che assumere una pubblica presa di posizione a sua difesa e delle buone ragioni della *iusprudentia*, nonché di coloro che la professano, rivolgendosi proprio a quegli *academici oxonienses* ai quali, a sua insaputa, è stata fatta conoscere la corrispondenza del Rainolds a lui indirizzata.

destinatario, ma sicuramente rivolto a non meglio definiti *academici oxonienses* ⁽⁹⁾, nel quale il sanginesino svolge una lunga ed argomentata riflessione sul ruolo del giurista — senza peraltro ignorare i rapporti con le altre scienze e discipline — fondando le sue affermazioni sulla vicenda di quelle figure che, nell'antichità romana, avevano contribuito a qualificare, con la loro attività e con i loro comportamenti pubblici, la professione dei *iuris prudentes*.

Dopo la pubblicazione nel 1582 dei *De iuris interpretibus dialogi sex* — opera nella quale Alberico Gentili, attribuendo a ciascuno dei sei dialoghi il nome di un giurista classico, aveva difeso il metodo della Scuola italiana o bartolista — e dopo che, negli anni seguenti, aveva mostrato un indiscutibile avvicinamento ad alcune delle istanze dell'umanesimo giuridico ⁽¹⁰⁾, non sembrerà inopportuno tentare di comprendere, pur in presenza di un testo per sua natura particolare, quali fossero i suoi convincimenti sul tema e quali furono i motivi che lo indussero a scriverlo.

2. *Cenni sulla vicenda biografica di Alberico Gentili: la polemica con John Rainolds (1593-1594).*

Prima ancora di studiare il contenuto dell'autografo gentiliano, occorre fermare brevemente l'attenzione sulla biografia del giurista di San Ginesio. In particolare è necessario ricordare gli eventi che ne caratterizzarono la vicenda nella prima parte del soggiorno inglese, per giungere ai primi anni Novanta dell'ultima decade del XVI secolo, epoca alla quale, come si è già detto, va ricondotta la stesura del testo in esame.

Abbandonata la natia San Ginesio, esule per motivi di religione, e sfuggito all'Inquisizione verso la fine del 1579, dopo un

⁽⁹⁾ Si notino, ad esempio, le espressioni « infanda crimina, Oxonienses » e « Salve Oxoniensis academia florentissima » (f. 40av).

⁽¹⁰⁾ A questo fine rinvio ai miei contributi dal titolo *Alberico Gentili tra mos italicus e mos gallicus*, cit.; *Alberico Gentili iuris interpres della prima Età moderna*, Bologna, Monduzzi Editoriale, 2011 (Archivio per la Storia del diritto medioevale e moderno; Studi e Testi, 16) e alla bibliografia in entrambi citata.

lungo viaggio attraverso l'Europa ⁽¹¹⁾, Alberico Gentili raggiunge l'Inghilterra, insieme al padre Matteo, il 1° agosto 1580. Giunto quindi Oltremanica, grazie ai buoni uffici di Giovanni Battista Castiglione, maestro d'italiano della Regina Elisabetta, e di Toby Matthew, allora Vice-Cancelliere dell'Università di Oxford, Alberico, il 24 novembre 1580, ottiene dal conte di Leicester una lettera commendatizia presso le autorità accademiche oxoniensi: commendatizia che sortirà effetto, qualche mese più avanti, con la cooptazione del Gentili presso l'Università di Oxford, al cui ordine dei dottori viene incorporato il 6 marzo 1581 ⁽¹²⁾. Inizia così un cammino, non privo di difficoltà, che in poco più di un lustro troverà il suo punto di arrivo nella nomina a *Regius Professor di Civil Law* a Oxford (1587). Una nomina non scontata, ma profondamente avversata da più parti: molto probabilmente, dagli ambienti umanistici inglesi, i quali, a cominciare da Jean Hotman, non avevano minimamente condiviso le posizioni assunte da Gentili nella sua prima opera ⁽¹³⁾ e, sicuramente, dai teologi puritani ed in particolare

⁽¹¹⁾ Alcune delle tappe del suo peregrinare attraverso l'Europa sono ricordate dallo stesso Alberico negli appunti conservati nel ms. Oxford, Bodleian Library, D'Orville 618. Cfr. A. WIJFFELS, *Alberico Gentili e Thomas Crompton. Una sfida tra un professore e un avvocato*, in *Alberico Gentili consiliatore*, cit., p. 36 n. 33. Altri cenni autobiografici nel *De papatu Romano Antichristo* (Oxford, Bodleian Library, D'Orville 607, f. 18v: « [...] Ego, statim atque Italia exi, in Illyrio, in Germania, in Belgio, in Anglia etiam agricolas, pastores, nautas, pueros, puellas audiui canentes Deo Psalmos, Christo Hymnos ex Sanctis Bibliis, quemlibet lingua sua materna. O qualem spiritum, quales consolationes. Et unaqueque lingua laudat Dominum [...] »): testo già studiato dalla VAN DER MOLEN, *Alberico Gentili and the Development of International Law*, cit., p. 246 e da MINNUCCI, QUAGLIONI, *Il De papatu Romano Antichristo*, cit., p. 154 n. 49; MINNUCCI, QUAGLIONI, *Per l'edizione critica*, cit., p. 343 n. 49. Per ulteriori riferimenti bibliografici, e per una rappresentazione figurata della tappe compiute dal Gentili attraverso l'Europa, si veda, da ultimo, R. DESCENDRE, *Gli esuli italiani in Europa*, in *Atlante della Letteratura italiana*, ed. S. Luzzatto, G. Pedullà, II, Torino, Einaudi, 2011, pp. 269-274; in particolare, p. 271, fig. 2.

⁽¹²⁾ Su tutto il punto cfr., da ultimo, G. MINNUCCI, *Jean Hotman, Alberico Gentili, e i circoli umanistici inglesi alla fine del XVI secolo*, in *Studi di Storia del diritto medioevale e moderno*, 3, a cura di F. Liotta, Milano, Monduzzi Editoriale, 2014, pp. 206-211 e la bibliografia ivi citata.

⁽¹³⁾ Jean Hotman — che pure nel primissimo periodo di permanenza sul suolo inglese era stato amico di Alberico e di suo padre Matteo — immediatamente dopo la pubblicazione dei *Dialogi* (1582), mise in piedi una vera e propria crociata anti-

da John Rainolds al quale lo stesso Gentili, alcuni anni dopo, rammenterà, nel corso di una fitta e polemica corrispondenza, l'ostracismo del quale era stato fatto oggetto ⁽¹⁴⁾.

Ed è proprio nel contesto di questo rapporto conflittuale generatosi col Rainolds ⁽¹⁵⁾ sin dalla metà degli anni Ottanta, e

gentiliana, non solo attraverso un'ampia ed articolata corrispondenza con altri intellettuali oxoniensi e londinesi, ma anche tramite una sorta di efficace propaganda comunicativa che raggiunse, direttamente o indirettamente, i maggiori giuristi del Continente europeo (penso, ad esempio, a Bodin, al quale Hotman scrisse direttamente, e a Cuiacius al quale era stata fatta recapitare copia dei *Dialogi*). Cfr. MINNUCCI, *Jean Hotman, Alberico Gentili, e i circoli umanistici*, cit., *passim*.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Oxford, Corpus Christi College, *ms. 352*, pp. 277-278 (8 febbraio 1594): « [...] Et ego abs te, tuo more uicissim quæro, an ignores, hæc mihi uerba obiecta olim loco criminis grauissimi ne fierem regius apud uos professor? An igitur homini nunc te adiungis? esto igitur et tibi responsum, fecisse illa omnia Oxonienses, et publico, et signato testimonio, quod mihi rem carissimam adseruo: sed blanditos mihi fuisse, ut tum profitebar, et nunc profiteor. Scripsi *nescio quam*, quod est, falsam, et nullius momenti ut uos instruere grammatici potuerunt. Quid potui de me tenuius scribere? Et Jtalica tamen, Jtalica leuitate tantum peccaui isthic, ut indignissimus fuerim hoc loco, quem apud uos teneo, imo quem apud uos occupo, ut tu clarius uis semper. Et tu de illis fuisti, qui humanissimæ genti uestræ | labem illam aspersam uoluerunt inhumanitatis, dum, extero homini patere locum apud uos, indignum uociferabantur [...] ». Sul punto cfr. PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo*, cit., pp. 51 n. 74, 73 n. 38.

⁽¹⁵⁾ Su John Rainolds, sul suo drastico rifiuto della cultura italiana, sui suoi durissimi giudizi nei confronti delle opere del Pomponazzi, Machiavelli e Cardano (i cui *De sapientia libri quinque* sono peraltro citati da Gentili, ancorché una sola volta, in un'*additio* marginale, nel *De papatu Romano Antichristo*: Oxford, Bodleian Library, D'Orville 607, f. 56r: « 'Et sunt in porticu beati Michaelis Bononię picte fabulę jouis et Mercurii cum historiis Christi et uirginis mixte'. Carda. 4. de sapien. » HIERONYMI CARDANI MEDIOLANENSIS PHILOSOPHI ET MEDICI LONGE CLARISSIMI *De Sapientia libri quinque, quibus omnis humanæ vitæ casus uiuendique explicatur...*, Ameliopoli, Apud Petrum et Iacobum Chouët, 1624, p. 291), e sui suoi dissensi con Giordano Bruno e Alberico Gentili, cfr. M. CILIBERTO, *Umbra profunda. Studi su Giordano Bruno*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 1999 [Storia e Letteratura. Raccolta di Studi e Testi, 202], p. 255 e *passim*; una sintesi della carriera del Rainolds, *ivi*, p. 249 n. 39; si veda, inoltre, p. 248 nn. 36, 37. Ulteriori cenni sui rapporti fra Rainolds, Bruno e Gentili in D. PIRILLO, *'Repubblicanesimo' e tirannicidio: osservazioni su Alberico Gentili e Giordano Bruno*, in *Alberico Gentili. La salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale. Atti del Convegno. Dodicesima Giornata Gentiliana, San Ginesio, 22-23 settembre 2006*, Milano, Giuffrè, 2008 (Centro Internazionale di Studi Gentiliani), p. 283 e *passim*, e la bibliografia *ivi* citata. Si veda, infine, M. FEINGOLD, *John Rainolds*, in *The Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, University Press, 2004.

proseguito dopo la nomina di Gentili a *regius professor di civil law*, che va considerato l'autografo gentiliano del quale ci si sta occupando.

Come attesta la documentazione conservata in Inghilterra, e come numerose ricerche hanno potuto dimostrare, risale ai primi anni Novanta (1592) la polemica sugli spettacoli teatrali fra William Gager e John Rainolds ⁽¹⁶⁾: una polemica che, nel 1593-1594, diventerà durissima e che vedrà protagonista, insieme a quest'ultimo, proprio Alberico Gentili ⁽¹⁷⁾.

Il dibattito fra Gentili e Rainolds, sviluppatosi attraverso uno scambio epistolare già oggetto di studio ⁽¹⁸⁾, caratterizzato, fra

⁽¹⁶⁾ Su questa polemica si veda, da ultimo, *William Gager: the complete works, edited with a translation and commentary*, D.F. Sutton ed., New York, Garland Publishing, 1994; M.R. DI SIMONE, *Alberico Gentili e la controversia sul teatro nell'Inghilterra elisabettiana*, in *Alberico Gentili (San Ginesio 1552 - Londra 1608). Atti dei Convegni nel quarto centenario della morte*. II, cit., pp. 377-410; ivi ulteriore ampia bibliografia.

⁽¹⁷⁾ La corrispondenza Gager-Rainolds-Gentili è conservata in Oxford, Corpus Christi College, *ms.* 352. Parte di essa è stata riprodotta nel volume J. RAINOLDS, *Th'Overthrow of Stage-Playes*, Middleburg 1599, sul cui contenuto cfr. *Latin Correspondence by Alberico Gentili and John Rainolds on Academic Drama*, Translated with an Introduction by L. Markowicz (*Salzburg Studies in English Literature under the Direction of professor E.A. Stürzl; Elizabethan and Renaissance Studies*, ed. J. Hogg, Salzburg 1977), p. 7 n. 14, pubblicato anche in anastatica: *Th'Overthrow of Stage-Playes, by the way of controversy between D. Gager and D. Rainolds*, Introductory note by J.W. Binns, New York, Johnson Reprint Corporation, 1972. Si veda, inoltre, *William Gager*, D.F. Sutton ed., cit., pp. vi-ix. Le lettere fra Gentili e Rainolds risalenti al periodo 7 luglio-5 agosto 1593 (conservate nel *ms.* del Corpus Christi College sopra citato, ai ff. 183-208), sono state edite, sulla base dell'edizione a stampa, e tradotte in lingua inglese in *Latin Correspondence*, cit., pp. 16-135; mentre le altre, conservate nel medesimo *ms.* oxoniense, alle pp. 213-307, attendono ancora una acconcia edizione, e cioè:

pp. 213-219, s.d. ma *post* agosto 1593, Alberico Gentili a John Rainolds (epistola non autografa, ma copia);

pp. 221-272, del 7 gennaio 1594, John Rainolds ad Alberico Gentili;

pp. 273-290 + 292, 8 febbraio 1594, Alberico Gentili a John Rainolds (epistola autografa);

pp. 295-307, 12 marzo 1594, John Rainolds ad Alberico Gentili.

⁽¹⁸⁾ Notizia di questa documentazione in VAN DER MOLEN, *Alberico Gentili and the Development of International Law*, cit., p. 320 n. 258; PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo*, cit., pp. 59-74, che ne pubblica alcuni stralci. Su di essa si vedano, inoltre, *William Gager*, Sutton ed., cit., pp. viii-ix; B.P. LEVACK, *Law*, in *The History of the University of Oxford, IV: Seventeenth-Century Oxford*, ed. by N. Tyacke, Oxford,

l'altro, dalla vivacità polemica di alcuni passaggi ⁽¹⁹⁾, pur prendendo le mosse da temi e problemi relativi alle rappresentazioni teatrali e dalla possibilità per gli attori di assumere vesti e ruoli femminili — temi ai quali si aggiunge quello del mendacio ⁽²⁰⁾ — verte, sostanzialmente, sul ruolo del teologo e del giurista e sulle rispettive

Clarendon Press, 1997, pp. 562-563; sul tema si vedano, inoltre, VAN DER MOLEN, *Alberico Gentili and the Development of International Law*, cit., pp. 210-214 e *passim*; J.W. BINNS, *Women or Transvestites on the Elizabethan Stage?: An Oxford Controversy*, in « Sixteenth Century Journal », V (1974), 2, pp. 95-120; ID., *Diritto e Poesia nell'opera di Alberico Gentili*, in *Alberico Gentili (San Ginesio 1552 - Londra 1608). Atti dei Convegni nel Quarto centenario della morte*, II., cit., pp. 175-187; DI SIMONE, *Alberico Gentili e la controversia sul teatro nell'Inghilterra elisabettiana*, cit., ivi, pp. 377-410; M. WYATT, *The Italian Encounter with Tudor England: a Cultural Poetics of Translation*, Cambridge, University Press, 2005, p. 195 e, da ultimo, C. RAGNI, 'A Stranger, and Learned, and an Exile for Religion'. *Alberico Gentili, Shakespeare and Elizabethan England*, in *Proceedings of the 'Shakespeare and His Contemporaries'*, II, ed. by M. Roberts, Spring 2014, Florence, The British Institute in Florence, 2014, pp. 81-89, con bibliografia incompleta.

⁽¹⁹⁾ Cfr., ad esempio, Oxford, Corpus Christi College, *ms. 352*, p. 213 (s.d. ma post agosto 1593): « Ioannes Rainoldo doct. th. Albericus Gentilis. Quod maledictis tuis et inhumanitati tuæ Ioannes Rainolde responderim per maledicta, et inhumaniter, tu quidem accusare non potes, nisi facis tibi licitum maledicere, male autem te audire, me quem esse adfirmes. Tu me immodestum, confidentem, irreligiosum, architectum nequitiae et impietatis Academici dedecoris autorem, impurissimo similem principio dicis: et ego respondere non possum, horum nihil verum esse? Et te imo esse confidentissimum, qui tanta cum auctoritate reprehendis, quæ non capis? Et te argumentis meis bonis reiicere fabulas non bonas, quibus illudere pueris possis, nobis non possis? Hoc est, hoc non tribuere suum cuique: in quo stat pestis capitalior, quam si suum cuique verbo non tribuas. Etiam ne silebo, quum tu altera epistola me impudentiæ omnis, et perfidia accusas? Quum tu me unis et secus, non dabo gemitum? Et te, quod verissimum est, imperitissimum et saeuissimum, siue medicum, siue dei ministrum, siue alium quem vis esse non acclamabo? ».

⁽²⁰⁾ Oxford, Corpus Christi College, *ms. 352*, p. 273 (dell'8 febbraio 1594): « Duæ sunt quæstiones de litteris inter nos, prior de mendacio officioso, posterior de histrionibus. ad quas et aliæ, quod fit sæpe accesserunt [...] ». Temi, entrambi, che proprio alla luce della corrispondenza con Rainolds, Gentili svilupperà più avanti con la pubblicazione delle *Disputationes duae: I. De actoribus et spectatoribus fabularum non notandis; II. De abusu mendacii*, Hanoviae 1599. Alcuni passaggi, tratti da quest'opera, sono esaminati, ad esempio, da D. KNOX, *Ironia: Medieval and Renaissance Ideas on Irony*, Leiden-New York, Brill, 1989, pp. 31, 44, 55-56 e *passim* e, di recente, da N. MALCOLM, *Alberico Gentili and the Ottomans*, in *The Roman Foundation of The Law of Nations*, cit., p. 142 n. 66. Si veda, infine, PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo*, cit., pp. 77-78 e n. 47.

competenze (21). Non sembra qui opportuno soffermarsi a lungo sulla questione perché ad essa, anche chi scrive, ha dedicato alcune pagine (22). Basterà ricordare che Alberico Gentili riteneva che i teologi non fossero gli unici interpreti della Sacra Scrittura, e che la stessa — come affermava nella corrispondenza col teologo inglese — potesse essere del tutto legittimamente fatta oggetto di studio anche da parte dei giuristi, talché i testi sacri dovevano essere ritenuti comuni ad entrambe le categorie di studiosi: « [...] at moralia, et politica sacrorum librorum aut nostra existimavi, aut certe communia nobis, et theologis [...] »; « Communes sunt sacri libri; et in his, quae spectant ad secundam tabulam, nostri magis, quam vestri [...] » (23). Un punto di vista che il giurista di San Ginesio confermerà, ampliando le sue argomentazioni, nella redazione del I libro del *De nuptiis* che, com'è noto, vedrà la luce nel 1601 (24): testo nel

(21) Cfr., ad esempio, Oxford, Corpus Christi College, *ms. 352*, p. 283 *ca. fi.*-284 (8 febbraio 1594): « Supradictae quaestiones, ut dixi, traxerunt alias, et illam grauissimam, si secunda tabula legum diuinarum ad nos iurisconsultos pertineant magis, quam ad uos theologos. Aio ego, Negas tu. et quaestio est non de simplicis, et catechistica interpretatione, instructione, inculcatione; sed de grauiori, subtiliori, difficiliore, excellentiori. Et licet tu meum paradoxon absurdum dicas, meo tamen non dum respondes argumento: quod hoc fuit, Humanum ius tractant sic iurisconsulti, non theologi: Si | secunda tabula est ius humanum: ergo secundam tabulam sic tractant iurisconsulti, non theologi. Atque assumptionem ita confirmabam, quod est ius inter hominem et hominem, humanum est: sed secunda tabula hoc ius est inter hominem et hominem: ergo secunda tabula ius humanum est. Enunciatum uero hic, si ius distinguitur a iure respectu eorum inter quos est, ius humanum est, quod inter homines est: sed eo modo ius a iure distinguitur. Sic enim ius ciuile dicitur, quod ciuitas *sibi* constituit. ius gentium, quod naturalis ratio *inter omnes gentes* constituit. ut ita loquuntur iurisconsulti, non ut recitas tu. Et sic ingeniosissimus Hotomanus, dum non uidet, brutis et hominibus, inter bruta et homines ius esse, aut legem ullam, disputat contra illam definitionem iuris naturalis, *ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit*: quia ius non sit, ubi communitio non est: et nobis cum brutis nulla communitio est: nullum igitur nobis cum brutis ius: nullum igitur ius naturale. Et sic ius diuinum, a meliori parte, uocatum, quod inter deum et homines est. Haec uero si, quod facis, concedis, uideamus porro quid neges. Theologorum, ais, non est diuinum solum, nec humanum omne iurisconsultorum. At ego abs te peto, si putes, artes sic distinguere a fine et scientias a subiecto, ut qui artem unam profitetur [...] ».

(22) Cfr., da ultimo, MINNUCCI, *Alberico Gentili iuris interpres*, cit., pp. 19-60.

(23) Cfr. *Latin Correspondence*, cit., pp. 18, 38.

(24) Nel I Libro del *De nuptiis* Alberico fa riferimento a dispute avute con un teologo (« Theologus aliquando nec apte disputabat contra me hic [...] » [cfr. A. A.

quale, muovendo dalla bipartizione — già presente nell'epistolario — delle Tavole della Legge (la prima contenente i precetti divini relativi ai rapporti fra Dio e l'uomo; la seconda ai rapporti fra gli uomini), finirà per attribuire ai teologi, sommi interpreti della Sacra

GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, Hanoviae 1601, p. 21]; « Qui mecum aliquando contendebat theologus, is contra me asserebat [...] » [ivi, p. 91]) che va indiscutibilmente individuato in John Rainolds. Questi, infatti, nella corrispondenza intercorsa fra 1593 e 1594 col giurista di San Ginesio, gli aveva contestato l'affermazione, nei *Dialogi*, della non utilità della conoscenza del latino, del greco, della dialettica, della storia, scienze che, se inutili per il giurista, erano invece necessarie al teologo per la piena comprensione della Sacra Scrittura: « Quin et ipse, quum Baldum, Bartolum, Accursium, commentariis ius universum illustrasse perhibes, doces nullam partem sacrorum librorum (quid enim in Scripturas Baldus, caeterique?) vestri iuris esse. Quid? Quum contendis nullam litterarum Graecarum peritiam in iurisconsulto requiri; ex dialectica posse plurimum detrimenti et incommodi ad vos venire, nihil boni; ne historias quidem quicquam conferre: nonne sacros libros relinquis nobis integros, ad quorum cognitionem Hebraea quoque lingua, non modo Graeca, opus esse, ac historiam, et dialecticam plurium adiuvere, declarat Augustinus? Mihi vero videris hoc animo fuisse, quando, solis libris prudentiae civilis, iurisconsultus hortatus ut vacarent; id te de solis Iustinianeis libris, et horum interpretibus, Accursianis et Alciateis intelligere demonstrasti. Teque existimo, cum ius canonicum Canonistis, ut suam messem assignaris; ac eos a Legistis, a Theologis autem utrosque distinxeris; omnino, sicut illis totum corpus iuris, alteris civiles, alteris canonici; ita nobis totum corpus Bibliorum attribuendum censuisse [...] » (il testo, tratto dall'epistola di Rainolds a Gentili, è pubblicato in *Latin Correspondence*, cit., pp. 66-68).

A queste affermazioni Alberico risponderà pubblicamente nel 1601; cfr. A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., pp. 91-92: « [...] Qui mecum aliquando contendebat theologus, is contra me asserebat, quod ante annos plurimos scripsi in dialogis meis *de interpretibus iuris* (A. GENTILIS *De iuris interpretibus dialogi sex*, cit.), Bartolum, Baldum, alios nostros, qui ad ius nostrum ediderunt commentaria, dedisse tamen ad secundam legis Dei tabulam ne litteram quidem. Et illud quoque, bonum esse interpretem iuris sine linguae Latinae exquisitiori, et sine ulla Graecae, alteriusve cognitione: absque dialecticis praeceptionibus: absque notitia historiarum, aliarum artium, scientiarum, disciplinarum. Quae imo omnia in sacrorum librorum interprete desiderantur. Sed tamen vicisse olim *Albericum Gentilem* non est hinc vincere. Et de iuris Iustinianici interprete illic egi, non simpliciter de interprete iuris. Nam scripsi illico *De legationibus* (A. GENTILIS, *De legationibus, libri tres*, Londini, excudebat Thomas Vautrollerius, 1585, III.VIII-X, pp. 107-114), et mox alia pro officio quidem interpretis iuris, ut non pro iuris Iustinianici: quae non sine historiarum multa notitia, disciplinarum et linguarum aliquantulo usu exponi possunt [...] ». Su tutto il punto cfr. MINNUCCI, *Alberico Gentili iuris interpres*, cit., pp. 57-60, 173-177.

Scrittura ⁽²⁵⁾, la comprensione dei precetti divini regolatori delle azioni dell'uomo col fine esclusivo di guidarne la coscienza, mentre ai giuristi resterà il compito, anche alla luce dei precetti della Scrittura, di « definire explicate quid in quaque quaestione est iuris » ⁽²⁶⁾. Una difesa del ruolo della giurisprudenza e di chi quella disciplina professava, avviato da Gentili agli inizi degli anni Novanta del secolo XVI e completato, almeno dal suo punto di vista, all'aprirsi del nuovo secolo con toni che, nel I titolo del *De nuptiis* (1601), riecheggiano le posizioni assunte nel biennio 1593-1594 ⁽²⁷⁾.

3. *La grandezza del diritto. Astraea-Elisabetta I: simbolo della giustizia.*

La corrispondenza fra Gentili e Rainolds ⁽²⁸⁾, risalente al

⁽²⁵⁾ «Do ego theologis ius magni testimonii de Scripturis sacris omnibus. Honorem quasi praecipuis earundem adseruatoribus defero. Supremos earum adsertores facile agnosco. Nam quis censeat, si locutus sit Deus, necne, melius his, qui penitus cum Deo sunt? » (A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., p. 89). Nel I Libro del *De nuptiis*, che rappresenta, in sostanza, il punto di vista gentiliano già privatamente espresso nella corrispondenza col Rainolds (cfr. *supra*, n. 17) Alberico dà una definizione della teologia: « Theologia sermo de Deo est. qui sermo in secunda tabula non est, sed in prima. Est quidem theologia sermoque, quem enuntiat Deus. Sed sermo de se Deo ex usu, et proprie magis dictus semper est theologia. nam et multa loquitur Deus, quae non pertinet ad theologiam. Quod ipsi te theologi docent. Est theologia sapientia (rectissime neque scientiae, neque artis nomine definitur) rerum diuinarum: hoc est, de diuinitate sermo, et oratio: et de rebus, quae ad Deum ordinatae sunt. ut cuius proprium, et simpliciter obiectum, materiae sit Deus: qui per theologiam nobis se spectandum, et sapiendum exhibet. Sic suos libros quinque conficit de theologia Nazianzenus: in quibus perfectissime expolire theologorum suscepit. de Deo quaerit, quid sit Deus, de natura Dei, de trinitate, de potentia, de operibus, et similibus Dei. Sic apostolus Ioannes dictus theologus fertur: qui de Christi diuinitate scripsit diuinissime. De Deo autem, et supradictis reliquis prima tabula est. Eam tabulam theologorum esse agnoscimus. Symbolum fidei theologis ita reliquimus [...] » (*Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., pp. 41-42).

⁽²⁶⁾ Su tutto il punto cfr. MINNUCCI, *Alberico Gentili iuris interpres*, cit., pp. 50-60.

⁽²⁷⁾ Oxford, Corpus Christi College, *ms. 352*, p. 283 *ca. fi.*-284 (*supra*, n. 21).

⁽²⁸⁾ L'autorevolezza di Rainolds e la sua influenza sulle scelte dell'Università di Oxford si era sostanziata, circa dieci anni prima, in una profonda avversità nei confronti di Giordano Bruno: « Finché personaggi come Rainolds avessero avuto ruoli e responsabilità di primo piano, per Bruno a Oxford non ci sarebbe stato insomma alcuno spazio » (CILIBERTO, *Umbra profunda*, cit., p. 249). Per i rapporti di Gentili con Bruno si

1593-1594, non era rimasta racchiusa in un privato scambio epistolare: gli *academici oxonienses*, infatti, ne erano venuti a conoscenza. Lo si può dedurre non solo dal testo che ci accingiamo ad esaminare, ma anche dalla conclusione dell'epistola che Gentili aveva indirizzato al Rainolds l'8 febbraio 1594. In essa, infatti, il giurista di San Ginesio aveva contestato al teologo di Oxford di aver reso parzialmente noto il loro rapporto epistolare, mostrando in pubblico il testo delle lettere che quest'ultimo gli aveva inviato (« Tu scis, an promeritus sis, qui per academiam triumphabundus de me absente incedebas cum tuis litteris [...] ») ⁽²⁹⁾ — il che costituiva, com'è evidente, una rappresentazione di parte del dibattito in atto — e di aver tentato di metterlo in cattiva luce con un personaggio autorevolissimo come Toby Matthew, divenuto nel frattempo vescovo di Durham — col quale Gentili, sin dal suo arrivo in Inghilterra, aveva stretto una forte amicizia — recapitandogli direttamente, o facendogli pervenire, copia delle stesse *epistolae* (« [...] quas et ad D. Matthaenum miseris. testes habeo, qui eas uiderunt Oxonii in manibus tabellarii ») ⁽³⁰⁾.

veda ivi, p. 161; D. PIRILLO, *Filosofia ed eresia nell'Inghilterra del tardo Cinquecento*. Bruno, Sidney e i dissidenti religiosi italiani, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2010, pp. 9-20. Ulteriori sottolineature ed indicazioni bibliografiche, da ultimo, in MINNUCCI, *Jean Hotman, Alberico Gentili, e i circoli umanistici inglesi*, cit., pp. 225-228. Una sintesi della carriera del Rainolds in CILIBERTO, *Umbra profunda*, cit., p. 249 n. 39; si veda, inoltre, p. 248 nn. 36, 37; FEINGOLD, *John Rainolds*, in *The Oxford Dictionary*, cit.

⁽²⁹⁾ Né va dimenticato che le epistole del Rainolds erano piene di contumelie nei confronti di Gentili: motivo di più, per il giurista di San Ginesio, di elevare una vibrata protesta per averle rese pubbliche. Per una lettura più ampia dell'epistola nella quale sono elencate le accuse che il Rainolds gli aveva rivolto per iscritto (« [...] Tu me immodestum, confidentem, irreligiosum, architectum nequitiae et impietatis Academici dedecoris autorem, impurissimo similem principio dicis [...] ») cfr. *supra*, n. 19.

⁽³⁰⁾ Così scrive il Gentili l'8 febbraio 1594: « Profeitor, nonnumquam artificiose obscurare mea. Si facio, defendam me notissima auctoritate Aristotelis. at mei tamen auditores sciunt, quam frequenter dico palam, Cogitate uos, Nescio ego. Quid ut obscurem mea? ut si arguar improbae sententiae, tueri me quasi in obscuro possim? Deus hic mihi testis non facio: qui compescat calumnias hasce tuas. Eodem, pre me fero, scriptas 'exemplo' meas epistolas: quod non ita est. Volui sane esse: et scio esse, nisi in paucis. Ratas habeo utrasque. Contumeliis auxili posteriores? Tu scis, an promeritus sis, qui per academiam triumphabundus de me absente incedebas cum tuis litteris. quas et ad D. Matthaenum miseris. testes habeo, qui eas uiderunt Oxonii in manibus tabellarii. Quis misisset, nisi tu? Quid uoluisti? uirum illum mihi alienum facere, quem unum supra

Il discorso agli *academici oxonienses* ⁽³¹⁾, molti dei quali erano sicuramente legati da forti vincoli di amicizia col Rainolds ⁽³²⁾,

omnes colo, et cupio mihi benevolentem? » (Oxford, Corpus Christi College, *ms.* 352, p. 288). Nella risposta, scritta il 12 marzo successivo, il Rainolds negherà la sua responsabilità diretta: « Testes, inquis, habeo, qui eas viderunt Oxonii in manibus tabellarii: quis misisset nisi tu? Itane vero? Et opinaris virum tam insignem, tam bene de tam multis in Academia nostra meritum, tam paucos benevolos et ei gratificandi cupidos habere, ut exemplar literarum quas libenter eum lecturum suspicentur, a nemine accepturus sit, nisi ego mittam? At descripsit eas amanuensis meus: nam eius manus illa ad D. Matthaëum, cujus haec ad te. Demonstratio certior ex fide instrumentorum: nisi in Academia nostra multi scirent (ut ab amico mihi significatum est ex quo accepi tuas) cuius illae manu, non mei librarii, sint descriptae [...] » (Oxford, Corpus Christi College, *ms.* 352, p. 307). Sul punto cfr. PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo*, cit., p. 74 e n. 39 che trascrive, in parte, i testi sopra citati.

⁽³¹⁾ Nella parte in cui Alberico fa riferimento, nel suo testo (Appendice, f. 39v), alla Legge delle XII tavole, all'attività dei decemviri, e al valore di quelle leggi rispetto a quelle di Solone e Licurgo, riecheggia il *De oratore* di Cicerone (*De orat.* I.XLIII.195, 197; *infra*, n. 101): autore che Gentili cita con una inserzione marginale (« Ciceronem uestrum audistis' »), senza peraltro alcun rinvio all'opera. Il fatto che consideri Cicerone « di altri » (*uestrum*), fa presumere che il testo non sia destinato ai giuristi, ma ad altri colleghi, delle più diverse vocazioni. Fra l'altro, proprio all'inizio del discorso, contrapporrà Cicerone ai giuristi contemporanei dell'arpinate affermando che essi, « in dictione latina », non avevano nulla da invidiargli (*infra*, nel testo, a n. 35). Sulla fortuna delle opere di Cicerone cfr., ad es., L.D. GREEN, *Ciceronianism*, in *Tudor England: an Encyclopedia*, ed. A.F. Kinney, D.W. Swain, New York, Garland, 2001, pp. 137-140 e la bibliografia ivi citata, dove, a p. 138, un riferimento alla posizione di John Rainolds e degli ambienti oxoniensi circa lo studio di Cicerone nell'epoca di cui qui ci si occupa: « But Humphrey insisted that Cicero's life and morals not be imitated, even if his language was, thus weakening one of the links between language and life that originally inspired Ciceronianism. Humphreys was echoed at Oxford in lectures by John Rainolds, who declared that eloquence was twofold, both of life and of utterance: 'the second we learn from Cicero, the first from Christ'. These interests at Oxford combined with a native English aureate tradition in Latin, and both were carried over into the vernacular during the 1580s and 1590s as the literary phenomenon of Euphuism, a self-conscious fascination for linguistically balanced phrases and clauses, balanced subjects and patterns of thought, and elaborately structured sentences [...] ».

⁽³²⁾ « A Oxford [...] esisteva una 'classis', della quale facevano parte personaggi di primissimo piano di tutto il mondo puritano — da Richard West a Edward Gellibrand [...], da John Dod a John Rainolds (o Reynolds), senza alcun dubbio, insieme a Jewell e a Hooker una delle personalità più eminenti del suo tempo: grande studioso di Aristotele, di cui commenta la *Retorica*, dotato, oltretutto, di una memoria formidabile che gli consentiva di padroneggiare tutta la letteratura classica [...] » (CILIBERTO, *Umbra profunda*, cit., pp. 247-248). Non sarà inopportuno sottolineare, inoltre che, in quegli

costituisce, pertanto, la pubblica risposta del giurista di San Ginesio ai reiterati tentativi di denigrazione, compiuti ai suoi danni e della disciplina da lui professata, attraverso una parziale rappresentazione della realtà: una risposta, come sembra desumersi dall'*incipit* del documento che iniziamo a leggere, dettata dall'eloquente ed assordante silenzio che evidentemente lo circonda, e dalla necessità di rendere noto il suo pensiero in relazione al tema centrale oggetto della disputa. Un *incipit* nel quale, retoricamente, Alberico sottolinea la solitudine della sua voce, le difficoltà che ne derivano, la presumibile assenza di un qualsiasi vantaggio dall'assunzione di una netta presa di posizione⁽³³⁾ sui temi che subito dopo svilupperà:

Si reliquis silentibus omnibus res est ardua, ut unus aliquis ad dicendum prosiliat; de me quid fiet, auditores, cui in silentio hoc uestro uerba facienda sunt; quos merito defixos, et attonitos suauitate dictarum orationum magis, quam nostrum arrectos, attentosque expectatione suspicor?

La grandezza della giurisprudenza — una scienza alla quale si è dedicato sin dalla fanciullezza — che ben poco ha a che fare con l'eloquenza, non è data solo dalla frequentazione dei testi più autorevoli della scolastica del diritto comune, testi che è necessario continuare a studiare (come, ad esempio quelli di Bartolo e di Baldo per la civilistica; dell'Abate Panormitano e di Andrea Barbazza per la canonistica), ma soprattutto dalla conoscenza dei giuristi classici,

anni, ruoli importanti erano ricoperti a Oxford da alcuni di coloro che, circa dieci anni prima, erano stati i detrattori occulti di Gentili nel corso della campagna imbastita contro di lui da Jean Hotman, come Henry Cuffe, professore di greco, M.A. Fellow del Merton nel 1590 e nel 1594, o come Thomas Savile Proctor del Merton College nel 1592 il cui ben più autorevole fratello, Henry, era Head del Merton College dal 1585 (cfr. *The Oxford University Calendar 1821*, London, 1821, pp. 30, 48; *Athenae Oxonienses. An exact history of all the Writers and Bishops who have had their education in the University of Oxford, to which are added The Fasti or Annals of the Said University* by A. A. Wood, a new edition, with additions and a continuation by P. Bliss, 2, London, 1815 [rist. New York, 1967], coll. 257, 266). Thomas Savile, fra l'altro, avrà ottimi rapporti proprio con John Rainolds (cfr. E.R. HOLLOWAY III, *Andrew Melville and Humanism in Renaissance Scotland, 1545-1622*, Leiden-Boston, Brill, 2011 [Studies in the history of Christian Traditions, 154], pp. 217, 247). Per i malevoli giudizi espressi da Henry Cuffe e da Thomas Savile all'inizio degli anni Ottanta nei confronti di Gentili, cfr. MINNUCCI, *Jean Hotman, Alberico Gentili, e i circoli umanistici inglesi*, cit., pp. 228-236.

⁽³³⁾ Appendice, f. 38v.

vale a dire di coloro che, come Caio Aquilio Gallo, Servo Sulpicio Rufo, Gaio Trebazio Testa e Quinto Mucio Scevola, pur non essendo vocati nell'arte oratoria⁽³⁴⁾, non avevano nulla da invidiare, per la chiarezza del linguaggio (*in dictione latina*) a Cicerone, il *princeps totius Latii*⁽³⁵⁾:

Mihi 'et' a pueritia ineunte studia in hunc usque diem fuerunt, quæ pugnare uerius, quam coniunctionem cum eloquentia ullam habere uidentur. 'et' neque Bartolos, Baldos, Panormitanos, Barbatios nunc respicio: in quibus tamen habitare perpetuo nos oportet: sed ea quoque intueor lumina Aquilios, Sulpitios, Trebatios, Scæuolas: qui in dictione Latina licet nec principi cedant totius Latii, ab oratoria tamen sic sunt nudi, ut 'hoc' propemodum affectasse uideantur, ne quid artis huius in ipsorum orationem dilaberetur.

Una disciplina, quella della giurisprudenza, che Alberico descrive con toni poetici e figurativi: toni che, se in alcuni passaggi iniziali, richiamano alla mente la letteratura classica⁽³⁶⁾, si concretizzano più oltre utilizzando la figura di *Astraea*, la mitologica dea della giustizia, rappresentata con elementi esteriori essenziali e privi di ogni imbellettatura⁽³⁷⁾:

⁽³⁴⁾ Una disciplina, il diritto, che a parere di Alberico non accetta gli *ornamenta sermonis* e i *blandimenta uerborum*: «Et hæc utique disciplina est nostra, | quæ ornamenta sermonis, et blandimenta uerborum non admittit; sed simplex coactumque dicendi genus, oratoriæ rei rem alienam, uehementer efflagitat» (cfr. Appendice, ff. 38v-39r).

⁽³⁵⁾ Appendice, f. 38v. Il riferimento a Cicerone non è esplicito, ma poiché i quattro giuristi ai quali Gentili fa riferimento sono tutti contemporanei dell'arpinate, e a lui legati da vincoli, è fortemente presumibile che il giurista di San Ginesio facesse riferimento proprio a lui.

⁽³⁶⁾ Appendice, f. 39r: «Nostra hæc summa sua, ac prope diuina pulcritudine contenta, rerumque præterea grauissimarum intenta studiis, dum se concinnet, et ornet, nullam facere temporis iacturam patitur. Nodus huic unus aureos crines obligat, non nodat aurum, non errores illi, et mille uolumina fingunt, mille simul quos gemmarum flores consperserunt. Nudæ opes naturæ decoro in uultu nostræ uirginis ostentatur, non fucatae genæ, 'non picti oculi', non uniones de auribus (Seneca *De Benef.*, VII.9) 'quos suis contra emeret Cleopatra libens', non de collo monilia, in quibus insit, quicquid cupidis spectandum oculis uniuersus exhibere diues Oriens potest».

⁽³⁷⁾ Cfr. Appendice, f. 39r. Il riferimento a Crotone («quam Crotone nobilissimus pictor pluribus ex præstantibus formis expressit nudam») come luogo nel quale Astraea sarebbe stata dipinta fa pensare all'episodio di Zeusi di Eraclea narrato da Cicerone nel *De inventione* (II.1-2). Un'immagine analoga era già stata utilizzata da Gentili nella *Commentatio ad l. III C. de professoribus et medicis*: «Et non fuit pictor

Nuda hæc manus candidas, nuda pectus honestum. et nuda illa, Astræa, hæc nostra, quam Crotone nobilissimus pictor pluribus ex præstantibus formis expressit nudam. Abest hic cingulum Veneris. non uidetis uestem uersicolorem, [picturatum margaritis illusam]; clauis aureis, et argenteis, undique contextam, et coruscantem. rosam, nardum non sentitis, et unguenta reliqua, quibus oratoria blanditurque sibi, et aliis arridere maxime solet.

La figlia di Zeus e Themis, simbolo della giustizia, che avrebbe abitato la terra nell'età dell'oro per lasciarla in quella del ferro, sarebbe ridiscesa sulla terra, secondo Virgilio, con il ritorno dell'età di Saturno ⁽³⁸⁾: un passo, quello virgiliano, parafrasato nel Purgatorio dantesco ⁽³⁹⁾, dal quale il Sommo Poeta avrebbe tratto ispirazione, anche nella Monarchia ⁽⁴⁰⁾, e nelle Epistole ⁽⁴¹⁾.

Non è possibile desumere dal testo — un testo sostanzialmente d'occasione e quindi privo, salvo rarissime eccezioni, di espliciti apigli autoritativi — se Alberico avesse sott'occhio le opere di Virgilio o di Dante Alighieri: opere che, in ogni caso, non erano assolutamente estranee alla sua frequentazione ⁽⁴²⁾. In ogni caso non si può non

utique Apelles minus in Alexandro exprimendo, quam fuerit Zeusis in concinnanda Iunone Crotoniata: quicquid ille certi hominis imaginem, iste formam nullibi visam effinxerit » (cfr. l'edizione critica dell'opera in J.W. BINNS, *Alberico Gentili in Defense of Poetry and Acting*, in « Studies in the Renaissance », 19 [1972], p. 231 a n. 12), dove però il riferimento è a Giunone. Su Astrea nell'età del diritto comune classico cfr. E. H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton, University Press, 1997, p. 101 n. 41, con rinvio a Baldo degli Ubaldi, *In Decretales X. 1.6.34 (Venerabilem)* nu. 13 (*rectius* nu. 10): « [...] dicit Ugutio quod Astræa, id est, iustitia que de coelo descendit, dicta est ab astris, id est, a stellis, quia lumen suum naturaliter communicat universæ creaturæ [...] ».

⁽³⁸⁾ « Magnus ab integro sæclorum nascitur ordo. / iam redit et Virgo, redeunt Saturnia regna, / iam nova progenies caelo demittitur alto » (*Eclogæ*, IV.5-7).

⁽³⁹⁾ « Facesti come quei che va di notte, / che porta il lume dietro e sé non giova, / ma dopo sé fa le persone dotte, / quando dicesti: 'Secol si rinova; / torna giustizia e primo tempo umano, / e progenie scende da ciel nova' » (*Pg.*, XXII.67-72).

⁽⁴⁰⁾ « 'Virgo' nanque vocabatur iustitia, quam etiam 'Astræam' vocabant; 'Saturnia regna' dicebant optima tempora, que etiam 'aurea' nuncupabant » (*Mn.*, LXI.1). Su tutto il punto cfr. DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*, a cura di D. Quagliani, in DANTE ALIGHIERI, *Opere*, edizione diretta da M. Santagata, II, Milano, Mondadori, 2014, p. 977.

⁽⁴¹⁾ *Ep.*, VII.1; XI.7; per le *Epistole*, a cura di C. Villa, cfr. *ivi*, pp. 1465-1466, 1484-1485.

⁽⁴²⁾ Per Dante si può qui ricordare che la prima *additio* al *De papatu Romano Anticristo* (Oxford, Bodleian Library, D'Orville 607, f. 1r) è costituita da una terzina apocalittica (« Dante nell'infer. cap. 19. / Di uoi Pastor s'accorse il Vangelista / quando

sottolineare come, grazie a studi specificamente dedicati al tema, si sia ormai definitivamente accertato che, in Inghilterra, in epoca elisabetiana, Astraea costituisca il simbolo della Regina, con riferimento, in special modo, alla prospettiva virgiliana: Elisabetta I sarebbe stata immaginata come Astraea tornata sulla terra per dare avvio ad una nuova età dell'oro⁽⁴³⁾. È molto plausibile pertanto che Alberico, nel riferirsi ad Astraea (*Astræa hæc nostra*), come simbolo della giustizia, intendesse far riferimento proprio alla regina Elisabetta, a colei cioè che, quasi alla fine del testo, invocherà con queste parole « Salue, decus principum Elizabetha regina, uiue, uale, uince, regna »⁽⁴⁴⁾.

colei che siede sopra l'acque / Puttanegiar co i regi a lui fu uista/ ». *Inf.*, 19.106-108); cfr. QUAGLIONI, *Alberico Gentili: il Papato Romano e il "potere totale"*, cit., p. 203 n. 10 e, da ultimo, MINNUCCI, QUAGLIONI, *Il De papatu Romano Antichristo*, cit., p. 148, dove si dimostra che l'opera fu un *work in progress* alla quale il giurista di San Ginesio stava ancora attendendo dopo il 1591 (ivi, pp. 153-155). Si veda, inoltre, MINNUCCI, QUAGLIONI, *Per l'edizione critica*, cit., pp. 336-342. Al Sommo Poeta, inoltre, il giurista di San Ginesio fa riferimento verso la fine della sua opera anti-romana (Oxford, Bodleian Library, D'Orville 607, f. 92v: « Ex Dante etiam multa essent referenda, sed iam nimis crescit Assertio; obsecro, lector uideat eius poemata »). Per Virgilio si può sottolineare che le sue opere sono sicuramente citate, ancorché non esplicitamente, in questo testo (cfr. Appendice, nn. 107, 109, 128) e che Gentili dedicherà al grande poeta latino uno studio specifico: *Lectiones Virgilianæ variae Liber*, Hanoviae, apud Guilielmum Antonium, 1603). Per l'uso da parte di Alberico Gentili delle opere di Virgilio e di altri poeti cfr., da ultimo, C.N. WARREN, *Gentili, the Poets and the Laws of War*, in *The Roman Foundation of The Law of Nations*, cit., pp. 146-162.

⁽⁴³⁾ Cfr. F.A. YATES, *Astræa: The Imperial Theme in the Sixteenth Century*, London, Routledge, 1999², in particolare pp. 29-87 dal titolo: « II part. The Tudor Imperial Reform. Queen Elizabeth I as Astræa »; si veda, inoltre, M.C. STOCKER, *Astræa*, in *The Spenser Encyclopedia*, Toronto, University Press, 1990, p. 72.

⁽⁴⁴⁾ Appendice, f. 40av. La vera e propria venerazione nutrita dal Gentili nei confronti della Regina Elisabetta è attestata da un sonetto, annotato nella minuta di una lettera autografa indirizzata al padre Matteo, scritta in latino e in volgare, nella quale Alberico si sofferma su un passo del *De libero arbitrio* di Agostino (III.21.59, PL 32, col. 1299): lettera meritevole di maggiori approfondimenti attraverso uno studio specifico, attualmente in corso. Eccone uno stralcio, nella parte scritta in volgare, con la riproduzione integrale del sonetto: « [...] Io arriuai benissimo, e / sto benissimo. desidero hauer lettere da uoi per sa/perere di uoi. perche adesso ch'io son lontano / temo di uoi e tanto piu, che intendo che la peste / è cresciuta questa settimana. Sia facta la uolontà / del Signore. Io penso di ritornare per giouedi a octo. / Legete questo sonetto racconcio, e scriuetime se ci co/gnosceate cosa del uostro /

4. *Le fonti: il Liber singularis enchiridii di Pomponio (Dig. 1.2.2), le Iuris consultorum vitae di Bernardino Rutilio, la ulteriore letteratura umanistica e quella classica (Virgilio e Cicerone).*

Tralasciando la successiva parte iniziale del testo qui edito in Appendice, che risente di un approccio retorico indubbiamente finalizzato sia ad elevare il tono complessivo del discorso, sia a dimostrare una conoscenza non sommaria della classicità letteraria ed artistica — in ciò potendosi ravvisare un approccio di tipo umanistico al tema — occorre fermare l'attenzione, per i fini di questo scritto, alle ampie argomentazioni che Alberico, nella parte centrale del suo testo, dedica ai giuristi dell'antichità romana, la memoria dei quali, per il loro impegno *civile*, sarà destinata a restare imperitura; è a loro, e ai loro meriti, che Alberico Gentili dedica un'ampia ed articolata illustrazione ⁽⁴⁵⁾.

Figlia del grande Arrigo Elisa grande, / ch'empì della tua gloria, e illustri il mondo, / Volgi la terra immensa, e il mar profondo, / E quanto sopra al mar s'aggira, e spande. / Aurati fregi a te, sacre ghirlande / Tesse Ossonia al tuo nome, e il dì giocondo / Di tua uenuta in chiaro suon facondo / Sì segna, che la uoce al Ciel ne mande. / Et io, che da tempeste aspri e mortali / Cacciato, peregrin qui aggiunsi in porto, / E qui spiro, e qui uiuo tuo deuoto: / Già che di care merci orientali, / o di Parnaso a te nulla riporto / Di te degno, ti sacro l'alma in uoto. / Altro non so di che scriuere, al ritorno, piacendo a dio, ui / dirò tutte le grandezze. State sano. D'Oxford / il dì 18 di settembre. / Alberico figliuol uostro. /

Di gratia scriuete mi e giouedi, e sabato. accio / io stia tanto piu (se piace a dio) consolato di / uoi altri. di gratia non malate. et ri/guardate ui del medicare. et habbiate mi cura / a Roberto » (Oxford, Bodleian Library, D'Orville 617, f. 60r-61r).

La lettera è del 18 settembre di anno incerto. Poiché, com'è noto, il figlio Roberto, esplicitamente rammentato da Alberico, era nato l'11 settembre 1590 (cfr. A. WIJFFELS, *Alberico Gentili, padre e giurista*, in *Alberico Gentili consiliatore*, cit., p. 138), se ne deduce che il testo è stato indiscutibilmente scritto dopo questa data. In ragione del fatto che il giurista non fa riferimento ad alcuno degli altri figli (la seconda, Anna, nasce il 31 marzo 1595), è presumibile che la lettera debba essere cronologicamente compresa fra il 1592 e il 1594 anno nel quale, come può leggersi in qualsiasi biografia shakespeariana, cessa la pestilenza che aveva colpito Londra da ben due anni: un evento al quale Alberico fa cenno perché preoccupato per la salute del padre, medico il quale, per la sua attività professionale, veniva certamente in contatto con coloro che erano stati colpiti dall'epidemia.

⁽⁴⁵⁾ Appendice, ff. 39v-40ar. Di questo tema Alberico si era già occupato nel cap. III. del *Lectio num et epistolarum quae ad ius ciuile pertinent liber III*, Londini, excudebat Ionnes Wolfius, 1584, pp. 165-175. Già dal titolo del capitolo (« Nomina

Ad una primissima lettura appare evidente come il testo gentiliano segua, quasi pedissequamente, la serie dei giuristi conservata nel *Liber singularis enchiridii* di Pomponio riprodotta nel Digesto da 1.2.2.36 a 1.2.2.53 (« De origine iuris et omnium magistratum et successione prudentium ») ⁽⁴⁶⁾, con l'aggiunta, nella parte finale, di alcune righe dedicate a Papiniano e Ulpiano. Dal punto di vista del contenuto, pur risultando ispirate al testo pomponiano, le notizie e le considerazioni elaborate dal giurista di San Ginesio — con l'eccezione di alcune parti, indubbiamente frutto della riflessione personale sulle quali più oltre ci si soffermerà — potrebbero dipendere, in ragione di talune peculiarità, dalla lettura di altre opere.

Nell'età in cui si affermava compiutamente l'umanesimo giuridico era ormai ampiamente sentita, e da lungo tempo, la necessità di approfondire, sulla base dei testi classici, anche quelle parti del *Corpus iuris* che costituivano una pura e semplice testimonianza storica. Il testo di Pomponio, pertanto, poteva rappresentare la fonte, da integrare e correggere sulla base di una letteratura classica talvolta contraddittoria, alla quale si poteva far ricorso per ricostruire la successione degli *iuris prudentes* dell'antichità romana, sia nell'ambito di un più generale *Commento* al Digesto (ad esempio Girolamo Cagnoli ⁽⁴⁷⁾ o il grande Jacques Cujas ⁽⁴⁸⁾), sia in occasione di specifici tentativi di ricostruzione storica del diritto romano

quorundam iuris auctorum, qui nec in l. 2. de orig. iu. nec in eorum catalogo nominantur, ex quibus Pandectae compositae dicuntur ») si comprende che il riferimento è ai giuristi che sono ignorati nel *Liber singularis enchiridii* di Pomponio di cui al *Dig.* 1.2.2: testo, quest'ultimo, al quale il Gentili fa implicitamente rinvio nel discorso qui edito. Sul punto cfr. *infra*, n. 46 e tutto il presente paragrafo.

⁽⁴⁶⁾ Nel testo, edito in Appendice, il riferimento da parte di Gentili ai giuristi indicati nel *Liber singularis enchiridii Pomponii* è stato evidenziato con il richiamo, in nota, dei corrispondenti passi del Digesto. Sul testo di Pomponio cfr., da ultimo, E. STOLFI, 'Plurima innovare instituit'. *Spunti esegetici intorno al confronto tra Labeone e Capitone in D. 1.2.2.47 (Pomp. Lib. Sing. Ench.)*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, I, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 57-95; G. FINAZZI, *Intorno a Pomp. ench. D. 1,2,2,43*, in *Inter cives necnon peregrinos*, cit., pp. 219-239, e l'ampia bibliografia in entrambi citata.

⁽⁴⁷⁾ HIERONYMI CAGNOLI *Opera omnia in treis tomos distributa*, I, Lugduni, apud heredes Iacobi Iuntae, 1569, pp. 97-169: « ad l. i. et ii. ff. de origine iuris ».

⁽⁴⁸⁾ JACOBI CUJACII *Commentarius ad titulos Digestorum, Ad tit. de origine iuris*, in *Opera*, Pars prior, I, Venetiis, 1758, coll. 775-796.

(come, ad esempio, Aymar du Rivail ⁽⁴⁹⁾), sia in opere specificamente dedicate a quel titolo di Pomponio (come Valentinus Forsterius ⁽⁵⁰⁾, Antonius Garro ⁽⁵¹⁾, Georgius Eberlin ⁽⁵²⁾) sia, infine, in testi esplicitamente dedicati alla vita ed alle opere degli antichi giureconsulti (come, ad esempio, le opere di Bernardinus Rutilius ⁽⁵³⁾, Catellianus Cotta ⁽⁵⁴⁾, Thomas Diplovatatus ⁽⁵⁵⁾). Alberico, pertanto, per scrivere il suo testo, avrebbe potuto abbeverarsi a opere di questo tipo, a meno che non avesse determinato di utilizzare direttamente le fonti della letteratura classica dalle quali trarre le notizie ritenute utili: operazione più complessa e difficoltosa, e quasi sicuramente, vista la natura dello scritto, sostanzialmente superflua. Ed è forse proprio a qualcuna delle opere sopra indicate che Alberico può aver fatto riferimento ancorché in maniera non esplicita, avuto particolare riguardo a quelle che, seguendo la successione pomponiana, ne avessero arricchito il corredo di notizie.

Da un esame non sommario ⁽⁵⁶⁾ si può affermare che il testo

⁽⁴⁹⁾ AYMARI RIVALLII *Libri de historia iuris civilis et pontificii*, Venundantur Valentie in biblioteca Ludouici Oliuelli bibliopole Uniuersitatis Valen. iurati, 1551 (e in *Tractatus Universi Iuris*, Venetiis, 1583, I, cc. 1-25va).

⁽⁵⁰⁾ VALENTINI FORSTERI *De historia iuris civilis romani libri tres*, Aureliae Allobrogorum, excudebat Ioannes Arnoldus, 1609 (e in *Tractatus Universi Iuris*, I, cit., cc. 25vb-58vb).

⁽⁵¹⁾ ANTONII GARRONIS *In titulum Pomponii De origine iuris elegantissima atque eruditissima Commentaria*, Basileae, 1543.

⁽⁵²⁾ *In titulum Digestorum De origine iuris et omnium Magistratum, et successione prudentium explicatio*, auctore GEORGIO EBERLINO, Henricopoli, 1592.

⁽⁵³⁾ *Iuris Consultorum vitae, nouissime elimatae, et mendis non paucis, quibus scatebant, repurgatae*, BERNARDINO RUTILIO autore, Lugduni, apud Germanum Rose, 1538 (e in *Tractatus Universi Iuris*, I, cit., cc. 139va-156ra).

⁽⁵⁴⁾ CATELLIANI COTTAE *Memoralia*, « De iurisperitis ». Lugduni, apud Antonium de Harsy, 1573 (e in *Tractatus Universi Iuris*, I, cit., cc. 137va-139va; GUIDI PANZIROLI *De claris legum interpretibus libri quatuor*, accessere... CATELLIANI COTTAE *Recensio brevis insignium juris interpretibus et doctorum...*, cur. D.C.G. Hoffmanni, Lipsiae, 1721).

⁽⁵⁵⁾ TH. DIPLOVATIUS, *De claris iuris consultis*, hrsg. von H. Kantorowicz, F. Schulz, I, Berlin-Leipzig, 1919.

⁽⁵⁶⁾ Preciso subito che, sulla base del testo gentiliano, sembra da escludersi l'uso delle opere di Cuiacio, di Aymar du Rivail e del Cagnoli. Né sembra presumibile, ad esempio, per la conformazione dell'opera, la lettura da parte di Gentili di ANTONII AUGUSTINI *De familiis romanorum liber singularis*, in *Opera*, VIII, Lucae, 1774, pp.

gentiliano non sembra dipendere direttamente, sotto il profilo delle espressioni verbali utilizzate, da qualcuna delle opere sopra elencate, mentre sotto il profilo del contenuto si ha la sensazione che molte delle notizie le abbia probabilmente tratte dalle *Iuris consultorum vitae* di Bernardino Rutilio: testo che, per come era stato concepito — vale a dire come un vero e proprio elenco di « voci » — sarebbe stato di più semplice consultazione. Infatti, se si procede all'esame della vicenda di ogni singolo giurista, così come risulta illustrata nel manoscritto gentiliano, si possono rilevare alcune peculiarità: il *Centemmanus* riferito ad Appio Claudio, che si rinviene in Pomponio (*Dig.* 1.2.2.36), non viene utilizzato né da Gentili né da Bernardino Rutilio ⁽⁵⁷⁾; di Sempronio e dell'appellativo attribuitogli di σοφόν, usato da Gentili, non ho trovato notizia né in Garro ⁽⁵⁸⁾ né in Cotta ⁽⁵⁹⁾ (quest'ultimo, fra l'altro, viene spesso corretto proprio da Rutilio che invece vi fa cenno ⁽⁶⁰⁾); l'appellativo *Corculus*, assente in Pomponio, viene invece utilizzato da Rutilio ⁽⁶¹⁾, oltreché da Garro ⁽⁶²⁾ e da Eberlin ⁽⁶³⁾, ma non da Valentinus Forsterius ⁽⁶⁴⁾; l'espressione *sapientiae cognomen*, così simile al *sapientis cognomen* utilizzato da Gentili si rinviene unicamente in Rutilio ⁽⁶⁵⁾. Solo

245-308. Per questa parte del testo gentiliano, poiché non vi sono citazioni o connessioni letterali più che certe a passi della ulteriore letteratura umanistica esaminata, ho ritenuto opportuno, nel predisporre l'edizione critica in Appendice, limitare i riferimenti in apparato ai frammenti del *Dig.* 1.2.2. o ai brani dei testi classici individuati con certezza. Del presumibile uso da parte di Gentili della letteratura umanistica si dà notizia nelle note seguenti.

⁽⁵⁷⁾ *Iuris Consultorum vitae...* BERNARDINO RUTILIO autore, cit., pp. 27-42.

⁽⁵⁸⁾ ANTONII GARRONIS *In titulum Pomponii*, cit., p. 55, che omette di commentare il testo di *Dig.* 1.2.2.37 ove il riferimento a Sempronio.

⁽⁵⁹⁾ CATELLIANI COTTAE *Memorialia*, cit., pp. 500-501, che ugualmente omette di soffermarsi su *Dig.* 1.2.2.37.

⁽⁶⁰⁾ « Hinc igitur ortus P. Sempronius longus, quem Populus Ro. primum graeco sapientiae nomine Sophum appellavit » (*Iuris Consultorum vitae...* BERNARDINO RUTILIO autore, cit., p. 43).

⁽⁶¹⁾ *Iuris Consultorum vitae...* BERNARDINO RUTILIO autore, cit., pp. 82-99, in part. p. 95.

⁽⁶²⁾ ANTONII GARRONIS *In titulum Pomponii*, cit., p. 56.

⁽⁶³⁾ *In titulum Digestorum De origine iuris...* auctore GEORGIO EBERLINO, cit., p. 281.

⁽⁶⁴⁾ VALENTINI FORSTERI *De historia iuris civilis*, cit., p. 268.

⁽⁶⁵⁾ *Iuris Consultorum vitae...*, BERNARDINO RUTILIO autore, cit., p. 43.

alcune piccole particolarità che fanno propendere per l'ipotesi che Alberico Gentili abbia utilizzato soprattutto le *Iurisconsultorum vitae* del Rutilio, che certamente erano a lui ben note, abbeverandosi, però, anche ad altre opere ⁽⁶⁶⁾.

Il testo gentiliano riserva, infatti, altre sorprese. L'espressione riferita a Elio Sesto (*egregie cordatus homo Catus Aelius Sextus*) ⁽⁶⁷⁾ che non si rinviene in Pomponio, il quale fa un semplice riferimento alla *laudatio* di quest'ultimo da parte di Ennio (*Sextum Aelium etiam Ennius laudavit, Dig. 1.2.2.38*), è riprodotta in quasi tutta la letteratura esaminata (Rutilio, Forsterius, Garro, Eberlin) ⁽⁶⁸⁾. Solo gli ultimi due fanno anche esplicito rinvio al fatto che di ciò fa memoria anche Cicerone nel *De oratore* (I.XLV.198): tutto questo non è ignorato da Gentili che annota, in margine, salvo successivamente cancellarlo, un riferimento esplicito al I libro dell'opera dell'arpinate ([Cic. lib. i. de orat.]) ⁽⁶⁹⁾. Pertanto, se si volesse escludere che la citazione di Cicerone derivi da una diretta lettura del passo da parte di Alberico Gentili, si potrebbe presumere che egli abbia tratto la notizia dalla ulteriore letteratura cinquecentesca, il che ci porta a concludere che non risulta possibile accertare, oltre che a Rutilio, a quale delle fonti sopra indicate il giurista di San Ginesio si sia

⁽⁶⁶⁾ Che Gentili conoscesse l'opera di Rutilio è attestato da una sua annotazione nel medesimo manoscritto dove è conservato il nostro testo (Oxford, Bodleian Library, D'Orville 612, f. 129r *in.*: «[...] Bernardinus Rutilius Coloniensis scripsit uitae J. C. ueterum [...]»). Su Bernardino Rutilio si vedano: *De' letterati Colognesi che fiorirono, nel secolo sedicesimo, Dissertazione di Giovambattista Sabbioni, da Colonia*, s. l., 1736, pp. 3-55: «Cap. I. Di Bernardino Rutilio»; M. DANZI, *La biblioteca del cardinal Pietro Bembo*, Genève, Droz, 2005, pp. 118-119. Per una epistola del Budeo al Rutilio cfr. M.-H. LAURENT, *Guillaume Budé et le "De oratore" de Cicéron*, in «Mélanges d'archéologie et d'histoire», 64 (1952), pp. 239-247. Circa l'uso probabile di altri testi si noti, ad esempio, nel passo relativo a Coruncanio (Appendice, f. 39v), che Gentili afferma «qui profectus ad gentes efferas legatus in officium patrię obiit»: notizia, assente dal testo pomponiano, che ho rinvenuto in Garro (ANTONII GARRONIS *In titulum Pomponii*, cit., p. 54: «Interfectus fuit in legatione ab Teusa Illyricorum regina ut lib. 34. Plinius inquit»).

⁽⁶⁷⁾ Cicerone, *De oratore*, I.XLV.198. Su questa espressione cfr. CICERONE, *La Repubblica*, a cura di F. Nenci, Milano, Rizzoli, 2008, p. 284 n. 114.

⁽⁶⁸⁾ Cfr., rispettivamente, le pp. 77 (Rutilio), 264 (Forsterius), 58 (Garro), 291 (Eberlin). Il Diplovatio (ammesso che Gentili possa averne potuto prendere visione) considera questo passo come riferito a Quintus Elius Tubero (cfr. TH. DIPLOVATIUS, *De claris iuris consultis*, I, cit., p. 195, 30).

⁽⁶⁹⁾ Appendice, f. 40ar n. 111.

sicuramente ispirato per la redazione del suo testo: fonti umanistiche che, in almeno due casi, non sono state utilizzate, avendo Gentili fatto direttamente riferimento — e lo attesta il carattere corsivo da lui indicato con l'usuale sottolineatura — all'Eneide di Virgilio ⁽⁷⁰⁾: *Quis te magne Cato, tacitum, aut te Sexte relinquat?* (VI.841); *Secretosque pios, his dante iura Catonem* (VIII.670). Una ulteriore dimostrazione del fatto che il giurista di San Ginesio (come avrà modo di dimostrare in più occasioni), aveva ormai acquisito una profonda conoscenza della letteratura classica e che per l'esercizio della sua professione di giurista si abbeverava, oltre che ai testi classici dell'età del diritto comune, anche agli strumenti propri della letteratura umanistica.

5. *Le ragioni dello scritto di Gentili: la diffusione in ambito accademico delle epistole del Rainolds a lui indirizzate, le accuse di Trico jtalicus, Macchiauelicus, athaeus. La sua defensio.*

Le premesse storico-dottrinali dalle quali il Gentili aveva preso le mosse, tutte tese a dimostrare non solo l'importanza della giurisprudenza e di chi quella disciplina professava per il raggiungimento dell'ideale di giustizia, ma anche l'acquisizione di un vero e proprio primato nei confronti delle altre scienze — un primato che, nel corso della storia non era stato ovviamente privo di macchie — emerge nella parte successiva dello scritto ⁽⁷¹⁾:

Neque ego recenseo praetores, consules, pontifices maximos, imperatores, qui istam scientiam iuris professi sunt: quando honores illi contingere etiam turpissimo cuique potuerunt, et contigerunt saepe. 'Et insignia illa uirtutis multi etiam sine uirtute assecuti sunt'. et sunt ibi saepe, ubi uirtus non est'. Sed hos tantum dixi, qui summam uitae uirtutem ad has excolendas litteras attulerunt: aut ex hiis litteris potius uirtutis omne genus, et cultum omnem, omnemque uitae integritatem retulerunt. Neque enim reperies facile unum [aut alteram] 'atque alterum' iurisconsultum 'non reperies ullum preter Appium decemuirum, et Julianum imperatorem, utrumque cupidine illa regnandi insuperabili fructum' qui uiri boni mereri nomen non possit.

Con un *incipit* che sembra echeggiare un passo delle *Epistolae*

⁽⁷⁰⁾ Appendice, ff.39v-40ar nn. 107, 109.

⁽⁷¹⁾ Appendice, f. 40ar-v.

ad *Lucilium* di Seneca ⁽⁷²⁾ (*quando honores illi contingere etiam turpissimo cuique potuerunt*), e che successivamente si ispira, riproducendone una parte, alle *Epistolae ad familiares* di Cicerone ⁽⁷³⁾, Alberico sottolinea come gli *ornamenta virtutis* sono spesso riservati anche a coloro che non ne hanno merito, e che, nel corso della storia, vi sono stati numerosissimi giuristi i quali hanno raggiunto le più alte cariche: esse sono state ricoperte anche da coloro che non lo avrebbero meritato, ma che, malgrado ciò — ad eccezione del decemviro Appio Claudio e dell'imperatore Giuliano l'Apostata, pervasi a suo avviso dalla cupidigia del comando — costoro hanno dimostrato, nell'esercizio del potere, di essere *boni viri*. Una « bontà » nel governo dettata, più che dalle capacità personali, dalla frequentazione quotidiana del diritto e dei suoi principii ⁽⁷⁴⁾. Il

(72) SENECA, *Epistolae ad Lucilium*, XI.87.15: « Quod contemptissimo cuique contingere ac turpissimo potest bonum non est [...] ».

(73) « Et insignia illa uirtutis multi etiam sine uirtute assecuti sunt ». Il passo costituisce una inserzione annotata in margine, con segno di richiamo nel testo ed è tratto da CICERONE, *Epistolae ad familiares*, III.13.1 (Epistola ad Appio Pulcro): un autore, l'arpinate, che Gentili cita più volte. Ad esempio, nell'elenicare i giuristi indicati nella successione pomponiana Alberico soffermandosi su Servio così si esprime (f. 40ar): « Seruius, cui statua pro rostris a populo posita diutissime stetit: atque aere omni solidiore et quae facile omnes imagines, statuasque superauit », erexit alteram M. Tullius, nulla quam annorum uetustas abolebit. dico Philippicam orationem. et nec taceo Muraenianam: in qua quod est per iocum contra artem nostram effectum, id nos ante hoc tempus refutauimus [...] ». Si tratta, com'è evidente, di due opere di Cicerone, la *In M. Antonium oratio philippica* e la *Oratio pro Lucio Murena* nella quale, *per iocum*, l'arpinate si sarebbe espresso contro la dottrina dei giuristi, scherzando sulla verbosità e l'inutilità delle formule procedurali da loro create. Opera, quest'ultima, contro la quale il giurista di San Ginesio avrebbe formulato delle riserve in epoca precedente (*Id nos ante hoc tempus refutauimus*), senza peraltro indicare con precisione dove e quando le avrebbe espresse. È molto probabile che egli intendesse far riferimento ai *Dialogi*, ed in particolare al Dialogo IV (« Dialectica studia non prodesse consulto iuris et interpreti ») nel quale, in risposta ad una provocazione iniziale del fratello Quinto circa la bontà o meno della dialettica, Alberico risponde facendo riferimento a Servio e alla « Mureniana » ciceroniana: « Memineris et eorum, quae attigimus de oratorum et iurisconsultorum dissidiis. Nunc, quia iurisconsultus Seruius omnino in luce versabatur totius civitatis, quid tentat Marcus? illud scilicet fuisse non ex scientia iuris, sed ex aliis disciplinis. Tu vel Murenianam leges, cum uolueris in rem istam, et senties [...] » (A. GENTILIS *De iuris interpretibus dialogi sex*, cit., p. 129).

(74) Non così, secondo Gentili, si potrebbe dire degli *oratores*, dei filosofi e dei medici: « ut de aliis multis scilicet narrare possumus, oratores improbissimos, iniquos

diritto, infatti, nell'ottica del testo gentiliano, a differenza delle altre, è l'unica *ars* che può adempiere a questo compito ⁽⁷⁵⁾: « Sed dicant, doceant bona artes aliæ: nostra hæc est sola, quæ uiros efficere bonos potest, et solet ».

Malgrado i meriti da lui ascritti al ceto di appartenenza, la situazione personale del giurista di San Ginesio non doveva essere delle migliori. Appare evidente, infatti, che Alberico ha deciso di scrivere questo testo non solo per una *defensio* della giurisprudenza di valore esclusivamente accademico, ma anche per dimostrare che gli attacchi di cui è fatto oggetto — attacchi sui quali si soffermerà subito dopo — oltre ad essere ingiustificati, non tengono minimamente conto del valore pubblico degli studi giuridici.

Riprendendo il tono dell'affermazione iniziale del testo (*Mihi 'et' a pueritia ineunte studia in hunc usque diem fuerunt*) nella quale aveva sottolineato come, sin dalla fanciullezza, avesse iniziato lo studio del diritto — uno studio, avviato all'età di dodici anni e proseguito per i successivi trenta (*qui annos fere triginta, hoc est ab anno ætatis duodecimo his unis litteris totus uaco*) — Alberico Gentili avvia la sua riflessione conclusiva: una riflessione dalla quale emergeranno, con sufficiente chiarezza, le ragioni che lo hanno indotto ad intingere la penna nel calamaio, non solo per difendere le buone ragioni della giurisprudenza e di chi la professa, ma anche per sottolineare l'ingiustizia degli attacchi ai quali, nuovamente, viene sottoposto; attacchi che, come apparirà subito chiaro, sono a suo parere del tutto strumentali ⁽⁷⁶⁾:

Me tamen miserum, qui annos fere triginta, hoc est ab anno ætatis duodecimo his unis litteris totus uaco, et (eloquor, an sileam, me palam quidem, sed 'absentem et' non hoc de loco accusatum? eloquar, nec tempora commodiora forte an frustra expecto 'et locus hic, aptissimus mihi in perpetuum, ubi purgem omnibus, quibus cum iactata maledicta sunt, fue-

[et] philosophos 'medicos ueneficos' ». Non si comprende bene a chi Gentili intenda riferirsi con il termine *oratores*. È probabile in ragione dell'attacco che più oltre porterà ai filosofi, ai medici e ai teologi che intendesse riferirsi (visto l'uso del termine « improbissimos ») al Rainolds ed alla sua cerchia? L'ipotesi potrebbe essere sorretta anche dal fatto che Gentili, nel *De nuptiis*, definirà la teologia « sermo Dei [...] », « [...] de diuinitate sermo, et oratio [...] » (cfr. *supra*, n. 25).

⁽⁷⁵⁾ Appendice, f. 40av.

⁽⁷⁶⁾ Appendice, f. 40av.

runt, erunt⁷⁾ me miserum, qui sub potenti hac uirtutis magistra uixi semper, et sum trico jtalicus, Macchiauelicus, athaeus. infanda crimina, Oxonienses [...] Sed non ille mecum exultat religiosus. sed tricones, aut Macchiauelici non habitant mecum in tuguriolis

Trico jtalicus, Macchiauelicus, athaeus: sono queste le vere colpe che gli vengono ascritte alcune delle quali, come quelle di intrigante italiano e machiavellico, venivano spesso rivolte in alcuni ambienti d'oltremarina agli abitanti della Penisola⁽⁷⁷⁾. Ad esse Alberico risponde esplicitamente, non solo ricordando che egli è esule per motivi di religione, il che fa cadere immediatamente quella di ateismo, ma utilizzando un'espressione (« sed tricones, aut Macchiauelici non habitant mecum in tuguriolis ») sulla quale appare opportuno fermare brevemente l'attenzione, nel tentativo, molto ipotetico, di interpretare il pensiero che vi potrebbe essere sotteso.

L'espressione « sed tricones, aut Macchiauelici non habitant mecum in tuguriolis » sta letteralmente a significare che Gentili intende negare un suo comportamento intrigante. Resta però da comprendere perché egli usi l'espressione « in tuguriolis » per indi-

(77) L'accusa che viene rivolta a Gentili di *macchiauelicus* ha origine, molto probabilmente, dalla lettura del *De legationibus*, III.IX. (ma una citazione, in margine, anche in III.VIII.), dove il giurista di San Ginesio loda i *Discorsi* del pensatore fiorentino (cfr. A. GENTILIS, *De legationibus, libri tres*, cit., pp. 107-111). Sul punto cfr., da ultimo, PIRILLO, *'Repubblicanesimo' e tirannicidio*, cit., pp. 280-281, e la bibliografia ivi citata ed, infine, P. CARTA, *Gentili, Alberico*, in *Enciclopedia Machiavelliana*, Roma, Treccani, 2014, pp. 599-601, con ulteriori indicazioni bibliografiche, da integrare con la letteratura che, di recente, si è occupata del *De papatu Romano Antichristo*, e dei rapporti Gentili-Hotman che furono solo inizialmente amichevoli (cfr. *supra*, nn. 1-2, 12). Sugli atteggiamenti xenofobi cfr. M. FEINGOLD, *Giordano Bruno in England, Revisited*, in « Huntington Library Quarterly », LXVII (2004), 3, p. 330; I. MACLEAN, *Learning and the Market Place*, cit., p. 300; Id., *Alberico Gentili, i suoi editori*, cit., p. 131. Un atteggiamento critico nei confronti degli abitanti della Penisola lo si trova, circa dieci anni prima, in un'epistola di William Watkinson il quale, pur affermando che gli italiani fossero « vafri et versipelles », riteneva che Alberico Gentili non potesse essere annoverato fra costoro (cfr. MINNUCCI, *Jean Hotman, Alberico Gentili, e i circoli umanistici*, cit., pp. 237-238). È un fatto che, fra i professori oxoniensi, una posizione ferocemente critica nei confronti degli italiani la tenesse proprio John Rainolds (cfr. *supra*, n. 15). In margine al f. 40av Alberico, per difendersi dall'accusa di essere straniero, annota i nomi (alcuni dei quali assai sbiaditi e pressoché illeggibili) dei giuristi che avevano insegnato lontano dalla Patria come Ludovicus Gomesius (Luis Gómez) a Padova, Viglio Zuichemo (Wiglius van Aytta) a Pavia, Jean Hotman e Jacques Cujas (*infra*, nn. 125-126).

care i luoghi nascosti nei quali sarebbero avvenuti i presunti intrighi. Il lemma « tuguriolis » lo si rinviene, ad esempio, nei Sermoni di Giovanni Calvino sul IV capitolo di Giobbe (78), ed è finalizzato a tradurre l'espressione « domus luteas » contenute nel passo nel quale si manifesta la sfiducia di Dio nei confronti di coloro che « habitant domos luteas, qui terrenum habent fundamentum, consumuntur velut a tineas » (IV.19).

Quel capitolo conserva la visione di Elifaz: una visione relativa al giusto rapporto fra la creatura e il Creatore, talché lo stesso personaggio si domanda (IV.17) se l'uomo può essere giusto davanti a Dio, o se il mortale può essere puro di fronte al suo Fattore (« Numquid homo Dei comparatione justificabitur, aut factore suo purior erit vir? »). Una fragilità intrinseca che gli impedisce di presentarsi davanti a Dio come una persona giusta. Ma, dal punto di vista gentiliano, tutto ciò non è impedito davanti agli uomini. Nella logica del suo discorso, egli, che ha sin qui sostenuto le buone ragioni del giurista, viene accusato non solo di ateismo, ma imputato anche di essere un intrigante: ecco perché egli non abita (come l'uomo di fronte a Dio) *in tuguriolis* ma, di fronte ai suoi accusatori, si esprime in maniera del tutto aperta, come del resto dimostrerebbe proprio il documento in esame.

Le vere ragioni dal punto di vista gentiliano, sottese alle accuse che gli vengono mosse, sono individuate subito dopo (79):

Contemnat me forte is, qui ius hoc naturæ non intelligit, et iura hospitum, gratiosissima, et iudicia æquissima jous hospitalis ignorat. Contemnat me? Me ille contemnat? Non me, non me, sed me exterum, eheu post decem annos exterum, et jtalum contemnat. Ecquid 'etiam' hic respondeam [homines qui] ubi inter maledicta hoc quoque habet, quod sim jtalus? Abi iam cum tua Moria, Erasme. Non modo Hybernicus fatuus non est, si mutare cum Italo nolit: sed stultissimus etiam meo hoc accusatore Palemone sit, qui Jtalus esse uelit.

È il suo essere straniero e la mancata conoscenza da parte del suo accusatore (*is, qui*) dei principii dell'ospitalità poiché ignora del

(78) JOANNIS CALVINI *Homiliae in I Librum Samuelis, uti et Conciones in Librum Jobi*, Amstelodami, 1667, Concio XVI, ad IV.19: « Jam descendamus ad homines. Ubinam habitant? longissime a gloria illa coelesti semoti, *in tuguriolis* (corsivo mio) caducis inhabitant [...] ».

(79) Appendice, f. 40av.

tutto l'esistenza di un diritto naturale — un diritto che si fonda sull'antichità classica talché Gentili fa esplicito riferimento a *Iovis hospitalis* ⁽⁸⁰⁾ — teso a garantire l'asilo agli stranieri, il vero fondamento degli attacchi ai quali viene sottoposto. E poiché la sua italianità e il suo essere straniero sono oggetto della risposta presoché coeva, inviata a John Rainolds l'8 febbraio 1594 ⁽⁸¹⁾, per dimostrare l'ostracismo al quale era stato sottoposto fin dalla prima metà degli anni Ottanta, allorquando si era iniziato a pensare alla sua nomina a *Regius professor*, appare ovvio concludere che il suo accusatore principale fosse proprio l'autorevole teologo inglese, e che la bozza di discorso, a difesa della giurisprudenza, avesse come destinatari gli *academici oxonienses* affinché fossero loro note le vere ragioni che avevano mosso il Rainolds a scendere in campo contro di lui. Era a loro che si rivolgeva per esprimere compiutamente non solo il suo pensiero circa il valore degli studi giuridici (un valore anche politico), ma anche per far conoscere le motivazioni sottese alla disputa, motivazioni che il Rainolds aveva accuratamente tenuto celate mostrando ai colleghi solo una parte della loro corrispon-

⁽⁸⁰⁾ La letteratura classica sul tema è ampia. Poiché Gentili non fa riferimento esplicito ad alcun autore basterà qui ricordare alcuni passi di Virgilio e di Cicerone — autori ai quali in altri luoghi del testo fa espresso rinvio — che, molto probabilmente, erano da lui conosciuti: VIRGILIO, *Aen.*, I.731; CICERONE, *Pro rege Deiotaro ad C. Caesarem oratio* 18; CICERONE, *Ad Quintum fratrem* 15 (II.11[10]) nu. 3; CICERONE, *De finibus* 3.66.

⁽⁸¹⁾ All'accusa di *italica levitas* Gentili risponde con un'epistola il cui testo è in Oxford, Corpus Christi College, *ms.* 352, pp. 277-278 (cfr. *supra*, n. 14): « Et Italice tamen, Italice leuitate tantum peccaui isthic, ut indignissimus fuerim hoc loco, quem apud uos teneo, imo quem apud uos occupo, ut tu clarius uis semper. Et tu de illis fuisti, qui humanissimæ genti uestræ | labem illam aspersam uoluerunt inhumanitatis, dum, extero homini patere locum apud uos, indignum uociferabantur [...] »; la trascrizione di questo passaggio si legge anche in PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo*, cit., p. 51 n. 74; cfr. *supra*, n. 8. Inoltre, nella seconda metà del 1593, Alberico Gentili si rivolge al Rainolds imputandogli, fra l'altro, di averlo accusato di essere *irreligiosum* e *architectum nequitiae* (Oxford, Corpus Christi College, *ms.* 352, p. 213 (s.d. ma post agosto 1593); cfr. *supra*, n. 19: « Quod maledictis tuis et inhumanitati tue Ioannes Rainolde responderim per maledicta, et inhumaniter, tu quidem accusare non potes, nisi facis tibi licitum maledicere, male autem te audire, me quem esse adfirmes. Tu me immodestum, confidentem, irreligiosum, architectum nequitiae et impietatis Academici dedecoris autorem, impurissimo similem principio dicis: et ego respondere non possum, horum nihil verum esse? »): tutte accuse molto simili a quelle di *trico italicus*, *macchiauelicus* e *athæus* che ora duramente contesta. Su John Rainolds cfr. *supra*, n. 15.

denza. Una disputa, che si trascinava da tempo, fondata su dissensi scientifici, e sulla non accettazione di uno studioso straniero sulla cattedra di *civil law* dell'antica e prestigiosa Università oxfordiana (82).

Ma è soprattutto l'ultima parte del testo gentiliano che appare molto significativa (83):

Salve, decus principum Elizabetha regina, uiue, uale, uince, regna. Salue in cœlis recepta sancta Lecestrii mens. Salue Oxoniensis academia florentissima, et de me semper optime merita. uos mihi alia nomina detulistis, alia tribuistis testimonia. in his placeo mihi. 'in his laudem pono meam. in his statuo existimationem hominum de me'. in his penitus, ac totus conquiesco.

(82) Il discorso si chiude (cfr. *supra*, nel testo, a n. 79) con un riferimento all'Elogio della Follia (*Μαριίας Εγκώμιον*) di Erasmo da Rotterdam e, più in particolare, al passo nel quale si sottolinea come solo la Filautia « può assicurare per la via più breve che nessuno sia scontento [...] della propria patria, al punto che un Irlandese non vorrebbe scambiarsi con un Italiano » (cfr. ERASMO DA ROTTERDAM, *Elogio della Follia*. Edizione integrale; introd. di P. Miccoli; cura e trad. di G. D'Anna, Roma, 1995, nu. XXII). Il riferimento successivo è a Quinto Remnio Palemone, il grammatico vissuto nel I secolo d.C., citato anche da Erasmo allorquando parla dei grammatici con toni non propriamente elogiativi: « Mi limiterò a parlare soltanto di quelli che tra gli uomini hanno la nomea di essere sapienti, e vanno in cerca, come si dice, del famoso ramo d'oro. Al primo posto tra loro stanno i grammatici, che sarebbero di sicuro la categoria di uomini più disgraziata, più triste, più invisa agli dei, se non ci fossi io a mitigare gli inconvenienti di quella loro miserabile professione con un dolce genere di pazzia [...] quello però che maggiormente li rende felici è la convinzione di essere dotti. Inculcano nella testa dei ragazzi chissà quali sciocchezze, eppure, dèi buoni, quale Palemone, quale Donato non riescono a considerare inferiore a se stessi? [...] » (ivi, nu. XLIX).

(83) Appendice, ff. 40av+f.28r. Il Panizza aveva ritenuto che questo passaggio fosse da considerare come il preannuncio di un vero e proprio volontario ritiro dall'Università di Oxford, ancorché da un esame degli Atti dell'antico *Studium* non si fosse trovata traccia alcuna di dimissioni formali (PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo*, cit., pp. 76-77). Credo, però, che il fatto di aver considerato mutilo il testo (ff. 38v-40v; cfr. *supra*, n. 3), senza considerare le connessioni con la parte finale del discorso contenute nel f. 28r (cfr. *supra*, n. 6) nel quale, come si vedrà (*infra*, § 6) Alberico chiamerà a raccolta i giuristi per una difesa vittoriosa della propria disciplina (« Eia, agite filii, agite commilitones, triumphemus. militastis strenue, ordines etiam duxistis egregie, 'bellum confectum,' parta nobis uictoria, decretus triumphus est [...] »; Appendice, f. 28r), possano aver indotto il compianto studioso (e, con lui, anche coloro che ne hanno utilizzato la ricerca) a considerare il testo una sorta di addio alle autorità politiche ed accademiche e non, come è in realtà, un atto di omaggio a chi lo aveva accolto nell'Università di Oxford. Un atto di omaggio che Alberico, con toni analoghi, reitererà dieci anni dopo nelle *Laudes Academiae Oxoniensis* (*infra*, n. 85).

‘non me retexo, non muto facta. ‘non erimus regno indecores’’. et ad id redeo, quod dicebam, huiusque loci ac | temporis proprium est.

Dopo aver rivolto il suo saluto augurale alla regina Elisabetta, e dopo aver ricordato sir Robert Dudley, conte di Leicester nel frattempo deceduto (1588), uno dei suoi grandi protettori, Gentili chiama a testimoni del suo valore i professori di Oxford che nel passato lo avevano apprezzato talché, come Enea che si rivolge al re Latino, può dire di sé stesso, usando il *plurale maiestatis*, « non erimus regno indecores »⁽⁸⁴⁾. Uno straniero, dunque, che per il suo valore era stato incardinato come *regius professor* nell’antico *Studium Oxoniense*. Tema, quello di non essere considerato *civis anglus*, che riappare circa due lustri più avanti, in termini formalmente diversi, ma molto simili da un punto di vista sostanziale, nella *Laudes Academiae Oxoniensis* risalenti al 1604⁽⁸⁵⁾. Testo nel quale il Gentili rivendica, affermandolo a chiare lettere — ma sempre con un sottofondo polemico — il suo essere cittadino del Regno in ragione della permanenza più che ventennale oltremanica e della lunghissima attività di insegnamento (« Agape, qui nec concedendum mihi censes aliquid veluti Anglo; et sum tamen longissimo incolatu, annorum quattuor et viginti, Anglus certe, civis sum Anglus sane, qui in Anglia ius istud docendi et istam cathedram teneo »), invocando ancora una volta, come nel 1594, il nome di Elisabetta, nel frattempo (marzo 1603) deceduta, alla cui autorità insindacabile si sottopone, affermando metaforicamente che, solo alla luce di quel giudizio, egli può trovare finalmente pace: « Salve, in caelis regnans cum tuo Christo, cum Christo nostro, salve regina Elisabetha. Ego in iudicio tuo, in tuo nomine sanctissimo, mihi aeternum sanctissimo, hic conquiesco ». Una ricerca della pace dell’animo, attestata dal *verbum* « conquiescere », usato in entrambi i testi, quasi a dimostrazione che, ancora nel 1604, le avversità nei suoi confronti non erano del tutto cessate.

⁽⁸⁴⁾ VIRGILIO, *Aen.*, VII.231. Si noti che questa espressione fa parte di un’aggiunta marginale al marg. sin. del f. 40av, a dimostrazione che Alberico aveva cercato di migliorare il suo testo anche alla luce di citazioni classiche.

⁽⁸⁵⁾ A. GENTILI, *Lodi delle Accademie di Perugia e di Oxford*. Testo latino con versione italiana e note a cura di G. Ermini, Perugia, Libreria universitaria, 1968, da dove sono tratti tutti i passi citati nel testo (pp. 80-83).

6. *Conclusione.*

Alberico Gentili si avvia così alla conclusione del suo discorso. Rivolgendosi ai *nobilissimi auditores* con una similitudine ardita, che certamente non spicca per la modestia, assimila il suo testo al buon cibo: un cibo dal quale gli ascoltatori, che se ne giovano, potranno trarre buoni frutti ⁽⁸⁶⁾:

Nobilissimi auditores, litteræ animis nostris tales esse dicuntur, quales corporibus cibi sunt. atque ut cibus corpori ingestus si bonus sit, gignit succos bonos: ita litteræ bonæ animo illatæ fructus gratissimos, et gratiosissimos ferunt.

Ma è soprattutto la parte successiva che appare meritevole di essere ampiamente sottolineata ⁽⁸⁷⁾:

Ecce uobis disciplina nostra, Palladis iam fœcundę filia Atheniensium alumna, ciuis Romana, parens uirorum optimorum, potens uirtutis magistra. potens disciplina, leges Romanorum potentes, quas non Vandilorum, Gothorum, Longobardorum ira, et incendium extinguere per tot sæcula potuerunt. quarum uolumen repertum ante annos quadringentos in situ, et tenebris, quæ tum solæ orbem terrarum occupabant, exceptum sic est orbi uniuerso, ut quæ obtinerent tum leges aliæ omnes uolumini nobilissimo cesserint facile. et qui Romanum imperium deleuerunt funditus, hi colla legibus Romanis summiserint: uictoresque adeo uictis se se regnandos permiserint 'ut in suis legibus Romani nunc regnent non minus quam ui et armis ante annos plus mille sint dominati'.

Dopo aver ricordato come il diritto, che ha avuto origine nell'antica Grecia, si sia affermato in Roma e che, successivamente, in esito alle invasioni germaniche che avevano distrutto l'Impero, il diritto romano fosse sostanzialmente scomparso, Alberico Gentili sottolinea come, con la riscoperta in età medievale della compilazione giustiniana, quello stesso diritto si sia riaffermato: un diritto dei vinti che grazie alla forza sua propria aveva riacquisito una sua indiscutibile ed universale autorità. Da tutto ciò — e qui l'attacco è particolarmente duro — non può che derivare un primato del diritto sulle altre discipline. Un primato che — e qui sembrano rinnovarsi i temi della disputa delle arti — avrebbe dovuto indurre la filosofia,

⁽⁸⁶⁾ Appendice, f.28r.

⁽⁸⁷⁾ Appendice, f.28r.

la medicina e la teologia, a sottomettersi, tacere o applaudire di fronte alla grandezza della giurisprudenza ⁽⁸⁸⁾:

Cedunt, cedunt omnia huic nostræ arti. Cessit omnis hodie philosophia, subiecit muta medicina caput, tacita applaudit theologia. Eia, agite filii, agite commilitones, triumphemus. militastis strenue, ordines etiam duxistis egregie, 'bellum confectum,' parta nobis uictoria, decretus triumphus est. En fulge triumphalis prætexta. en palma 'gemina' corona haec est. hic currus. illa uia sacra fuit. hoc est Capitolium. ille, qui ante uos est, superest pro ueteri more, quem mactetis prius, quam uota [reddere] 'perficere' joui op<timo> max<imo> ualeatis. Faxit uerus deus, pater domini nostri Jesu Christi, ut dignitas hæc uobis ad honorem, ad commodum reip<ublicæ> et ad gloriam nominis eius procedat.

Solo pochi anni dopo, nel 1601, nel redigere il I libro del *De nuptiis (Liber I. Qui est de interprete)*, Alberico afferma, riferendosi esplicitamente ai *Dialogi* del 1582, ed a precedenti dispute avute con un teologo di cui non cita il nome, che in quella prima opera si era dato il compito *dell'interprete iuris Iustinianici* e non quello di *simpliciter interprete iuris* ⁽⁸⁹⁾, ruolo che, invece, accingendosi a scrivere la sua imponente opera sul diritto matrimoniale, intende pienamente assolvere ⁽⁹⁰⁾. Un mutamento di prospettiva dai *Dialogi* al *De nuptiis* di cui il testo in esame sembra costituire nella sostanza — e lo è indubbiamente da un punto di vista cronologico — una sorta di passaggio intermedio. Gli avversari non sono più, come nei *Dialogi*, i giuristi umanisti, alle cui idee e dottrine Alberico, negli anni successivi, spesso aderisce, e come ampiamente dimostra il nostro testo, per il richiamo continuo, talvolta implicito, alla letteratura classica. Gli avversari, ora, sono coloro che tentano di invadere il campo del diritto: l'unica *ars*, dal punto di vista gentiliano, in grado di formare « boni viri » e di contribuire sommamente — come insegna l'*incipit* del Digesto — a distinguere l'equo dall'iniquo, il giusto dall'ingiusto, e per ciò vocata a regolare con giustizia i rapporti fra gli uomini: « Nostra non est ars, recitare quid in libri

⁽⁸⁸⁾ Appendice, f.28r.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. *supra*, n. 24 e bibliografia ivi citata.

⁽⁹⁰⁾ Sul punto cfr., da ultimo, MINNUCCI, *Alberico Gentili iuris interprete*, cit., pp. 50-60, 173-182.

Iustiniani est constitutum, sed definire explicate, quid in quaque quaestione est iuris [...] »⁽⁹¹⁾.

I prodromi della disputa, cui Alberico fa cenno nel I Libro del *De nuptiis*, erano presenti nella polemica col Rainolds (l'innominato teologo al quale sicuramente intendeva far riferimento in quell'opera), alle cui argomentazioni il giurista di San Ginesio, ormai affermato *regius professor* di *civil law*, aveva puntualmente controbattuto, sia privatamente, con uno scambio epistolare intercorso per circa un biennio (1593-1594), sia con una pubblica risposta, costituita dal nostro testo. Il dibattito, infatti, si era trasferito dal chiuso della riservatezza epistolare alla aperta polemica, corredata, da parte del Rainolds, da tentativi di denigrazione dell'avversario, cui si tentava di ascrivere colpe (quelle di *trico italicus*, *macchiauelicus*, *athaeus*) funzionali a dimostrarne, non tanto la inaccettabilità delle idee, quanto la totale inaffidabilità personale. Un tentativo di diffamazione al quale non si poteva non replicare. Una risposta, come s'è visto, ampiamente illustrata sotto il profilo storico, nella quale era stata posta al centro la grandezza dei giuristi di un passato lontano: le loro opere, di cui era rimasta traccia nel *Liber singularis enchiridii* di Pomponio, grazie ai giuristi umanisti che si erano cimentati nella ricostruzione storica fondata sulla lettura dei classici, poteva essere ora meglio conosciuta.

La risposta pubblica definitiva⁽⁹²⁾, scientificamente fondata ed argomentata, giungerà nel biennio 1599-1601 con la pubblicazione del *De abusu mendacii*, del *De actoribus et spectatoribus fabularum*

⁽⁹¹⁾ A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., p. 57, passo nel quale, immediatamente dopo, viene richiamato esplicitamente, riproducendolo, *Dig.* 1.1.1. Cfr. sul punto, MINNUCCI, *Alberico Gentili iuris interpres*, cit., pp. 34n, 60, 60n, 178.

⁽⁹²⁾ Su uno dei temi oggetto della disputa col Rainolds, prima che la stessa prendesse definitivo avvio, Alberico aveva già scritto pubblicando la *Commentatio ad l. III C. de professoribus et medicis*, con dedica a Toby Matthew del 26 giugno 1593 (VI kal. iul. 1593). Cfr. ALBERICI GENTILIS *I. C. Professoris Regii Ad tit. C. de maleficis et Math. et ceter. similibus Commentarius. Item argumenti eiusdem Commentatio ad l. III C. de professoribus et medicis*, Hanoviae, apud Guilielmum Antonium, 1614. Sul punto cfr. J.W. BINNS, *Alberico Gentili in Defense of Poetry and Acting*, cit., pp. 225-226 e n. 7. L'importante contributo del Binns è corredata dall'edizione critica della *Commentatio ad l. III C. de professoribus et medicis* (pp. 229-250) e dalla traduzione in lingua inglese (pp. 250-272).

non notandis e dei *Disputationum de nuptiis libri VII*, testi nei quali Alberico Gentili svilupperà ed amplierà, sotto il profilo scientifico, le argomentazioni che aveva utilizzato nel confronto epistolare col teologo di Oxford ⁽⁹³⁾, e nei quali dimostrerà — restando pienamente fermo nei suoi convincimenti circa i rapporti fra diritto e teologia, ai quali dedicherà molte parti del I Libro del *De nuptiis* ⁽⁹⁴⁾ — di aver ormai definitivamente acquisito il convincimento che il giurista non può espletare la sua funzione interpretativa facendo esclusivamente riferimento al testo giustiniano, ma che, umanisticamente, alla luce delle conoscenze che gli derivano dalle altre discipline, deve tendere alla storicizzazione del diritto in quanto espressione nel tempo e nello spazio della razionalità che determina l'intelligente comprensione e applicazione delle norme e dell'intero ordinamento ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹³⁾ A. DE BENEDICTIS, *Gentili, Alberico*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, LIII, Roma, 1999, p. 249; PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo*, cit., p. 77.

⁽⁹⁴⁾ Cfr., da ultimo, MINNUCCI, *Alberico Gentili iuris interpretes*, cit., pp. 19-60. Si veda, infine, l'*Epistola Apologetica ad lectorem*, stampata al termine dell'opera gentiliana sul matrimonio (*Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., s.n.pp.) complessivamente meritevole di ulteriori approfondimenti, della quale sembra qui opportuno sottolineare il seguente passaggio: « Sic theologica alia multa ad nos pertinent, et plurimi propterea sunt tractatus theologici in ciuilibus libris nostris: non ut ipsa statuamus, et doceamus nos, sed ut cognoscamus tamen, et suum cuique in iisdem adtribuamus. Sic et medica multa habemus: non sane ut aegroti medicinam faciamus, verum ut intelligamus morbos tamen, et in ipsis quaestiones iustitiae, ac iuris explicemus [...] ».

⁽⁹⁵⁾ Ivi, pp. 147-182.

APPENDICE

Alberico Gentili agli Accademici di Oxford
(post 12 marzo 1594)

Oxford, D'Orville, Bodleian Library, 612, ff. 38v-40av + 28r ⁽⁹⁶⁾.

| Si reliquis silentibus omnibus 'res est ardua' ⁽⁹⁷⁾, ut unus aliquis ad f. 38v
dicendum prosiliat; de me quid fiet, auditores, cui in silentio hoc
uestro uerba facienda sunt; quos merito defixos, et attonitos suauitate
dictarum orationum magis, quam nostrum arrectos, attentosque ex-
pectatione suspicor? Mihi 'et' a pueritia ineunte studia in hunc usque
diem fuerunt, quæ pugnare uerius, quam coniunctionem cum elo-
quentia ullam habere uidentur. 'et' neque Bartolos, Baldos, Panor-
mitanos, Barbatios nunc respicio: in quibus tamen habitare perpetuo
nos oportet: sed ea quoque intueor lumina Aquilios, Sulpitios,
Treatios, Scæuolas: qui in dictione Latina licet nec principi cedant
totius Latii, ab oratoria tamen sic sunt nudi, ut 'hoc' propemodum
affectasse uideantur, ne quid artis huius in ipsorum orationem dila-
beretur.

Et hæc utique disciplina est nostra, | quæ ornamenta sermonis, et f. 39r
blandimenta uerborum non admittit; sed simplex coactumque dicendi
genus, oratoriæ rei rem alienam, uehementer efflagitat. Nostra hæc
summa sua, ac prope diuina pulcritudine contenta, rerumque præterea
grauissimarum intenta studiis, dum se concinnet, et ornet, nullam
facere temporis iacturam patitur. Nodus huic unus aureos crines

⁽⁹⁶⁾ L'edizione è stata realizzata sulla base di una riproduzione (microfilm) del manoscritto. Il testo, autografo, è scritto su una colonna; la numerazione dei fogli è annotata in alto, da una mano successiva, nel margine destro.

Per l'edizione si sono utilizzati i seguenti segni:

| cambio di foglio; ' citazioni di opere (con indicazione in nota dell'autore e del corrispondente passo); [] testo cancellato; [***] testo cancellato ed illeggibile; *** testo illeggibile per inchiostro fortemente sbiadito; <> scioglimento di parole o integrazione di testo illeggibile; (?) lettura dubitativa; ' parole aggiunte dall'autore sopra la linea o in margine con segno di *reclamatio*, ed inserite nel testo, nel luogo indicato dal Gentili.

Sono edite in nota le parole scritte in margine dall'autore, senza segno di *reclamatio*, così come quelle che, pur avendo un segno di *reclamatio*, non costituiscono integrazioni al testo. Entrambe le tipologie di annotazioni marginali sono precedute dall'indicazione *add. marg.*

⁽⁹⁷⁾ PLINIO, *Naturalis Historia*, *Prooem.*

obligat, non nodat aurum, non errores illi, et mille uolumina fingunt, mille simul quos gemmarum flores consperserunt. Nudæ opes naturæ decoro in uultu nostræ uirginis ostentantur, non fucatae genae, 'non picti oculi', 'non uniones de auribus' ⁽⁹⁸⁾ 'quos suis contra emeret Cleopatra libens', non de collo monilia, in quibus insit, quicquid cupidis spectandum oculis uniuersus exhibere diues Oriens potest. Nuda hæc manus candidas, nuda pectus honestum. et nuda illa Astræa, hæc nostra, quam Crotone nobilissimus pictor pluribus ex præstantibus formis expressit nudam. Abest hic cingulum Veneris. non uidetis uestem uersicolore, 'picturatam margaritis illusam' clauis aureis, et argenteis, undique contextam, et coruscantem. rosam, nardum non sentitis, et unguenta ⁽⁹⁹⁾ reliqua, quibus oratoria blanditurque sibi, et aliis aridere maxime solet. Affluit suis nostra copiis, et beatissima est 'suis'. Sed litem illam [Darum] dearum institui hic non optamus: nec petimus iudicium Paradis post tot sæcula rescissum esse, et Venerem uinci. Sed hoc petimus, cupimusque, et impetrari decet sane in theatro hoc sapientiæ, quod in mollibus jdæ iugis non potuit: ut quando est nemo, nisi e robore dolatus, aut e silice scalptus, qui flagranti Oratoriæ Veneris aspectu, et lenociniis non laciatur. ita uos uiros sapientes afficiat serio Pallas Minerua, et in amorem sui penitus trahat. Ea est, dea sapientiæ ea est, quæ legibus insigniuit Athēnienses, a quibus Romani acceperunt 'suas' quorum nos legislationem tenemus. O magna nomina, Pallas Athænæ, Roma. illa quidem non fictum, uanumque nunc ethnicorum numen, sed uirtutis principis planum, et uerum nomen. altera autem artium, et doctrinarum omnium magistra ciuitas. altera ciuilibus prudentiæ totius et bello et pace exemplar ad hoc æui summum, et fulgentissimum scribit acerrimi uir | iudicii Polybius ⁽¹⁰⁰⁾, esse aliorum populorum leges, quæ latæ fuerint umquam, leues præ Romanis, et pueriles. Neque id mihi est mirum, aut non uerum uobis uideri debet. si duodecim illæ tabulæ celebratissimæ ex omnibus sunt libatæ legibus, quas ubique aut erudita Græcia, aut alma Italia habebat egregias. et confectæ sunt ab his uiris, qui principem in ciuitate 'principe' locum cum doctrinæ, tum sapientiæ obtinebant. Si adhuc tamen solos decet decemuiros auctores illarum legum appellare, quas diu multumque populus cunctus inspexit propositas, excussit rogatas, et latas demum adprobauit. ut qui tali, ac tanta in copia diligendi, et in dilectum tantorum uirorum, tantique populi tanta censura nondum acta, pe-racta omnia optime, et felicissime dubitet: is proculdubio risurus sit ilico non eas modo Platonis, et Aristotelis uanas leges, et in umbra Academiæ, spatiisque, Lycæi natas, sed quas etiam Lycurgus, ac Solon, uiri in rectionibus rerump<ublicae> uersatissimi pertulerunt.

f. 39v

(98) SENECA, *De benef.*, VII.9.

(99) *add. marg.* [Caligulae, Caianas aquas Taciti (*Hist.* II, 95), Neronis, Othonis, 'uinum aloë cinnamone, croco' diuinant. Plut. q. 7. lib. 6. Sympos. (Plutarchus, *Symposiacion id est Convivialium disputationum libri novem*, VI.7) *** 15,76:1*]

(100) Polibio, *Historiae*, VI.14.

Verum ‘fremant’ [(ut ait Cicero)] ‘omnes licet, duodecim illæ tabulæ’, et nostræ omnes Romanorum leges ‘philosophorum omnium’ bibliothecis antependæ sunt. ‘Ciceronem uestrum audistis’ ⁽¹⁰¹⁾. Non istas exscripsit nobis aut delicatus Plato, aut foedus Diogenes, aut Stoicus asper, aut uoluptarius Epicureus, aut qui sophista regnum iam philosophiæ tenere uidetur, aut alius hoc de grege, qui uerborum prodigi, factorum inanissimi, gloriolæ magis suæ, quam communi commodo hominum semper consuluerunt.

Sed auctores legum nostrarum hi uiri, qui ‘uerissimis imbuti uirtutibus ea retulerunt a iudiciis hominum testimonia, quæ aliis (?) in omni saeculo, nullis ***ta sunt. et nostris meri<tis> tanta collata sunt, qui, ut ius postu<landi> ciuile nostrum’ priuata sua omnia in publicis ‘ciuium’ omnium esse perpetuo existimarunt. Claudius, qui duabus rebus maxime omnium publicis, uis, aquis urbem, et Italiam exornauit: et, quod publicæ salutis, rebusque propemodum lapsis succurrit, uictorem Pyrrhum uerbo fregit ⁽¹⁰²⁾. Sempronius, quem unum populus Romanus, probus olim uirtutum æstimator, nec blandiri largus, appellauit σοφόν ⁽¹⁰³⁾. Scipio, qui optimus a senatu optimo ‘iudicatus, et Corculus in sapientissimo illo concilio ***’ nominatus publicam meruit domum in uia sacra, ut loco esset dignissimo oraculum ciuitatis ⁽¹⁰⁴⁾. Coruncanus, qui profectus ad gentes efferas legatus mortem in officium patriæ obiit ⁽¹⁰⁵⁾. Atilius, cui sapientis cognomen delatum primo ⁽¹⁰⁶⁾. ‘Talius ac tantorum uirorum in studia assequi non uita sola horum nostrorum uirtus potuit’. *Quis te, magne Cato, tacitum, aut te Sexte relinquat?* ⁽¹⁰⁷⁾ magnus ille Cato, ‘imperator summus, summus orator, ac summus iurisconsultus’ ⁽¹⁰⁸⁾. *secretosque pios, his dante iura Catonem* ⁽¹⁰⁹⁾. Sextus ille Ælius, quem a Catone nec nomine, nec re disiunxeris, *egregie cordatus homo catus Ælius Sextus* ⁽¹¹⁰⁾. ‘Propter hanc iuris ciuilis scientiam sic appellatus a Summo poeta est’ ⁽¹¹¹⁾. Rutilius, quem iustissimum, et sanctissimum mortaliū uetera perhibent monumenta ⁽¹¹²⁾. Tubero morum non minus, quam uerborum inculpatæ antiquitatis affectator, et seruan-

f. 40ar

(101) Cfr. CICERONE, *De oratore*, I.XLIII.195, 197.

(102) Cfr. *Dig.* 1.2.2.36.

(103) Cfr. *Dig.* 1.2.2.37.

(104) Cfr. *Dig.* 1.2.2.37.

(105) Cfr. *Dig.* 1.2.2.35, 38.

(106) Cfr. *Dig.* 1.2.2.38.

(107) VIRGILIO, *Aen.*, VI.841 (« [...] quis te, magne Cato, tacitum aut te, Cosse, relinquat? [...] »).

(108) Cfr. CORNELIO NEPOTE, *Cat.* 3,1.

(109) VIRGILIO, *Aen.*, VIII.670.

(110) Cfr. *Dig.* 1.2.2.38.

(111) *add. marg.* [Cic. lib. i. de orat. (*De orat.*, I.XLV.198)].

(112) Cfr. *Dig.* 1.2.2.40.

tissimus: adeoque nec popularis 'uentosæ' auræ perstudiosus 'uenator' nec duræ 'importuniae' horrens paupertatis ⁽¹¹³⁾. Seruius, cui statua pro rostris a populo posita diutissime stetit ⁽¹¹⁴⁾: atque ære omni solidiore 'et quæ facile omnes imagines, statuasque superauit', erexit alteram M. Tullius, nulla quam annorum uetustas abolebit. dico Philippicam orationem ⁽¹¹⁵⁾. et nec taceo Murænianam ⁽¹¹⁶⁾: in qua quod est per iocum contra artem nostram effectum, id nos ante hoc tempus refutauimus ⁽¹¹⁷⁾. cetera uero de uiri uirtute huius haud parcius quam in Philippica notata, et laudata sunt? Quid memorem singulos, et historiam iurisprudentum pro oratione ⁽¹¹⁸⁾, quæ laudes legat iurisprudentiæ uobis apponam? Quid Labeonem 'et Casselium' dicam, qui sanguinarios triumuiros, et honores sibi ab illis delatos contempserunt tantum abfuit, ut de scientia isthac sacratissima cupiditatibus eorum inseruire umquam uoluerit? ⁽¹¹⁹⁾ Quid Cassium, qui exulare maluit quam aspectare Tyberium? ⁽¹²⁰⁾ Quid Neratium, cuius fidei, et integritati Traianus commendare rempublicam consueuit, et relinquere prorsus decreuerat? ⁽¹²¹⁾ Quid Papinianum iuris columnen perfectissimum, cui facilius fuit necari cum filio iam ædili, quam Getæ occisi factum excusare? Quid Ulpianum, qui optimi principis Alexandri educator, et imperii tutor toties militum facinorosissimorum iras sustinuit, et gladios tandem imbibit; ne nobilissimum illud 'alumnum' suum uitii proderet, et corruptelis? Desino numerum numerare innumerum. Neque ego recenseo prætores, consules, pontifices maximos, imperatores, qui istam scientiam iuris professi sunt: quando honores illi contingere etiam turpissimo cuique potuerunt, et contigerunt saepe ⁽¹²²⁾. 'Et insignia illa uirtutis multi etiam sine uirtute assecuti sunt' ⁽¹²³⁾. et sunt ibi saepe, ubi uirtus non est'.

Sed hos tantum dixi, qui summam uitæ uirtutem ad has excolendas litteras attulerunt: aut ex his litteris potius uirtutis omne genus, et cultum omnem, omnemque uitæ integritatem retulerunt. Neque enim reperies facile unum [aut alteram] 'atque alterum' iurisconsultum 'non reperies ullum preter Appium decemuirum, et Julianum imperatorem, utrumque cupidine illa regnandi insuperabili fructum' qui

f. 40av

⁽¹¹³⁾ Cfr. *Dig.* 1.2.2.46.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. *Dig.* 1.2.2.43.

⁽¹¹⁵⁾ CICERONE, *In M. Antonium oratio philippica*, IX.5.10-11.

⁽¹¹⁶⁾ CICERONE, *Oratio pro Lucio Murena*.

⁽¹¹⁷⁾ A. GENTILIS *De iuris interpretibus dialogi sex...*, ed. G. Astuti, p. 129.

⁽¹¹⁸⁾ *add. marg.* *** uol. 9. 40: pe.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. *Dig.* 1.2.2.45, 47.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. *Dig.* 1.2.2.51-52.

⁽¹²¹⁾ Cfr. *Dig.* 1.2.2.53.

⁽¹²²⁾ Cfr. SENECA, *Epistolae ad Lucilium*, XI.87,15.

⁽¹²³⁾ CICERONE, *Epistolae ad familiares*, III.1.13.1. (Epistola ad Appio Pulcro).

uiri boni mereri nomen non possit ⁽¹²⁴⁾. ut de aliis multos scilicet narrare possumus, oratores improbissimos, iniquos [et] philosophos "medicos ueneficos". Definitor ille uir bonus, alter uirtutis magister prædicatur "et communis auctor salutis tertius dicitur". Sed dicant, doceant bona artes aliæ: nostra hæc est sola, quæ uiros efficere bonos potest, et solet. Me tamen miserum, qui annos fere triginta, hoc est ab anno ætatis duodecimo his unis litteris totus uaco, et (eloquar, an sileam, me palam quidem, sed "absentem et" non hoc de loco accusatum? eloquar, nec tempora commodiora forte an frustra expecto "et locus hic, aptissimus mihi in perpetuum, ubi purgem omnibus, quibus cum iactata maledicta sunt, fuerunt, erunt") me miserum, qui sub potenti hac uirtutis magistra uixi semper, et sum trico jtalicus, Macchiauelicus, athæus. infanda crimina, Oxonienses, "et ad quæ patientem esse *** aures meas (?)" sed inimici uoces inhumani. Sed non ille mecum exulat religiosus, sed tricones, aut Macchiauelici non habitant mecum in tuguriolis ⁽¹²⁵⁾. sed. sed imo sileam. "nec" rependam, [***] "ut possem, homini" cumulate, "aut" efficiam[que], ut quam male dicendo, et iniustissime mentiendo cœperit uoluptatem, eam pessime audiendo uera amittat. "fruat, uoluptetur his u<lun>atibus per me absen<tem> me etiam uerberet: ut <***> totales dicebat". Neque enim "si uelim, audiat, audiat" gens, aut locus est, ubi iustæ defensionis locus non sit. Contemnat me forte is, qui ius hoc naturæ non intelligit, et iura hospitem, gratiosissima, et iudicia æquissima jouis hospitalis ignorat. Contemnat me? Me ille contemnat? Non me, non me, sed me exterum, eheu post decem annos exterum, et jtalum contemnat. Ecquid "etiam" hic respondeam [homines qui] "ubi" inter maledicta hoc quoque habet, quod sim jtalus? Abi iam cum tua Moria, Erasme ⁽¹²⁶⁾. Non modo Hybernicus fatuus non est, si mutare cum Italo nolit: sed stultissimus etiam meo hoc accusatore Palemone sit, qui Jtalus esse uelit.

Salue, decus principum Elizabetha regina, uiue, uale, uince, regna. Salue in cælis recepta sancta Lecestrii mens. Salue Oxoniensis academia florentissima, et de me semper optime merita. uos mihi alia nomina detulistis, alia tribuistis testimonia. in his placeo mihi. "in his laudem pono meam. in his statuo existimationem hominum de me". in his penitus, ac totus conquiesco ⁽¹²⁷⁾. "non me retexo, non muto

⁽¹²⁴⁾ *add. marg.* philosophi *** <fue>runt remp. quam alii *** Socratis *** patrie hospes ***.

⁽¹²⁵⁾ *add. marg.* Gomesius Hispanus professor Patauii. Viglius Belga Patauii. Hotomanus Cuiacius Galli *****.

add. marg. Wiglius uir doctissi<mus> Bonfinius Aristo*****.

⁽¹²⁶⁾ ERASMO DA ROTTERDAM *Elogio della follia (Moriae Elogium, id est stultitie laus)*: edizione integrale, introd. di P. Miccoli; cura e trad. G. D'Anna, Roma, 1995, nu. XXII).

⁽¹²⁷⁾ Dal lemma *conquiesco* si diparte un leggero segno trasversale di cancellazione che attraversa quasi tutto il f. 40av dal basso in alto.

facta. ‘non erimus regno indecores’⁽¹²⁸⁾. et ad id redeo, quod dicebam, huiusque loci ac | temporis proprium est. ‘Si ‘enim’ is, qui in sole ambulat, coloratur’⁽¹²⁹⁾ uel si colorem induere minime cogitat; et qui in sacris templi alicuius penetralibus agit, transfundere se in religionem, et diuini uenerationem numinis, sit profanus alias, solet: et qui consuetudine bonorum uirorum nec bonus utitur, in eorum tamen tandem traducitur probitatem. cur qui in sole numquam occidente praeceptorum iustitiae, in sacrario huius augustissimo, cum sanctissimis eiusdem sacerdotibus non ambulat, agit, uersatur, sed dies integros, et noctes exsomes degit. semper, iste non cum iustitia chorum omnium uirtutum in priuatum quasi sanctuarium animi sui inducet?

f. 28r

Nobilissimi auditores, litteræ animis nostris tales esse dicuntur, quales corporibus cibi sunt. atque ut cibus corpori ingestus si bonus sit, gignit succos bonos: ita litteræ bonæ animo illatæ fructus gratissimos, et gratiosissimos ferunt. Ecce uobis disciplina nostra, Palladis iam fœcundæ filia Atheniensium alumna, cuius Romana, parens uirorum optimorum, potens uirtutis magistra. potens disciplina, leges Romanorum potentes, quas non Vandilorum, Gothorum, Longobardorum ira, et incendium extinguere per tot sæcula potuerunt. quarum uolumen repertum ante annos quadringentos in situ, et tenebris, quæ tum solæ orbem terrarum occupabant, exceptum sic est orbi uniuerso, ut quæ obtinerent tum leges aliæ omnes uolumini nobilissimo cesserint facile. et qui Romanum imperium deleuerunt funditus, hi colla legibus Romanis summisserint: uictoresque adeo uictis se se regnandos permiserint ‘ut in suis legibus Romani nunc regnent non minus quam ui et armis ante annos plus mille sint dominati’.

Cedunt, cedunt omnia huic nostræ arti. Cessit omnis hodie philosophia, subiecit muta medicina caput, tacita applaudit theologia. Eia, agite filii, agite commilitones, triumphemus. militastis strenue, ordines etiam duxistis egregie, ‘bellum confectum,’ parta nobis uictoria, decretus triumphus est. En fulgens triumphalis prætexta. en palma ‘gemina’ corona haec est. hic currus. illa uia sacra fuit. hoc est Capitolium. ille, qui ante uos est, superest pro ueteri more, quem mactetis prius, quam uota [reddere] ‘perficere’ joui op<timo> max<imo> ualeatis. Faxit uerus deus, pater domini nostri Jesu Christi, ut dignitas hæc uobis ad honorem, ad commodum reip<ublicæ> et ad gloriam nominis eius procedat.

⁽¹²⁸⁾ VIRGILIO, *Aen.*, VII.231.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. SENECA, *Ep.* CVIII.4; CICERONE, *De orat.* II.XIV.60. Come in questo caso, senza alcun rinvio alla letteratura, il Gentili utilizza una identica espressione nel III Libro del *De legationibus*, cit., III.X., p. 113: « [...] Isti enim ut qui in Sole ambulant colorantur, sic cum litteris suis traduci animis semper in rerum curam publicarum ualent [...] ».

GIOVANNI ROSSI

FRANÇOIS HOTMAN VS TRIBONIANO:
UNA CRITICA RADICALE AL DIRITTO ROMANO
NELLA FRANCIA DEL XVI SECOLO

1. Umanesimo e diritto romano: le molte facce di un rapporto contrastato. — 2. Valenze politiche del dibattito sul diritto romano. — 3. Il rifiuto della vigenza del diritto romano come esito ultimo della sua integrale storicizzazione. — 4. Sui difetti del metodo compilatorio adottato da Triboniano. — 5. *Littera Bononiensis* e *littera Florentina* a confronto. — 6. La bontà del diritto giustiniano verificata alla luce dell'esperienza: il banco di prova della storia. — 7. La proposta di Hotman per la riforma del sistema: una consolidazione fondata su diritto naturale e *droit coutumier*. — 8. Tra anticipazioni del futuro e perdurante tradizione romanistica: una storia non conclusa.

1. *Umanesimo e diritto romano: le molte facce di un rapporto contrastato.*

La riscoperta tre-quattrocentesca delle *humanae litterae*, alla base della nuova corrente culturale che dall'Italia s'irradia in buona parte dell'Europa lungo il XV secolo ed oltre, si traduce nel mondo del diritto anzitutto nella necessità di una riconsiderazione critica dei fondamenti dell'autorità del diritto romano giustiniano nell'Occidente medievale. Ciò ha significato una verifica puntuale, sfociata poi in una radicale messa in discussione, della genuinità dei testi raccolti nelle compilazioni giustiniane sotto il profilo filologico, nonché della loro bontà dal punto di vista contenutistico e quindi della stessa plausibilità dell'impiego di quelle antiche raccolte normative per enucleare la disciplina giuridica da applicare nell'Europa protomoderna.

A tale tema, declinato di volta in volta in modi anche sensibilmente diversi, che risulta certamente di capitale importanza nella costruzione alle soglie della modernità di un nuovo diritto, in buona misura alternativo a quello tardomedievale, abbiamo dedicato la

nostra attenzione a più riprese in anni recenti, a partire dall'atteggiamento più o meno critico tenuto dagli umanisti italiani verso il *Digesto*, senz'altro la parte più preziosa del lascito del diritto romano alle epoche successive, in quanto composto di lacerti tratti dalle opere dei giureconsulti classici ⁽¹⁾.

Altrettanto interessante, tuttavia, ci è parso approfondire — spostando l'attenzione sulla fase finale di una esperienza culturale assai composita e sfaccettata, anche a causa della sua notevole estensione temporale — gli esiti discordanti del maturo umanesimo giuridico, nella seconda metà del Cinquecento, analizzando alcune voci di giuristi d'Oltralpe che, pur mettendo a frutto nozioni ormai diffusamente circolanti, si distinguono dal coro per l'originale declinazione (in direzioni tra loro opposte) delle parole d'ordine del cultismo francese, tutt'altro che monocorde in materia. In tal senso, per un verso ci siamo soffermati in più occasioni sull'attività filologica di Marc Antoine Muret, applicata in modo originale alle *Pandette* entro l'esperienza didattica dei corsi tenuti alla Sapienza romana tra il 1567 ed il 1572 ⁽²⁾. Per altro verso, ci è parsa non meno meritevole di studio ravvicinato la proposta culturale *in toto* alternativa elaborata in quegli stessi anni da François Hotman, tendente non a riportare il *Digesto* sotto la sovranità della filologia per arricchirne la comprensione a vantaggio della formazione dei giuristi, bensì a trarre le estreme conseguenze della compiuta storicizzazione delle compilazioni di Triboniano e di conseguenza ad espungerle dalla vita giuridica dei suoi tempi. A tale approccio inedito ed

⁽¹⁾ Dopo vari interventi sulla visione del diritto (romano e medievale) in autori quali Leon Battista Alberti e Lorenzo Valla, abbiamo di recente tracciato un quadro d'insieme sulle varie tendenze quattrocentesche in G. Rossi, *Letture umanistiche del Digesto lungo il XV secolo. Da Valla a Poliziano*, in *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, a cura di D. Mantovani, A. Padoa Schioppa, Pavia, IUSS Press, 2014, pp. 311-369.

⁽²⁾ Si veda G. Rossi, *Le "orationes" di Marc Antoine Muret: "humanae litterae" e "iurisprudentia" a confronto nella Roma del Cinquecento*, in *Acta Conventus Neo-Latini Bonnensis. Proceedings of the Twelfth International Congress of Neo-Latin Studies*, Bonn, 3-9 august 2003, ed. by R. Schnur et alii, Tempe (AZ), ACMRS: Arizona Center for Medieval and Renaissance Studies, 2006, pp. 697-705; Id., *Filologia e giurisprudenza nell'insegnamento romano di Marc Antoine Muret: alla ricerca di un nuovo metodo*, in *Marc Antoine Muret, un humaniste français en Italie*, sous la dir. de L. Bernard-Pradelle, Ch. de Buzon, J.-E. Girot, Roma, École française de Rome, in corso di stampa.

originale di chiusura verso il diritto giustiniano sono dedicate queste pagine, che trovano dunque collocazione entro il più ampio contesto di ricerca fin qui descritto.

2. *Valenze politiche del dibattito sul diritto romano.*

François Hotman (Parigi, 1524-Basilea, 1590) ⁽³⁾, è l'autore — tra le altre numerose e varie opere, che ne fanno un giurista di solida cultura e di vasti e molteplici interessi — di un noto *pamphlet*, l'*Antitribonian* ⁽⁴⁾ (terminato nel 1567 ma dato alle stampe solo nel 1603), nel quale sono sviluppate tesi oltranziste circa l'inadeguatezza del diritto romano a disciplinare la vita associata nella Francia dei suoi tempi e viene di seguito avanzata una proposta di riforma degli

⁽³⁾ Su questo autore resta importante, per la ricostruzione delle vicende biografiche ma anche per una attenta analisi e contestualizzazione delle opere, D.R. KELLEY, *François Hotman. A revolutionary's ordeal*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1973; comunque utili anche il breve profilo tracciato da V. PIANO MORTARI, *Cinquecento giuridico francese. Lineamenti generali*, Napoli, Liguori, 1990, pp. 289-296; nonché le rapide notazioni di I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 37-41. Cfr. inoltre l'assai sintetica 'voce' di A. LECA, *Hotman François*, in *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)*, sous la direction de P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen, Paris, PUF, 2007, pp. 409-411.

⁽⁴⁾ F. HOTMAN, *Antitribonian ou Discours d'un grand et renommé Iurisconsulte de nostre temps sur l'estude des loix*, fait par l'advis de feu Monsieur de l'Hospital Chancelier de France en l'an 1567 et imprimé nouvellement, Paris, chez Jeremie Perier, 1603, rist. anast. présenté par H. Duranton, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 1980. L'opera è stata poi anche tradotta in latino (stampata per la prima volta ad Amburgo, nel 1647). Per l'elenco delle edizioni si veda M. MARTÍNEZ NEIRA, *Estudio preliminar*, in F. Hotman, *Antitriboniano o discurso sobre el estudio de las leyes* (edición bilingüe), Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2013, pp. 9-57: 47-49. Sul trattatello, sovente citato ma poco frequentato dalla storiografia (per quella più risalente si veda almeno J. BARON, *Franz Hotman's Antitribonian. Ein Beitrag zu den Codificationsbestrebungen vom XVI.-bis zum XVIII. Jahrhundert*, Bern, s.n., 1888), cfr. oltre agli spunti in D. MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 61-65 e 189; il saggio di P. MESNARD, *François Hotman (1524-1590) et le complexe de Tribonien*, in « Bulletin de la Société de l'Histoire du Protestantisme Français », CI (1955), pp. 117-137; e soprattutto, in anni recenti, il contributo di C. PEDRAZZA GORLERO, *Hotman 'iconoclasta': diritto e storia nell'Antitribonian (1567)*, in *Il Rinascimento giuridico in Francia. Diritto, politica e storia*, Atti del Convegno internazionale di Studi, Verona, 29 giugno-1 luglio 2006, a cura di G. Rossi, Roma, Viella, 2008, pp. 285-311.

studi giuridici che li svincoli dal ricorso ai testi giustiniani e li renda meno teorici e più intimamente connessi alla coeva prassi giudiziaria. Hotman dà voce così, con la sua critica alla possibilità per il diritto romano di giocare ancora un ruolo nella Francia della modernità, all'estremo e corrosivo esito della storicizzazione delle fonti romane avviata dalla cultura umanistica italiana del secolo precedente. Le *Pandette* e l'intero *Corpus iuris civilis* rappresentano ormai, nel terzo quarto del XVI secolo, nella lucida ed estremistica visione del giurista francese, soltanto la monumentale testimonianza della (passata) grandezza della civiltà giuridica romana, ormai conclusa e consegnata alle cure degli storici: quei testi sono relitti di un altro mondo, inadatti sotto ogni punto di vista a fornire contenuti utili per la vita del diritto del regno di Francia, così come per altro verso appare impossibile attualizzarli ricorrendo ai vecchi ed arrugginiti arnesi propri della *interpretatio* medievale.

Il giurista ugonotto incarna dunque uno dei molti modi nei quali può esplicarsi il rapporto del giurista rinascimentale con il diritto giustiniano e si propone come l'alfiere rigoroso e polemico di un rigetto pressoché totale del diritto romano (inteso, appunto, anzitutto come sinonimo di *Corpus iuris civilis*), confinato senza appello nel passato da una lettura storicizzante e ridimensionato al ruolo, oggettivamente circoscritto, di complesso normativo legato alla esperienza giuridica di Roma antica ed in essa destinato ad esaurire totalmente la propria funzione ordinante. Hotman, infatti, rifiuta in radice di riconoscere qualsiasi forma di vigenza, nonché qualsiasi esemplarità metastorica, a quello che, a tutti gli effetti, deve essere considerato niente più che lo *ius proprium* prodotto dagli antichi Romani per l'organizzazione della loro *civitas*, relegato così in una dimensione temporale che appartiene per intero al passato e privato pure di ogni pretesa ultrattività, che certamente non si giustifica in base ai contenuti, tipici di un altro contesto sociale, politico, culturale, religioso e sotto molti aspetti del tutto inadatti alla realtà della Francia moderna, oltre che di valore intrinseco assai dubbio.

Lo storicismo dotto ed intransigente di marca umanistica conduce alla metà del secolo XVI molti giuristi francesi a superare il dogma medievale della coincidenza pressoché perfetta del diritto romano con quello giustiniano e li spinge a farsi storici *tout court* di

Roma antica, sulle orme di Budé ed Alciato, per indagare a tappeto le superstiti fonti epigrafiche, storiografiche, letterarie alla ricerca di testi normativi ulteriori e diversi rispetto a quelli contenuti nelle compilazioni volute dal sovrano bizantino. Proprio tale rinnovato approccio alle fonti giuridiche classiche rende possibile e plausibile, se non ancora pienamente condivisibile agli occhi del 'giurista medio' francese, la posizione anticonvenzionale e fortemente polemica assunta da Hotman. Egli si giova di tale robusta immissione di senso storico nella cultura coeva facendola propria con convinzione e portandola fino alle estreme conseguenze, mosso da interessi essenzialmente pratici, in una direzione diversa ed in buona parte originale rispetto al filone più tradizionale del cultismo transalpino; il fine ultimo non è tanto quello di integrare e completare le conoscenze dell'Antichità in funzione di un decisivo arricchimento della formazione culturale del giurista, oltre che del suo bagaglio tecnico-giuridico, al modo propugnato da François Baudouin ⁽⁵⁾, che crede fermamente nella inevitabile e feconda unione del sapere storico con la scienza del diritto (cosicché nel 1561 pubblica il celebre trattato *De institutione historiae universae et eius cum iurisprudentia coniunctione*), bensì quello di conseguire un risultato eminentemente pratico (*lato sensu* 'politico'), coniugato tutto al presente. Nella visione di Hotman la relativizzazione del ruolo delle compilazioni giustinianee entro il diritto romano può essere sfruttata per abbattere in un sol colpo dal piedistallo eretto dai giuristi medievali non solo l'ingombrante figura di Giustiniano, ma l'intera produzione normativa romana, ivi compresa anche l'elaborazione giurisprudenziale dell'età classica, in buona sostanza ricondotta — e ridotta — dal grande principe-legislatore bizantino alla limitativa e falsante categoria della legge imperiale, avendo costui scelto di

⁽⁵⁾ Su questo originale ed importante autore si veda M. ERBE, *François Baudouin (1520-1573). Biographie eines Humanisten*, Gütersloh, Mohn, 1978; nonché, ai nostri fini, almeno: D.R. KELLEY, *Historia integra: François Baudouin and his conception of History*, in « Journal of History of Ideas », XXV (1964), pp. 35-57; V. PIANO MORTARI, *La scienza del diritto in François Baudouin*, in Id., *Diritto, logica, metodo nel secolo XVI*, Napoli, Jovene, 1978, pp. 405-428. Da ultimo, per un'analisi ravvicinata del suo metodo di recupero di fonti arcaiche ed extragiustinianee, cfr. I.G. MASTROROSA, *Le leggi di Romolo e la storia di Roma arcaica nell'opera di François Baudouin*, in *Il Rinascimento giuridico in Francia: diritto, politica e storia*, cit., pp. 49-84.

promulgarne le selezionate reliquie appunto in forma e con valore di legge.

L'obiettivo primario dell'Hotman può considerarsi sotto tale profilo l'affrancamento definitivo e conclamato del Regno di Francia dalla condizionante eredità del diritto romano, mediante la negazione della sua vigenza ininterrotta ed il conseguente venir meno di un rapporto gerarchico tra ordinamenti che sarebbe altrimenti giocoforza ammettere, posto che — in quanto imperiale — il diritto romano scaturisce da una potestà universale *de iure* sovraordinata ai reggitori degli ordinamenti particolari. Accettare la tradizionale ricostruzione medievale implicherebbe dunque rinnovare ed eternare la superiorità imperiale e giustificare quindi la primazia degli Asburgo, ammettendo la legittimità di una sorta di loro tutela sugli altri sovrani, in astratto esercitabile anche oltre gli effettivi confini dei loro domini; ciò metterebbe oggettivamente in discussione la configurabilità teorica (anche se non certo la fattibilità pratica) per il re dei Francesi di dichiararsi « *superiorem non recognoscens* » e di collocarsi quindi su un piano di parità giuridica con l'imperatore ⁽⁶⁾. Un esito inaccettabile, proprio nel momento in cui il sovrano francese, portando a compimento un itinerario plurisecolare indirizzato a marcare l'autonomia dello *ius regni* ⁽⁷⁾ ed in esso il ruolo centrale del re, ambisce sempre più a proporsi — supportato dalle innovative teorizzazioni di giuristi quali Jean Bodin — non più anzitutto come custode di un *corpus* normativo preesistente, secondo la visione medievale, bensì nelle vesti del legislatore, del nomoteta libero di creare nuovo diritto entro la cornice dell'ordinamento di cui si afferma insieme autore e fulcro.

Il dibattito alimentato dai giuristi francesi a metà Cinquecento

⁽⁶⁾ Sull'affermazione dell'autonomia del regno di Francia dall'impero lungo il Medioevo cfr. J.-M. CARBASSE, *Le Royaume et l'Empire: quelques jalons médiévaux*, in « *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* », XIX (1998), pp. 11-33.

⁽⁷⁾ Su tale tradizione ed il rapporto dialettico (e quindi complesso e di non facile concettualizzazione) tra diritto consuetudinario locale e *ius commune* in Francia cfr. J.-L. THIREAU, *Le droit français entre droit commun et codification*, in *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Atti del Convegno internazionale, Alghero, 4-6 novembre 2004, a cura di I. Bircocchi, A. Mattone, Roma, Viella, 2006, pp. 75-90.

sul fondamento e i limiti della vigenza nel presente del diritto romano interseca dunque una partita politica dove la posta in gioco è la supremazia continentale, che si decide non soltanto con le vittorie sui campi di battaglia, ma anche in virtù della plausibilità delle dottrine giuridiche elaborate nei diversi schieramenti, miranti a seconda dei casi a rilegittimare il diritto giustiniano come diritto vivente e vigente ovvero ad inficiare le basi teoriche della sua perdurante applicabilità (almeno in astratto) nella prassi giuridico-politica dei tempi nuovi.

In verità, tuttavia, la contesa che si sviluppa intorno al riuso del diritto romano è più complessa e coinvolge ulteriori aspetti di primario rilievo, variamente intersecantisi, con esiti talora inattesi e contraddittori: così, l'antiromanesimo di Hotman, che pure offre oggettivo sostegno al desiderio del re di Francia di affermarsi « *imperator in regno suo* »⁽⁸⁾, non può che riuscire al contempo sgradito alla corona, perché si tinge di esplicite e robuste venature antiassolutistiche, in controtendenza rispetto all'edificazione ormai a buon punto delle mura maestre di uno stato moderno poggiato sulle solide fondamenta del potere assoluto rivendicato dal sovrano. Da questo secondo e non meno rilevante punto di vista, rifiutare la vigenza del *Digesto* e del *Codice* significa ripudiare un modello giuridico incentrato sulla esclusiva potestà normativa dell'autocrate bizantino e quindi in tutto consoni all'evoluzione politica moderna in senso accentratore ed assolutistico. Il monopolio da Giustiniano preteso ed esibito nella creazione di nuovo diritto (a coronamento di una evoluzione plurisecolare in tal senso, ben evidente almeno dall'età di Costantino) aveva tanto efficacemente penetrato l'ordinamento imperiale da consentirgli di travisare e trasformare la natura delle stesse fonti giurisprudenziali classiche, segno distintivo e vanto dell'esperienza giuridica romana, riducendo anch'esse ad uno dei possibili modi di manifestazione della *vis* nomopoietica dell'imperatore, fin quasi a cancellarne la specificità.

(8) Su tale aspetto cfr. E. CORTESE, *Jan Feu a Pavia nel 1509-1510. Propaganda francese nella Lombardia conquistata*, in « *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert* ». *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, hrsg. von M. Ascheri, F. Ebel, M. Heckel, A. Padoa Schioppa, W. Pöggeler, F. Ranieri, W. Rütten, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2003, pp. 121-143.

L'accentuato processo di inaridimento delle fonti diverse dalla legge, tipico dell'ultima fase del diritto romano, ha condotto infine ad una produzione di nuovo diritto capace di manifestarsi quasi unicamente nella veste della norma promanante dal sovrano, sempre più intesa come l'insindacabile espressione della sua volontà; tale vicenda presenta in effetti elementi di forte analogia con l'evoluzione che caratterizza la prima modernità e soprattutto si propone con un accentuato valore paradigmatico rispetto a questa. L'incipiente esperienza giuridica moderna si lascia infatti volutamente alle spalle il panorama tipicamente pluriordinamentale del Medioevo, complesso e finanche caotico, per sostituirlo — almeno nel progetto giuridico e politico che si va delineando, come appare chiaro osservando tale sviluppo in una prospettiva di lungo periodo — con il monismo perfetto dell'ordinamento statale, che si vuole costruito secondo linee ordinate e semplificate mediante il ricorso alla legge, intesa non più come atto razionale d'interpretazione del reale (vitalmente vario e contraddittorio) ma quale supremo atto volitivo di comando del principe (astrattamente razionalizzatore) ⁽⁹⁾.

Non appare del resto una coincidenza se proprio in questi stessi anni due dei maggiori protagonisti della cultura rinascimentale francese — Michel de Montaigne e Jean Bodin — evocano nei loro scritti tale metamorfosi, la descrivono con lucidità e mostrano apertamente di approvarla ed assecondarla, teorizzandone anzi i presupposti e le conseguenze; il riferimento concerne due opere d'impostazione assai diversa ma ampiamente convergenti sul punto quali gli *Essais* di Montaigne e la *République* di Bodin ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Faccio mia la proposta interpretativa formulata da Paolo Grossi, che vede nei nuovi caratteri della legge, svincolata dai limiti posti ad essa nella tradizione medievale ed identificata con l'arbitrio del volere sovrano, così come nello spazio progressivamente del tutto prevalente assunto dalla legge a scapito delle altre fonti di produzione del diritto fino all'affermazione di un vero e proprio monismo, la cifra più tipica della modernità giuridica, già ben leggibile nelle novità che connotano il tardo XVI secolo, specie in Francia: cfr. per tutti P. GROSSI, *Modernità politica e ordine giuridico*, in « Quaderni fiorentini », XXVII (1998), pp. 13-39, nonché in *Id.*, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 443-469, specie 458-461.

⁽¹⁰⁾ Pressoché coetanei, il filosofo di Bordeaux (che, come noto, può vantare lunghi anni di esperienza quale magistrato, prima come consigliere della *Cour des Aides* di Périgueux, dal 1554 al 1557, e poi come membro del Parlamento di Bordeaux, che

In simile contesto, la proposta antiromanistica di François Hotman, provocatoria nella sua esplicita radicalità, è destinata a non raccogliere consensi nella Francia del tardo Cinquecento: per un verso, la prospettiva del crearsi di un enorme vuoto normativo, incolmabile in tempi brevi, delinea uno scenario certo non rassicurante né auspicabile per i giuristi pratici; per l'altro verso il progetto di riforma appare troppo connotato politicamente, per il trasparente significato di contrasto ad un possibile uso del diritto giustiniano in chiave di rafforzamento dei poteri della monarchia. L'attacco al diritto romano si sposa infatti a posizioni dichiaratamente critiche contro la deriva in corso verso forme assolutistiche del potere regio, sulla base di una visione politica originale (espressa compiutamente pochi anni dopo nella *Francogallia*, del 1573 ⁽¹¹⁾) che si nutre anche della fede protestante dell'Hotman ⁽¹²⁾; tale posizione non trova dunque credito presso il sovrano, così come nel ceto dei giuristi, ancora intenti a dibattere i reciproci rapporti tra diritto romano e consuetudine francese ⁽¹³⁾ nell'ottica di garantire il concreto funzionamento del sistema, soprattutto sul versante degli istituti privatistici e non pronti ad una radicale inversione di prospettiva.

Non senza significato, quindi, l'operetta polemica che qui ci

abbandona nel 1570) lavora agli *Essais* a partire dal 1571, mentre il giurista angevino pubblica *Le six livres de la République* nel 1576.

⁽¹¹⁾ In merito basti qui rinviare alla *Editors' Introduction* nella riedizione moderna (che tiene conto anche delle aggiunte nelle edizioni del 1576 e 1586, sensibilmente riviste ed accresciute rispetto alla prima, del 1573): F. HOTMAN, *Francogallia*, Latin text by R.E. Giesey, translated by J.H.M. Salmon, Cambridge, Cambridge University Press, 1972, pp. 1-128.

⁽¹²⁾ Insiste su questo aspetto Piano Mortari, ritenendolo decisivo anche per spiegare la polemica antiromanistica hotmaniana, che sarebbe insieme antiassolutistica ed anticattolica e sfocerebbe in un accentuato nazionalismo giuridico, manifestato attraverso la preferenza accordata alle consuetudini locali: cfr. oltre al già citato PIANO MORTARI, *Cinquecento giuridico francese*, cit., pp. 289-296; ID., *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 124-134.

⁽¹³⁾ Per il basso Medioevo cfr. G. GIORDANENGO, *Jus commune et « droit commun » en France du XIII^e au XV^e siècle*, in *Droit romain, jus civile et droit français*, sous la dir. de J. Krynen, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1999, pp. 219-247; per l'età rinascimentale si veda la ragionata rassegna di autori francesi sostenitori delle varie tesi offerta da M. CARVALE, *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, Monduzzi, 2005, pp. 114-179, con ulteriori riferimenti bibliografici.

interessa, scritta in francese nel 1567, è stata pubblicata e proposta al pubblico dibattito soltanto nel 1603 (e nella successiva versione latina addirittura nel 1647), a distanza ormai di alcuni anni dalla morte del suo autore, dopo che lo stesso Hotman l'aveva peraltro esclusa dalla progettata nuova edizione delle sue opere, uscita poi a Ginevra nel 1599, probabilmente conscio del suo carattere di irricevibile 'provocazione', rivolta tanto verso la Corona quanto nei confronti del ceto dei giuristi, per il polemico ripudio integrale dell'opera di Giustiniano (pur se ampiamente motivato).

3. *Il rifiuto della vigenza del diritto romano come esito ultimo della sua integrale storicizzazione.*

Osservando più da vicino le argomentazioni del giurista ugonotto, vediamo che egli svolge nell'*Antitribonian* le sue tesi a partire da alcune premesse, enunciate quali dati di fatto oggettivamente innegabili: anzitutto l'importanza per una nazione di dare un'ottima formazione alla gioventù, nonché il rilievo della preferenza accordata da molti giovani francesi agli studi di diritto, ai quali si dedicano nelle Università d'Oltralpe — ovvero in quelle italiane — applicandosi allo studio delle leggi di Giustiniano, come necessaria preparazione all'impiego nelle corti di giustizia⁽¹⁴⁾. L'autore fissa poi altri due punti fermi: da un lato l'assoluta importanza del diritto per la ordinata vita della società civile, tanto da asserire che le leggi sono così indispensabili per la vita della *respublica* come l'anima lo è per il corpo umano; dall'altro lato il riconoscimento del fatto che Roma ha eccelso nella scienza giuridica ed ha per questo annoverato una schiera di ottimi ed impareggiabili giureconsulti⁽¹⁵⁾, tenuti in onore dai concittadini lungo tutta la storia romana come presso nessun altro popolo, cosicché Giustiniano conferma una tradizione lunga dodici secoli quando riconosce un'autorità senza pari ai giuristi. Eppure questo non deve impedire di dichiarare l'enorme differenza

⁽¹⁴⁾ Cfr. HOTMAN, *Antitribonian*, cit., cap. I, pp. 1-3.

⁽¹⁵⁾ Cfr. *ivi*, pp. 4-5; in particolare: « [...] s'il y eut iamais republique heureuse en l'art et discipline des loix, çà esté celle de Rome: comme celle qui a produit une infinité de si grands et notables iurisconsultes, et douiez d'une si grande vivacité et subtilité d'esprit, qu'à bon droit ils nous semblent inimitables » (p. 4).

esistente tra il diritto civile romano considerato nella sua compiutezza e i libri che compongono il *Corpus iuris*: « Mais si ie fay grande difference entre le droit civil des Romains et les livres de l'empereur Iustinian, ie ne pense pas dire chose qui soit esloignee de verité »⁽¹⁶⁾. Si tratta dunque di rispondere a due quesiti, diversi ma collegati: in primo luogo se abbia senso conservare il sistema formativo tramandato dal Medioevo, fondato sullo studio del diritto romano (il che postula affrontare il problema della utilità di quel diritto antico per una realtà sociale e giuridica del tutto nuova e diversa) ed in secondo luogo quale giudizio si possa formulare sulle compilazioni giustinianee e sulla loro capacità di raccogliere e tramandare il meglio dell'esperienza giuridica romana.

Quanto al primo aspetto, perché il diritto possa svolgere al meglio la sua funzione regolatrice occorre che sia adatto nei contenuti alla forma di governo vigente: in caso di distanza tra i due piani, saranno le leggi a doversi adeguare alle mutate e diverse istituzioni del paese e non il contrario, così come le medicine devono servire alla conservazione in salute del corpo umano ed essere quindi adeguate alle sue condizioni ed alla sua complessione. Accettando dunque la tradizionale tripartizione delle forme di governo in monarchia, aristocrazia e democrazia, il diritto dovrà essere coerente di volta in volta al governo di uno, di pochi o del popolo, a seconda delle istituzioni effettivamente affermatesi in un dato periodo. La storia di Roma offre una chiara conferma di ciò, poiché il passaggio dalla monarchia alla repubblica e poi all'impero è stato accompagnato prontamente dal cambiamento delle leggi e delle magistrature in conformità alla mutata situazione politico-istituzionale⁽¹⁷⁾. Per stabilire se i giovani Francesi possano trarre realmente profitto dallo studio del diritto giustiniano, occorre perciò osservare quest'ultimo più da vicino, a cominciare dal diritto pubblico ed in particolare dalle norme dettate per regolare le magistrature, accantonando invece quelle relative alla religione. Ma occorre anche ricordare che il diritto pubblico previsto per una monarchia non può ben funzionare in una democrazia e viceversa, senza contare che anche in presenza della stessa forma di governo le differenze possono essere

⁽¹⁶⁾ Ivi, p. 5.

⁽¹⁷⁾ Cfr. ivi, cap. II, pp. 6-8.

così marcate da richiedere profondi aggiustamenti normativi, come dimostra il fatto che Giustiniano dové dotarsi di un corpo di leggi ben diverso da quello vigente all'epoca dei più antichi imperatori, perché non tutte le monarchie sono paragonabili ⁽¹⁸⁾.

Se ciò è già vero restando entro la vicenda storica dell'impero romano, a maggior ragione l'enorme differenza tra lo stato romano e quello francese impedisce di poter ragionevolmente pretendere che il diritto di Roma antica sia applicabile nel presente ed esclude di conseguenza anche che si possa imparare qualcosa di utile dai libri di Giustiniano, sia che si consideri il diritto pubblico dei tempi della repubblica che quello d'età imperiale. Per Hotman il semplice riferimento alla pervasiva importanza nell'ordinamento romano della distinzione tra patrizi e plebei è sufficiente a mostrare la distanza siderale tra la realtà antica e quella moderna; inoltre non è possibile dimenticare l'evoluzione storica delle istituzioni romane, snodatasi per tanti secoli, della quale sopravvivono reliquie riferibili ad almeno tre diversi momenti: l'età repubblicana (ovvero, restando alla tripartizione su ricordata, quella 'democratica'), di cui sono rimaste solo sparute ed inservibili testimonianze; l'età imperiale, improntata alla potestà e sovranità del principe, ma proprio per questo anche caratterizzata da estrema varietà e mutevolezza di contenuti per il prevalere dell'arbitraria volontà normativa dell'imperatore e comunque anch'essa quasi interamente obliata; infine l'età giustiniana, sulle cui magistrature ed istituzioni sappiamo certamente molto di più ⁽¹⁹⁾. L'utilità dello studio del *Corpus iuris civilis* può ammettersi tuttavia soltanto ove le magistrature e le istituzioni antiche si ritrovino ancora nel presente, ma questo presupposto è palesemente inesistente, pur in presenza dell'impiego delle stesse denominazioni, come può osservarsi in merito alla carica di console: tutti i compiti e le funzioni rimessi ai consoli nella repubblica romana sono nella Francia moderna di competenza del consiglio privato del re. L'apparente corrispondenza tra impero romano e monarchia francese ad uno sguardo attento si rivela insomma illusoria: i magistrati, l'apparato giudiziario, l'organizzazione complessiva dello stato sono del tutto diversi e non compara-

⁽¹⁸⁾ Cfr. *ivi*, pp. 10-12.

⁽¹⁹⁾ Cfr. *ivi*, cap. III, pp. 12-15.

bili, cosicché appare inutile ed insensato applicarsi per lunghi anni allo studio minuzioso di istituzioni prive di riscontri nel presente ⁽²⁰⁾.

Se si ritiene opportuno per la formazione dei giovani francesi far loro conoscere anche realtà diverse attingendo alla storia, sarà molto più proficuo e piacevole per loro studiare sui testi degli storici latini e greci, ovvero su quelli dei moderni che si sono dedicati, in Francia ed in Italia, alla riscoperta delle istituzioni antiche e che non hanno potuto giovare minimamente delle compilazioni di Giustiniano, prive in realtà di informazioni utili sull'organizzazione statale romana d'età repubblicana. Anche sulla storia del vero impero romano, cioè quello dei primi secoli, la lettura di uno solo dei libri di Livio, Svetonio o Tacito risulta più profittevole di tutti i cinque grandi volumi giustiniani; quanto poi all'epoca più tarda, i *tres libri Codicis* forniscono informazioni che appaiono comunque sporadiche ed insufficienti ed acquistano significato solo se si conoscono già le vicende del basso impero attraverso le opere di Giulio Capitolino, Vopisco, Ammiano, Procopio, Zonara ed altri consimili autori. In conclusione, in primo luogo, la conoscenza delle istituzioni pubbliche romane non serve al governo della Francia, organizzato in modo troppo diverso; inoltre, in secondo luogo, non è comunque possibile acquistare tale conoscenza storica dai libri di Giustiniano, che sono un mosaico incoerente e lacunoso di istituti tratti dai diversi momenti della vicenda politico-giuridica romana, quasi incomprensibile anche per chi conosce le opere degli storici antichi ⁽²¹⁾.

Identica distanza contenutistica con la Francia moderna si manifesta nel campo del diritto privato, l'altra grande branca dello *ius civile* dei Romani. A causa della mole di gran lunga maggiore di norme riguardanti gli istituti privatistici conservata nel *Codex* e soprattutto nel *Digesto*, la disamina di Hotman si distende lungo diversi capitoli, soffermandosi distintamente sullo stato e la condizione delle persone (cap. IV), sulla natura e qualità delle cose (cap. V), sui diritti di successione (cap. VI), sui fedecommessi e il diritto

⁽²⁰⁾ Cfr. ivi, pp. 15-18.

⁽²¹⁾ Cfr. ivi, pp. 18-22.

d'accrescimento (cap. VII), sulle obbligazioni (cap. VIII), sulle azioni processuali (cap. IX) (22).

Senza poter qui seguire da vicino l'intera analisi hotmaniana e dar conto delle puntuali osservazioni sui diversi istituti, è possibile affermare che gli esempi proposti in questa parte del trattato conducono alla medesima conclusione già espressa: due società assai diverse tra loro hanno prodotto un diritto privato che presenta pochissimi veri punti di contatto, talché dedicarsi per lunghi anni nelle facoltà giuridiche allo studio di quello antico si rivela una pura perdita di tempo per chi ambisca svolgere una professione legale. Basti considerare per sommi capi i principali istituti del diritto delle persone: la *summa divisio* tra liberi e servi e la *manumissio*, la qualità di *paterfamilias* e la procedura di *emancipatio* dei *filiifamilias*, l'*adoptio*, i tipi di matrimonio e i rapporti patrimoniali tra i coniugi, la tutela (23); praticamente in nessuno di questi campi le norme romane, che rispecchiano la società del loro tempo, sono utilizzabili per disciplinare la realtà francese del Cinquecento, fondata su tutt'altra impostazione, nella quale, ad es., la distinzione di base circa la condizione personale riguarda nobili e *roturiers* (nonostante le apparenze ben diversa e non comparabile a quella tra patrizi e plebei), che va ad intersecare l'altra — tutta nuova e sconosciuta al diritto romano — tra signori feudali e vassalli (24).

Analoghe considerazioni vengono svolte per gli altri campi del diritto privato, sottolineando sempre l'inutilità di far riferimento all'antica disciplina romana, per mettere a fuoco con risultati scientifici e pratici a dir poco dubbi istituti non più vigenti o radicalmente modificatisi nel tempo. Appare esemplare in proposito l'ironica e godibile descrizione delle interminabili diatribe sviluppatesi intorno allo *ius accrescendi*, che hanno ben poco di giuridico e tuttavia continuano ad impegnare i migliori ingegni su una tale « horrifique matiere », distogliendoli da questioni ben più sostanziali, importanti

(22) Giustamente è stato osservato che quei capitoli si rivolgono ai giuristi e servono per accreditare l'argomentare di Hotman anche sul piano strettamente tecnico, oltre che su quello più latamente politico: cfr. H. DURANTON, *Introduction*, in HOTMAN, *Antitribonian*, cit., pp. III-XVII: XI.

(23) Cfr. HOTMAN, *Antitribonian*, cit., cap. IV, pp. 22-28.

(24) Cfr. ivi, pp. 28-29.

e meritevoli dell'attenzione dei giureconsulti, i quali sono chiamati ad occuparsi dei grandi temi della filosofia politica e non devono immiserirsi in trite questioni da grammatici:

[...] il est incroyable comment les docteurs se sont parci devant escarmouchés et s'escarmouchent encores tous les iours, comme en l'une des plus scabreuses et embrouillees de tous leurs livres. Et neantmoins est chose evidente que toutes leurs tragedies ne sont fondees que sur certaines questions de grammaire latine, et mesmement sur ces trois particules et conionctions: *et, que, cum* [...] Voila sans rien deguiser quelles sont a peu pres les disputes de cette horrible matiere, en laquelle tant de grans et sages docteurs travaillent iour et nuit leurs esprits et entendemens, et dont de fresche memoire ont escrit laborieusement deux des plus fameux et estimez de nostre France, dont l'un estoit Francois Duarein et l'autre Antoine Govean ⁽²⁵⁾, les livres desquels composez et publiez sur cette matiere sont entierement remplis de ces questions mieux appartenantes à un bon grammairien, exercé en Ciceron, Terence et autres auteurs Latins, qu'à un philosophe politique discourant de raison et equité, tel que doit estre un iurisconsulte ⁽²⁶⁾.

All'autore pare peraltro degno di considerazione ed imitazione il metodo usato dai Romani per la formazione dei giovani nel sapere giuridico, fondato per intero sulla pratica, al contrario di quello invalso nelle Università medievali; invece di un apprendimento teorico e nozionistico, sostanzialmente passivo, impartito entro una cornice istituzionalizzata, l'uso degli antichi si fondava sull'ascolto in 'presa diretta' degli affermati giureconsulti intenti a fornire responsi sulle questioni giuridiche intorno alle quali venivano interrogati, come narra Cicerone nell'*Orator* (42, 143) e rievocando nel *De oratore* (III, 18, 68) il proprio apprendistato di diritto civile presso il grande Q. Mucio Scevola. Osservare i *prudentes* all'opera e seguire le cause per assistere ai discorsi degli oratori forensi: questa la palestra dei giuristi romani, sulla base della convinzione, condivisa da Hotman, per cui si impara a padroneggiare un'*ars* solo esercitandola concretamente e non nutrendosi di precetti astratti, proprio come può dirsi, ad es., per la pittura ⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ François Le Douaren, successore di Alciato sulla cattedra di Bourges e rinomato giurista, è in effetti autore tra l'altro di un *Heptaameron, sive de iure accrescendi libri duo*, così come Antonio de Gouvêa, coevo giurista e letterato portoghese, ha composto un *De iure accrescendi liber unus*, rifluito poi nelle edizioni dei suoi *Opera*.

⁽²⁶⁾ HOTMAN, *Antitribonian*, cit., cap. VII, pp. 51-52.

⁽²⁷⁾ Cfr. *ivi*, cap. X, pp. 71-74.

Il vero motivo della renitenza del giurista ugonotto ad accettare il metodo tradizionale d'insegnamento fondato sul diritto di Giustiniano viene però confessato a chiare lettere subito dopo ed attiene alla sostanza delle cose: lo *ius civile* romano non ha niente a che fare con l'equità ed i principi di diritto naturale, validi per tutti i popoli, ma al contrario è il prodotto di norme di privilegio, dettate per garantire ai cittadini romani diritti diversi e superiori a quelli degli altri, come è dimostrato dal fatto che solo i *cives romani* possono essere titolari di quei diritti:

Et s'il est besoin de parler du droit civil des Romains, ie diray d'avantage, qu'il ne fut iamais fait ni composé pour servir d'équité et raison naturelle, convenable indifferemment à toutes nations, mais seulement par une particuliere prerogative inventee expres pour maintenir les bourgeois Romains, et en plus hault degré et dignité que les autres habitans du país d'Italie (28).

L'immagine che emerge è quella di un ordinamento votato ad escludere quanti non sono ammessi a godere dei privilegi, piuttosto che preordinato ad essere esteso a tutte le genti in virtù della sua presunta superiore equità (29). Conclusivamente, di nuovo, l'autore torna sull'assunto di partenza, ulteriormente precisato: studiare i libri di Giustiniano non significa acquistare la conoscenza del diritto romano *tout court*, di gran lunga più ricco e vario, tanto che forse solo la sua ventesima parte è confluita nelle compilazioni bizantine e si risolve d'altra parte in una fatica inutile perché solo una decima parte delle norme raccolte nel *Corpus iuris* può applicarsi nella Francia moderna (30).

4. *Sui difetti del metodo compilatorio adottato da Triboniano.*

Chiarita l'inconferenza sotto ogni punto di vista dello *ius civile* romano per la vita giuridica francese, Hotman passa poi ad analizzare più nel dettaglio l'opera di Triboniano, considerando partita-

(28) Ivi, p. 74.

(29) Cfr. ivi, pp. 74-76.

(30) Ad Hotman preme chiarire tali due punti: « [...] l'un que c'est à grand tort que l'on appelle l'estude des livres de Iustinian, estude de droit Romain, veu qu'il ne nous en est demeuré la vintiesme partie; l'autre, que de ce peu qui nous en est resté, la dixiesme partie n'en peut estre pratiquée et mise en usage en nostre France » (ivi, p. 76).

mente il lavoro compiuto rispettivamente per la redazione del *Codex* e delle *Pandette*. Quanto alla prima raccolta, il rilievo di fondo concerne la scelta discutibile di inserire un gran numero di rescritti, emanati in quantità dagli imperatori per ovviare all'infinito numero di leggi mal coordinate tra loro o palesemente contraddittorie introdotte nell'ordinamento lungo i secoli; tale situazione strutturale di estrema complessità e farraginosità, nonché d'inevitabile incertezza circa i contenuti del diritto vigente, propria del sistema normativo romano ⁽³¹⁾ era aggravata poi dalla rigogliosa opera interpretativa dei giureconsulti, tradottasi in una mole ingente di scritti ⁽³²⁾ (situazione che aveva già attirato l'attenzione di Giulio Cesare, intenzionato a porvi rimedio ⁽³³⁾) e sfociata in una ingestibile quantità di opinioni contraddittorie, determinata anche dalla esistenza delle due scuole contrapposte dei Proculiani e dei Sabiniani ⁽³⁴⁾.

Un parziale rimedio a tali problematici aspetti fu appunto trovato con l'emissione di rescritti imperiali: resi per risolvere problemi interpretativi puntuali e per chiudere singole controversie in corso assunsero presto pieno valore di legge in modo da essere applicati anche ai casi analoghi e divennero una primaria fonte del

⁽³¹⁾ Si trattava di « [...] une infinité de loix publiées en la ville de Rome, en partie du tems des rois, en partie du tems de la liberté, et en partie aussi du tems des Cesars: lesquelles loix selon la diversité du tems et les formes de la republique estoient [...] necessairement repugnantes, contradictoires et abrogatives les unes des autres »: ivi, cap. XI, p. 77.

⁽³²⁾ « Outre cela, il estoit survenu un grand nombre de livres faits et publiez par les iurisconsultes, contenans en partie l'exposition desdites loix, et en partie aucunes disputes, conseils, responses, et autres traittez particuliers desdits auteurs: tellement que Iules Cesar qui fut environ cinq cens ans auparavant Tribonian, voyant un tel deluge et confusion fut en deliberation d'y mettre quelque remede et amendement »: ivi, pp. 77-78.

⁽³³⁾ Secondo la nota testimonianza di Svetonio: « ius civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros » (*Div. Iul.* XLIV, 2).

⁽³⁴⁾ « Ces deux factions remplirent la ville de Rome d'une infinité de debats et escrits contraires les uns aux autres: et ce en la plus-part des points et matieres du droit, comme Iustinian le tesmoigne parlant ainsi: *Cum per contrarias interpretantium sententias totum pene ius conturbatum est* [*Deo auctore*, 12 (= C.1,17,1,12)] »: HOTMAN, *Antitribonian*, cit., pp. 78-79.

diritto d'età imperiale. Tale evoluzione solleva tuttavia forti obiezioni da parte di Hotman, pronto a rilevare come in tal modo la produzione normativa fosse nella piena disponibilità di principi che a tutti gli effetti dovevano considerarsi tiranni disumani, quali Eliogabalo, Commodo, Caracalla e Diocleziano, privando le decisioni giudiziali ed il diritto in generale dell'indispensabile connessione con la dimensione dell'equità⁽³⁵⁾: una deriva insostenibile ben messa a fuoco, secondo Giulio Capitolino, dal progetto di riforma di Opilio Macrino⁽³⁶⁾ (effimero imperatore, in carica nel 217-218 d.C.), deciso ad abolire i rescritti dei predecessori per ricondurre la giurisdizione al rispetto del diritto, richiamando l'esempio di Traiano che si era astenuto dal dare risposta alle petizioni onde evitare che decisioni assunte in funzione della singola controversia, per favorire una delle parti, potessero essere estese ad altre cause⁽³⁷⁾. In conclusione, il *Codex* è pieno di rescritti forniti da imperatori che sovente erano « tyrans ennemis de toute vertu et pieté »⁽³⁸⁾ e ciò ne inficia in modo decisivo il valore.

Nella visione del giurista ugonotto la generica riserva morale verso autocrati esecrandi per la vita dissoluta e censurabili per la gestione tirannica del potere si sposa alla specifica preoccupazione per i contenuti di un diritto che appare sempre più slegato dall'equità e frutto della volontà arbitraria del principe; quel diritto non può infatti tradursi in norme giuste e rivolte al bene comune se promana da un legislatore malvagio, indifferente al perseguimento della giustizia. In questo senso diviene politicamente e giuridicamente rilevante anche ricostruire la personalità di Triboniano e di Giustiniano, la loro inclinazione ai vizi, l'empietà, la congenita

⁽³⁵⁾ « Surquoy ie laisse à penser à tout homme de bon et sain iugement quelle equité il pouvoit avoir és rescrits de ces infames tyrans, qui meritoient plusot le nom de villains et malheureux monstres que d'empereurs Romains [...] »: ivi, p. 80.

⁽³⁶⁾ Sul punto Hotman è fedele, come suo solito, alla fonte da cui attinge e, che in questo caso è l'*Historia augusta*: SHA, *Macr.* XIII, 1: « Fuit in iure non incallidus, adeo ut statuisset omnia rescripta veterum principum tollere, ut iure, non rescriptis ageretur, nefas esse dicens leges videri Commodi et Caracalli et hominum inperitorum voluntates, cum Traianus numquam libellis responderit, ne ad alias causas facta praeferrentur, quae ad gratiam composita viderentur ».

⁽³⁷⁾ Cfr. HOTMAN, *Antitribonian*, cit., pp. 80-81.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 81.

insaziabile avarizia di cui ci parlano le fonti, diligentemente citate da Hotman: la Suida, Procopio, Evagrio, fino a Giovanni Zonara sono concordi nel fornirci un ritratto fosco del grande imperatore e del suo primo collaboratore, del tutto negativo quanto alle loro qualità morali ⁽³⁹⁾.

Peraltro, nonostante l'oggettivo rilievo negativo di tale connotazione, il giurista francese deve ammettere la difficoltà dell'impresa assunta sulle sue spalle da Triboniano e riconoscere il successo arriso alla difficile operazione, condotta per di più in un'età di decadenza culturale, di cernita e ricucitura secondo un disegno coerente di un numero enorme di frammenti, tratti da ben duemila opere giurisprudenziali, fino a mettere a punto una raccolta di cinquanta libri, nel tempo di soli tre anni: si conferma così che proprio la composizione del *Digesto* deve essere considerata il capolavoro di Triboniano ⁽⁴⁰⁾.

Nonostante ciò, Hotman non esita a muovere una serie nutrita di addebiti all'artefice dell'ambizioso disegno di Giustiniano; in primo luogo infatti egli sposa la tesi di quanti gli rimproverano l'abrogazione di tutte le leggi antiche, degli editti dei pretori, delle decisioni del senato, reputando ciò nient'altro che un vero e proprio sacrilegio, che costringe a contentarsi dei resti dei commenti degli antichi giureconsulti a quelle norme, nel frattempo andate colpevolmente perdute. In secondo luogo, Triboniano è responsabile di aver accantonato tutte le opere dei giuristi d'età repubblicana preferendo ad essi quelli posteriori, venuti dalle province orientali dell'impero ed incapaci di padroneggiare al meglio la lingua latina e di competere in tale campo con gli antichi: Africano, Trifonino, Modestino, Giavoleno e molti altri furono greci, siriaci, africani e nonostante i loro sforzi sono rimasti molto distanti dai loro modelli ⁽⁴¹⁾; anche

⁽³⁹⁾ Cfr. *ivi*, pp. 82-83.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. *ivi*, p. 85.

⁽⁴¹⁾ Cfr. *ivi*, cap. XII, pp. 88-90. L'autore cita la cattiva fama di Africano, che avrebbe meritato il detto coniato dai dottori medievali, causato della sua proverbiale oscurità, derivante a suo avviso dalla padronanza non ottimale della lingua latina: *Haec lex est Africani, ergo difficilis* (*ivi*, p. 90); la sentenza si trova enunciata ad es. in Bartolo: BARTOLI DE SAXOFERRATO *Commentaria... in secundam partem Digesti Novi*, Venetiis, per Baptistam De Tortis, 1526 (rist. anast. Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1996), *ad l. Cum quis*, 38, ff. *De solutionibus et liberationibus* (D.46,3,38), f. 98r (cfr. anche i puntuali

Tertulliano, che era stato giurista rinomato prima di dedicarsi a temi religiosi ⁽⁴²⁾ e persino Ulpiano (notoriamente oriundo di Tiro) non sono immuni da tale difetto, rientrando anch'essi a pieno titolo nella categoria dei « iurisconsultes Greco-latini » ⁽⁴³⁾. Pur affettando di non volersi troppo soffermare su questo aspetto, Hotman non rinuncia a citare a riprova delle sue asserzioni anche il noto passo di una lettera di Plinio il Giovane nella quale si indica Giavoleno Prisco addirittura come uomo « dubiae sanitatis », dal comportamento sopra le righe e non del tutto equilibrato, nonostante i riconoscimenti ottenuti quale giurista di grande levatura, la sua partecipazione al *consilium principis* e l'attribuzione dello *ius publice respondendi* ⁽⁴⁴⁾.

riferimenti in S. GEONGET, *La notion de perplexité à la Renaissance*, Genève, Droz, 2006, p. 32).

⁽⁴²⁾ Cfr. HOTMAN, *Antitribonian*, cit., pp. 90-91. Hotman prende per buona l'identificazione dell'apologista cristiano con il giurista del II secolo di cui conosciamo alcuni frammenti inseriti nel *Digesto*, secondo una proposta avanzata da Cuiacio, pur se cursoriamente e dubitativamente, nelle sue *Observationes et emendationes*, lib. VII, cap. 2 (tale libro, insieme al VI e all'VIII, fu dato alle stampe a Lione nel 1564; cfr. E. VOLTERRA, *La "Graduum agnationis vetustissima descriptio" segnalata da Cujas*, in « Atti della Accademia Nazionale dei Lincei. Memorie. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche », s. VIII, 22 (1978), pp. 1-108: 90). Il fatto che la storiografia moderna tenda a rifiutare tale ipotesi non influisce comunque nella sostanza sul senso del discorso hotmaniano, anche se le fonti da lui citate, critiche verso lo stile di Tertulliano, si riferiscono proprio (soltanto) all'autore cristiano: Lattanzio, Gerolamo, Beato Renano. Quest'ultimo nella prefazione all'*opera omnia* dell'apologista da lui curata lo rimprovera per la lingua grecizzante nei costrutti e nelle figure impiegate. Il riferimento non è in realtà alla *editio princeps* frobeniana del 1521, bensì alla terza edizione, del 1539, dove si trova una nuova e più breve epistola prefatoria dell'umanista, indirizzata « theologis et piis omnibus », con il passo citato alla lettera da Hotman (con essa l'umanista cercava di adottare un atteggiamento più prudente sul piano teologico al fine di evitare la censura ecclesiastica, anche se ciò non gli evitò la messa all'*Indice*, nel 1559, dei suoi *scholia* a Tertulliano; cfr. C. MUNIER, *Les annotations de Beatus Rhenanus aux éditions de Tertullien* (Bâle: 1521-1528; 1539) et leur mise à l'Index librorum prohibitorum, in *Beatus Rhenanus (1485-1547) lecteur et éditeur des textes anciens*, Actes du Colloque International tenu à Strasbourg et à Sélestat du 13 au 15 novembre 1998, éd. par J. Hirstein, Turnhout, Brepols, 2000, pp. 235-262: 261).

⁽⁴³⁾ HOTMAN, *Antitribonian*, cit., p. 91.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. *ivi*, pp. 91-92. « Est omnino Priscus dubiae sanitatis, interest tamen officiis, adhibetur consiliis atque etiam ius civile publice respondet: quo magis quod tunc fecit et ridiculum et notabile fuit »: PLIN. IUN. *epist.* 6, 15, 3. Sulla figura di Giavoleno,

In terzo luogo, occorre sottolineare che il lavoro di Triboniano ha riunito una congerie eterogenea di passi tratti da duemila volumi, senza lasciare alcun trattato o scritto intero, bensì estraendone infiniti frammenti senza seguire un criterio logico comprensibile e verificabile:

Or en tout ce ramas il ne nous a laissé aucun traité ou discours entier, ains seulement des propos rompus, inutiles et recueillis par ci par là, maintenant de l'un tantost de l'autre, sans aucune liaison et fil continuel de dispute. Car de deux ou trois mille traittez faits par divers auteurs, il en a prins une ligne de l'un, six de l'autre, neuf ou dix d'un autre » (45).

Ciononostante, si trovano sempre persone così stupide da pretendere di voler ricondurre tale opera ad un preciso e certo metodo di lavoro, come se esso fosse davvero esistito. In quarto luogo, appare del tutto casuale non soltanto il modo di estrapolare i passi dalle opere giurisprudenziali, ma anche quello di assemblarli di nuovo, dato che non pare possibile scorgere alcun ordine o criterio di disposizione dei frammenti in alcuna materia e si salta di palo in frasca, piuttosto che applicare un criterio assennato e scientificamente plausibile.

In quinto luogo, le numerosissime antinomie che si possono riscontrare nel *Digesto* stanti le premesse sono inevitabili e sono ascrivibili direttamente alla responsabilità di Triboniano, poiché i frammenti sono stati ricavati indifferentemente da opere di autori appartenenti alle due diverse scuole dei Proculiani e dei Sabiniani, generando giocoforza contraddizioni a non finire. La loro esistenza è una evidenza incontestabile, dimostrata dall'esperienza comune, ed ormai non si trova alcun giurista di un certo rango che non lo confessi apertamente (46), nonostante che il giureconsulto bizantino

senz'altro uno dei maggiori giuristi del suo tempo, protagonista di un lusinghiero *cursus honorum* prima di dedicarsi a tempo pieno alla giurisprudenza e di assumere la guida della scuola dei Sabiniani, basti qui rinviare a G. VIARENGO, *Riflessioni su Giavoleno Prisco*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », X (1980), pp. 3-43 (che discute in modo esauriente anche il tema del luogo di nascita del giurista, indicando Gubbio o comunque l'Italia centrale come il più probabile).

(45) HOTMAN, *Antitribonian*, cit., pp. 92-93.

(46) « Car combien que Tribonian se vante par plusieurs fois du contraire, et nous dye que le livres anciens estoient pleins de telle contrarietez, mais que les siens en

si vanti spesso del contrario e che gli interpreti si affannino ad affermare che le antinomie sono soltanto apparenti, poiché resterebbero sul piano superficiale della lettera delle norme, senza intaccare quello sostanziale del senso.

Il sesto addebito di cui può essere accusato Triboniano riguarda la esibita ma fuorviante precisione prestata nel riportare con scrupolosa esattezza i testi dei giuristi classici, indicando ogni volta il nome dell'autore ed il luogo da cui il frammento è tratto, tanto che non è raro che l'*inscriptio* sia ben più lunga del passo riprodotto. Ma tale pretesa coscienziosità è contraddetta da una sostanziale disinvoltura nel sostituire il testo originale con le parole di Triboniano stesso, come si può facilmente verificare ad es. nel caso del lungo frammento attribuito a Pomponio nel titolo *De origine iuris* (D.1,2,2), ovvero confrontando le *Pauli sententiae* con i testi corrispondenti attribuiti a Paolo ed inseriti nel *Digesto*. Del resto, non è comprensibile la reazione scandalizzata di quanti si sentono in dovere di difendere la probità di Triboniano (« la sainte et scrupuleuse conscience du bon Tribonian »⁽⁴⁷⁾), come se costui subisse accuse infondate ed oltraggiose che ne intaccano ingiustamente l'onore, laddove è sufficiente leggere le parole di Giustiniano, con le quali il sovrano ha espressamente ordinato al suo funzionario di apportare tutte le modifiche testuali che ritenesse necessarie⁽⁴⁸⁾.

In settimo luogo, si può rimproverare di aver inserito nel *Digesto* numerosi passi non soltanto simili nel contenuto, ma addirittura in tutto uguali nella forma, anche se si pretende di aver eliminato qualsiasi superfluità e ripetizione⁽⁴⁹⁾.

Infine, come ottavo e supremo capo d'accusa, si deve rilevare che tutta la compilazione è riempita di riferimenti a dispute dottrinali concernenti quelle formalità che erano essenziali nel diritto civile dei Romani in età risalente, ma che sono state interamente

sont du tout exemts et repurgez, toutesfois l'experience nous montre evidemment le contraire. Et n'y a aujourd'huy gueres de docteurs qui soient de nom et de reputation qui ne le confessent franchement »: *ivi*, pp. 94-95.

⁽⁴⁷⁾ *Ivi*, p. 96.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. *ivi*, pp. 95-97. Hotman riporta qui citandoli alla lettera i passi della *Const. Deo auctore* che autorizzano i compilatori ad effettuare le interpolazioni.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. *ivi*, p. 97.

abolite dagli imperatori di epoca più tarda. Eppure Triboniano le resuscita e costringe gli interpreti a cercare di dare un senso ad indicazioni spesso reticenti ed enigmatiche, in ogni caso riferite a formalità e sottigliezze giuridiche superate da tempo in ragione dell'approvazione di nuove leggi abrogative; l'esito è quello di uno spreco notevole e deplorabile di tempo ed energie per venire a capo di tali inutili complicazioni ⁽⁵⁰⁾. Negare contro l'evidenza che le *Pandette* sono piene di simili superflui dibattiti teorici, relativi a norme ormai non più in vigore ed inutili, sarebbe davvero segno di grande impudenza.

Questo il quadro desolante concernente le molteplici riserve che il giurista umanista non può non avanzare nei confronti delle scelte metodiche compiute da Triboniano e dei modi con cui si è proceduto alla loro concreta attuazione; ogni errore d'impostazione, ogni difetto ideativo del progetto si riverbera in modo diretto sulla pessima qualità del risultato finale, determinando un inevitabile giudizio palesemente e pesantemente negativo, che riguarda ogni aspetto dell'impresa, opinabile nelle finalità e senz'altro mal realizzata in concreto. L'ambizioso progetto di Giustiniano si è invero con l'unico effetto tangibile, gravissimo perché irrimediabile, di aver determinato la disarticolazione ed infine la perdita dello straordinario patrimonio giurisprudenziale classico, a causa dalla irragionevole opzione a favore dei giuristi più tardi e di minor valore scientifico, comunque anch'essi penalizzati dalla deleteria riduzione in frammenti delle loro opere. Tutta l'operazione, in mancanza di un serio criterio scientifico a guidare l'opera compilatoria, non poteva in fine che produrre una raccolta di testi riuniti all'insegna della casualità ovvero della arbitrarietà, con dei risultati opposti rispetto alle attese. L'inserimento massiccio di interpolazioni, peraltro non segnalate, sta

⁽⁵⁰⁾ Quel che è peggio, i riferimenti a tali dispute dottrinali ormai appartenenti ad un passato remoto e ad un diritto non più vigente già ai tempi di Giustiniano sono inseriti « [...] non pas avec discours et deduction, qui fut intelligible, mais par petis eschantillons et lopins qui sont comme des bulletins anciens de la Sybille, ou énigmes fait à propos pour gehenner et tourmenter les meilleurs esprits de ce monde. Mesmes cette plainte a été autant commune aux ieunes gens de Constantinople comme à nous. Car (pour en alleguer un exemple) dequoy leur pouvoient profiter les subtilitez des actions directes, utiles; in factum et praescriptis verbis? [...] lesdites formalitez avoient esté abolies par Constantin, deux cens ans auparavant »: *ivi*, pp. 98-99.

a dimostrare, in una parola, accanto al recupero di dibattiti dottrinali superati dall'evoluzione normativa, la programmata natura anfibia del *Digesto*, insieme monumento eretto per perpetuare la memoria del lavoro dei giureconsulti antichi, con una spiccata valenza storica, ma anche raccolta di materiale normativo vigente, indirizzata ai pratici per la sua applicazione nel presente. Tali contraddittori caratteri costitutivi della compilazione hanno creato un testo vulnerato da difetti evidenti già all'epoca di Giustiniano e divenuto poi, in altro contesto storico, del tutto inservibile sia in ottica storiografica che in quella di un impiego nella prassi giuridica dell'Europa moderna.

5. *Littera Bononiensis e littera Florentina a confronto.*

Non v'è dunque nessuna ragione perché il frutto di una operazione censurabile sotto ogni punto di vista debba ancora condizionare la vita del diritto del regno di Francia, che non ne trarrebbe alcun vantaggio. La lunga storia del *Corpus iuris civilis*, del suo successo e dell'autorità riconosciutagli ⁽⁵¹⁾ nel Medioevo, puntualmente richiamata da Hotman, conferma l'assunto: il risultato della attività interpretativa di Glossatori e Commentatori non ha certamente rischiarato i punti oscuri e sciolto le contraddizioni in modo soddisfacente, bensì ha aggiunto una quantità insostenibile ed ingestibile di materiale esegetico di nessun valore scientifico, a partire dal quale si sono sviluppate lunghe diatribe pseudoscientifiche tra i *doctores*. Dopo alcuni secoli di lavoro senza soste, la letteratura giuridica medievale nata dallo studio delle compilazioni bizantine è ormai cresciuta a dismisura, perché ciascun dottore vuole acquistare visibilità e credito al fine di ottenere incarichi remunerativi e prestigiosi presso il principe, nelle Università, come difensore nei processi ⁽⁵²⁾; in tal modo, per una fisiologica diversità

⁽⁵¹⁾ Riprendiamo qui il titolo del cap. XIII, *Du succez et autorité des livres de Iustinian*.

⁽⁵²⁾ « [...] depuis trois cens ans il s'est fait plus de traittez, disputes, commentaires, conseils, decisions, observations, annotations, repetitions, singularitez, apostilles, et autres manieres d'escrits qu'il ne s'en estoit fait auparavant Iustinian par l'espace de quatorze cens ans: voulant un chacun Docteur se faire par là cognoistre, publier, et

di opinioni ma anche per la sete di denaro che induce molti ad una condotta deontologicamente scorretta, nessuna materia appare incontroversa ed intorno ad ogni istituto regna l'incertezza, sulla quale molti giuristi speculano per lucrare indebiti guadagni⁽⁵³⁾. Ne discende il più completo discredito sui giureconsulti, che hanno fatto proprio il metodo scolastico e reso ogni cosa incerta e disputabile⁽⁵⁴⁾ ed il meritato disprezzo verso una categoria che si serve del suo sapere per imbrogliare le carte a proprio vantaggio e a danno della giustizia:

Voila le pauvre estat que l'on a veu depuis environ deux cens ans entre ces Docteurs Scholastiques, qui les a rendus si odieux qu'en la fin on ne les a pas tenus seulement pour gens de gros et lourd cerveau, mais pour sophistes, chicaneurs, abuseurs, et imposteurs de iustice⁽⁵⁵⁾.

La critica di Hotman non risparmia neppure i giuristi conquistati dalle nuove mode umanistiche, che si qualificano come seguaci della 'giurisprudenza pura', i quali a suo giudizio finiscono per discutere soltanto intorno a problemi grammaticali, nel tentativo di venire a capo del latino rozzo e pieno di asperità degli autori già indicati sopra come Grecolatini⁽⁵⁶⁾. Si tratta di una tendenza che è

anoblir, pour estre apres recherché par les Princes, appellé aux universitez de loix, et loüé à gros gages, escrire des conseils, instructions et advertissemens pour la defense des proces »: *ivi*, cap. XIV, pp. 108-109.

⁽⁵³⁾ Cfr. *ivi*, p. 109.

⁽⁵⁴⁾ Con un grande sfoggio, nei casi migliori, di una erudizione comunque dannosa perché mal indirizzata; quale incarnazione del giureconsulto dotto che non sa trarre però vantaggio dal suo sapere per dare risposte certe ai tanti quesiti aperti, Hotman cita André Tiraqueau, autore di trattati esemplari per la vastità e la profondità delle conoscenze esibite ma anche per l'inconcludenza delle mille opinioni contrapposte senza reale costrutto: cfr. *ivi*, pp. 110-111 (su tale figura cfr. G. Rossi, *Incunaboli della modernità. Scienza giuridica e cultura umanistica in André Tiraqueau (1488-1558)*, Torino, Giappichelli, 2007, specie pp. 13-100, sui trattati dedicati ad istituti privatistici).

⁽⁵⁵⁾ HOTMAN, *Antitribonian*, cit., p. 111. Tutto il cap. XIV, sul quale non ci soffermeremo ulteriormente perché attiene alla critica della prassi giuridica coeva ad Hotman e non aggiunge elementi di rilievo circa la sua posizione contraria al diritto romano, contiene un accorato ed insieme godibile attacco contro la scarsa cultura e l'avidità dei giuristi di *ius commune*, da un lato insipienti per ignoranza ed appannato acume, dall'altro abili sofisti, cavillosi ed imbrogliatori.

⁽⁵⁶⁾ Hotman nota che sono diffusi « [...] tant de debats et contentions qui sont auiourd'huy entre les Docteurs de sçavoir plus exquis, nourris et exercez aux bonnes

mal sopportata dai pratici, che si rivolgono spregiativamente a costoro con l'appellativo di 'umanisti' e 'grammatici', ricevendo in cambio quello di 'bartolisti' e 'barbari', tanto che nelle Università si sono ormai formati due partiti contrapposti. Taluni arruolano tra i fautori del nuovo metodo anche Connan, perché le sue opere sono esageratamente piene di dispute sull'etimologia e la proprietà semantica dell'impiego delle parole latine e di simili questioni grammaticali, notando poi che le più delicate sono spesso quelle per cui non viene proposta alcuna vera soluzione ⁽⁵⁷⁾.

Una difficoltà oggettiva proviene poi dal confronto ormai possibile tra la *littera Florentina* e la *vulgata*, adottata dalla scuola dei Glossatori bolognesi e divenuta di uso comune presso gli *Studia* di tutta Europa. L'antico manoscritto delle *Pandette* conservato a Firenze come una reliquia ⁽⁵⁸⁾ è stato reso disponibile agli studiosi ⁽⁵⁹⁾ e se ne è finalmente tratta da pochi anni un'edizione che ne

lettres et qui se disent professeurs de la pure Iurisprudence. Qui ne void que la pluspart de leurs contentions, n'est fondée que sur des disputes de grammaire Latine. Car à cause de la difficulté qui est quelquesfois au rude et raboteux langage de ces derniers iurisconsultes Grecolatins, l'un maintient que la diction Latine dont ils ont usé se doit entendre ainsi ou ainsi, l'autre soutient au contraire qu'elle se doit prendre et entendre autrement »: *ivi*, cap. XV, p. 119.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. *ivi*, p. 120. Su questo autore cfr. in *primis* C. BERGFELD, *Franciscus Connanus (1508-1551): Ein Systematiker des römischen Rechts*, Köln-Graz, Böhlau, 1968; per la connotazione spiccatamente umanistica della sua opera si veda M. DUCOS, *La tradition cicéronienne dans les Commentarii iuris civilis de François de Connan*, in *Il Rinascimento giuridico in Francia. Diritto, politica e storia*, cit., pp. 163-177.

⁽⁵⁸⁾ « Puis ayant le Duc de Florence Cosme de Medicis permis depuis quinze ou vingt ans d'imprimer ledit original (lequel auparavant on gardoit comme un saint et précieux reliquaire, et ne monstroient-on que bien rarement avec des torches et flambeaux, ainsi que les mystagoges du tems passé monstroient leurs joyaux sacrez) »: HOTMAN, *Antitribonian*, cit., pp. 120-121. Hotman riecheggia fedelmente alcune testimonianze di Angelo Poliziano circa la rarità e la solennità delle ostensioni in pubblico del manoscritto (e.g. « Atqui volumen ipsum Iustiniani Digestorum seu Pandectarum dubio procul archetypum, in ipsa curia florentina a summo magistratu publice adservatur magnaue veneratione quamque raro id etiamque ad funalia ostenditur »: ANGELI POLITIANI *Miscellaneorum centuria prima*, Florentiae 1489, cap. 41, n.n.).

⁽⁵⁹⁾ Sulla vicenda dello studio del manoscritto pisano e poi fiorentino e della collazione con la *vulgata* da parte di Poliziano nell'estate del 1490, su autorizzazione espressa di Lorenzo de' Medici, si veda ora ROSSI, *Lecture umanistiche del Digesto lungo il XV secolo*, cit., pp. 346-365, con ampia bibliografia.

rispecchia fedelmente il dettato ⁽⁶⁰⁾, cosicché sono sotto gli occhi di tutti le rilevanti discrepanze della *littera Bononiensis* rispetto ad esso:

Il s'est trouvé une si grande diversité, repugnance et contrariété entre ledit original et les susdites transcriptions, que les plus sçavans de nostre tems en sont demourez confus. Car premierement il se trouve une infinité de passages, lesquels en l'original sont escrits avec l'affirmative, et és vulgaires avec la negative. Au contraire, une infinité d'autres qui se trouvent en l'un par la negative, et és autres par l'affirmative ⁽⁶¹⁾ [...] Secondement, il se trouve autre grand nombre de passages, ausquels ce qui est en l'original attribué au demandeur, en l'autre est dit du deffendeur. Ce qui est dit en l'un de l'heritier, est dit en l'autre du legataire. Ce qui est exprimé en l'un par le masculin, est dit en l'autre par le feminin. Que feront les pauvres jeunes gens en telle confusion et perplexité? ⁽⁶²⁾

Tutto ciò ha gettato nella confusione i giuristi, perché le differenze non di rado riguardano punti di diritto assai rilevanti; la maggior parte dei pratici, tuttavia, per non essere costretti ad ammettere che gran parte del loro sapere è costruito sulle sabbie mobili e che il diritto giustiniano posto a fondamento dello *ius commune* e su cui ci si è basati da secoli per elaborare le soluzioni da adottare nella pratica è diverso da quello effettivamente promulgato dall'imperatore e riportato dal manoscritto fiorentino, non vogliono ascoltare quanti ricordano loro queste scomode verità e rifiutano di prendere atto delle risultanze dello studio della *littera Florentina*, continuando a leggere ed usare unicamente il testo vulgato e tacitando in malo modo chi vuole mettere a frutto la nuova edizione critica delle *Pandette* (evidenziando in tal modo il problema):

Et de là est survenu un autre plaisant jeu et passetems de nos Praticiens, lesquels sont ennemis mortels de telles disputes. Car d'autant que plusieurs

⁽⁶⁰⁾ Si tratta ovviamente della edizione curata da Lelio e Francesco Torelli, uscita a Firenze nel 1553, su cui si veda G. GUALANDI, *Per la storia della editio princeps delle Pandette fiorentine di Lelio Torelli*, in *Le Pandette di Giustiniano. Storia e fortuna di un codice illustre. Due giornate di studio*, Firenze, 23-24 giugno 1983, Firenze, Olschki, 1986, pp. 143-198.

⁽⁶¹⁾ Lo spagnolo Antonio Agustín è qui citato come uno degli autori più affidabili dedicatisi a rilevare tali diversità; dotto umanista nonché laureato dottore *in utroque* a Bologna, amico del Torelli e fiero critico dell'opera di Bolognini, fu autore dei quattro libri delle *Emendationes et opiniones* e con l'amico Jean Matal si dedicò a Firenze tra fine 1541 ed inizio 1542 ad una nuova ed autonoma collazione dei testi del *Digesto*.

⁽⁶²⁾ HOTMAN, *Antitribonian*, cit., pp. 121-122.

de leurs regles et maximes receuës en leur pratique, sont fondees sur l'edition vulgaire: toutes les fois qu'on leur objecte l'autorité de l'original de Florence, ils s'escrient que cela est renverser les fondemens de toute la discipline, et les remettre à labecé; tellement que si quelqu'un des nouveaux Docteurs qu'ils apellent purifiez et reformateurs des Pandectes, se rencontre d'avanture en leur compagnie, et leur veuille alleguer l'exemplaire Florentin, ils se bandent tous contre luy comme contre un heretique formé: nonobstant toutes les remonstrances que lon leur sçache faire au contraire [...] ⁽⁶³⁾

Si è così generata una situazione caotica, nella quale sono venuti meno gran parte dei punti di riferimento tradizionali e dove le maggiori conoscenze dovute allo studio della *littera Florentina* ed all'impiego della filologia e della storia determinano una grande incertezza sui contenuti del *Digesto*, dati invece ormai per acquisiti e pacifici dalla scienza giuridica di matrice medievale. Il risultato dell'applicazione delle novità metodiche umanistiche all'opera di Triboniano giunge quindi soltanto alla metà del XVI secolo a produrre tutte le possibili conseguenze ed è paragonabile ad un vero terremoto, che rischia di far franare per il giurista ogni certezza senza poter sostituire nell'immediato al vecchio e screditato sistema di sapere uno nuovo ed alternativo da proporre con successo alla prassi. Hotman riproduce bene tale senso di disorientamento e straniamento che deve aver colpito gran parte dei *doctores legum*, a tutti i livelli: « Voila la confusion qui est depuis quinze ou vingt ans d'un costé entre les plus estimez et excellens Docteurs de nostre tems » ⁽⁶⁴⁾.

L'emersione di discrepanze numerose e gravi tra il testo vulgato del *Digesto* e quello derivante dal recupero dell'antico manoscritto non esaurisce però il quadro complesso derivante dal nuovo e molteplice approccio alla fonte sperimentato dai giuristi umanisti: forti delle nuove conoscenze linguistiche e storiche, costoro hanno avviato una rilettura della compilazione che conduce alla messa in rilievo di una infinità di errori che costellano la *littera Bononiensis*,

⁽⁶³⁾ Ivi, pp. 122-123.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, p. 123. Sottolinea questo aspetto e la consapevolezza di Hotman in materia J.-L. FERRARY, *À propos d'un texte de François Hotman. Les juristes humanistes et l'édition du Corpus iuris civilis glosé*, in A. Ennio Cortese, scritti promossi da D. Maffei, raccolti a cura di I. Birocchi, M. Caravale, E. Conte, U. Petronio, II, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2001, pp. 86-104, specie 96-97.

a prescindere dalla collazione con quella conservata a Firenze. Come se si trattasse di piaghe, ulcere e ferite di un corpo martoriato da curare, i nuovi interpreti si sono dedicati ad una sorta di puntuale chirurgia ricostruttiva che ha reso quasi irriconoscibile il testo normativo ⁽⁶⁵⁾, nel tentativo di sanare gli infiniti guasti prodotti da Triboniano ed amplificati e moltiplicati poi dalla tradizione manoscritta medievale. Tale opera di restauro è stata avviata, secondo Hotman, da grandi figure di intellettuali (ancor prima che di giuristi), quali Guillaume Budé per la Francia, Andrea Alciato per l'Italia e Gregorius Haloander per la Germania (proponendo quindi anch'egli come Chansonnette una triade esemplare di nomi eccellenti in corrispondenza delle diverse nazioni, ma sostituendo nel proprio 'triumvirato' di eminenti giuristi umanisti l'Aloandro a Ulrich Zasius per la Germania).

Ad aggravare il problema ed a renderne particolarmente ardua la soluzione v'è poi il fatto che in merito alle emendazioni e correzioni rese necessarie dal pessimo stato dei testi (e che non fanno salva neppure la stessa *littera Florentina*) manca qualsiasi accordo tra i dotti, che litigano su tutto, lasciando privi di punti di riferimento i giovani studenti, storditi e disorientati da tante dispute e da tanta incertezza, dovuta al fatto che le proposte di ripristino del dettato originale sono frutto quasi esclusivamente di congetture, basate solitamente su elementi molto fragili ed opinabili ⁽⁶⁶⁾.

Conseguenze particolarmente gravi di tale stato di cose sono da un lato il fatto che i giovani tendono a trascurare l'aspetto della applicazione concreta del diritto, appassionandosi alle dotte ma astratte contese di stampo filologico e dall'altro lato il rischio che venga meno qualsiasi motivazione culturale per lo studio della

⁽⁶⁵⁾ « [...] si lon continuë encore quelques annees à faire ces applications d'emplastres, qu'ils appellent observations, emendations, transpositions, ratures et changemens, le corps des Pandectes se trouvera plus couvert d'emplastres, que ne fut oncques pauvre corps verolé: tellement que Iustinian mesmes auroit peine de les reconoistre, ie dy mesme s'il ne les desaduôioit du tout »: HOTMAN, *Antitribonian*, cit., pp. 124-125.

⁽⁶⁶⁾ « Ioint que les Docteurs mesmes confessent, que pour la pluspart ce ne sont que coniectures, fondees ou sur quelque semblance d'escriture, ou sur quelque trace de lettres demy effacees, sur un pied de mousche, et sur une semblance et conformité d'un autre passage, ou en general sur quelque autre suspicion. Qui plus est, cette nouvelle guerre s'attache non seulement contre les livres vulgaires, mais aussi contre l'original de Florence »: *ivi*, p. 125.

giurisprudenza, destinata ad essere abbracciata soltanto da chi è mosso dalla sete di guadagno, non dalla sua intrinseca qualità né dal puro piacere intellettuale di coltivarla:

Cependant on peut juger par ce discours, si c'est grand felicité aux hommes de maintenant, de consumer la fleur de leur aage en l'estude de ces livres, veu que la plus grand partie d'iceux ou est du tout abolie et hors d'usage, ou est remplie de desordre et confusion, ou est farcie de contrarietez et antinomies, ou est entachee de fautes et erreurs, ou est revoquee en doute et en dispute par les corrections et changemens qui s'y font ordinairement. Aussi pour en parler en conscience et en verité, chacun void que ce n'est ni l'excellence de l'art, ni le plaisir que lon y prend qui fait envieillir tant de gens en cet estude; ainsi comme lon void communément advenir és autres ars liberaux: mais la seule esperance du gain et profit [...] (67).

Il bilancio è ormai ben definito ed annovera soltanto poste negative: studiare il *Digesto* significa dedicarsi allo studio di un'opera che reca un diritto in gran parte non più in uso, connotata dalla confusione, infarcita di antinomie, costellata di errori, rispetto alla quale anche le correzioni proposte sono messe in dubbio ed oggetto di disputa. Del resto appare significativo che nonostante il gran numero di giovani che si dedicano nelle Università di tutta Europa ad approfondire il sapere giuridico, vi siano così pochi dottori di grande ed indiscussa reputazione; d'altra parte, i migliori restano disgustati da tale situazione ed abbandonano gli studi giuridici applicandosi ad altre discipline, ovvero si dedicano appena possono a letture storiche o filosofiche, più formative ed appaganti (68).

6. *La bontà del diritto giustiniano verificata alla luce dell'esperienza: il banco di prova della storia.*

In definitiva, ci sono ragioni più che sufficienti per ritenere necessaria una sostanziale riforma degli studi universitari di diritto, in considerazione dei difetti intrinseci che riguardano la sostanza della scienza giuridica, cui è possibile porre rimedio con molta maggiore difficoltà che non ai vizi estrinseci che sono al centro delle lamentele diffuse, affermatesi nel XVI secolo, contro i sofismi dei giuristi di vecchia scuola. Vizi, questi ultimi, sotto gli occhi di tutti

(67) Ivi, pp. 126-127.

(68) Cfr. ivi, pp. 127-128.

e lucidamente evocati da Hotman, quali l'ignoranza dei canonisti, la dissolutezza dei giovani, le spese eccessive cui far fronte per ottenere i gradi universitari, l'avarizia e l'impudenza di alcuni dottori che fanno traffico e mercimonio di quei gradi: vizi gravissimi, eppure sradicabili con maggior successo, perché non toccano l'essenza del diritto e della giurisprudenza ⁽⁶⁹⁾.

Il lungo ragionamento sulla totale inadeguatezza del diritto giustiniano a costituire la base del moderno ordinamento francese e sulla pratica impossibilità che ciò possa effettivamente avvenire si chiude con l'aggiunta di due elementi argomentativi di grande spessore, determinanti per la completezza della proposta hotmaniana: la verifica nella storia del ruolo dei *libri legales* nella Francia medievale e la prefigurazione del modo di superare l'applicazione del diritto romano mediante un progetto — per l'epoca rivoluzionario — di riforma delle fonti del diritto nel regno transalpino. Quanto alla dimostrazione storica della bontà della propria posizione, Hotman ricorda il dato di fatto per cui le compilazioni di Giustiniano sono comparse Oltralpe solo molto tempo dopo l'avvio della scuola di Bologna, quando il regno di Francia aveva già alle spalle otto secoli di storia ⁽⁷⁰⁾; nelle varie epoche successive all'arrivo dei Franchi nella Gallia, le leggi dei Romani sono state sempre più dimenticate e si è data la prevalenza alle consuetudini, senza tenere in gran conto il *Digesto* né le dottrine dei giuristi. A riprova l'autore cita, tra altri casi significativi di epoche diverse, quello della composizione del parlamento di Parigi prevista al momento della sua prima istituzione ⁽⁷¹⁾ (collocata nel 1294, sotto Filippo il Bello ⁽⁷²⁾),

⁽⁶⁹⁾ « Nous parlons du vice naturel et du deffaut interieur qui est en la matiere et substance de la discipline: lequel est bien plus difficile à corriger que les corruptions qui y sont arrivées par accidens exterieurs »: *ivi*, p. 130.

⁽⁷⁰⁾ « [...] le royaume des François a flory Dieu mercy l'espace de huit cens ans, sans faire aucun estat ni exercice des livres de Iustinian. Car il n'y a gueres plus de trois cens ans que l'exercice de cet estude estoit inconu à nostre France, et n'ont les Docteurs de telle discipline passé les monts des Alpes, sinon long tems apres l'edition d'Irnerius »: *ivi*, cap. XVII, p. 136.

⁽⁷¹⁾ Cfr. *ivi*, p. 142.

⁽⁷²⁾ Di solito in verità la prima regolamentazione organica viene fatta risalire ad una *ordonnance* di Filippo III l'Ardito, nel 1278; erroneamente, poi, Hotman indica Filippo il Lungo, che fu in realtà figlio secondogenito di Filippo IV e regnò dal 1316 al

che non faceva alcuno spazio ai *doctores*, sulla fede della narrazione di Guillaume Budé nelle sue *Annotationes in Pandectas* (73). Non meno significativa risulta la conferma dell'Università d'Orléans, ancora ad opera di Filippo IV il Bello nel luglio 1312, in occasione della quale il sovrano dichiara che il suo regno è governato dalle consuetudini e dal diritto non scritto e che soltanto su concessione sovrana è possibile servirsi del diritto scritto (74); in genere, però, anche laddove paia che il popolo segua quest'ultimo (cioè le superstiti vestigia dell'antico diritto romano), in realtà le norme in vigore sono propriamente consuetudinarie, introdotte sull'esempio di quelle scritte, senza che su tale aspetto influisca l'insegnamento nelle Università delle norme romane, che non è affatto indicativo del loro recepimento nell'ordinamento francese:

Ceterum super negotiis et causis forensibus regnum nostrum consuetudine moribusque non iure scripto regitur, licet in partibus regni quibusdam

1322; si noti che praticamente la stessa argomentazione, con le stesse parole (e la stessa citazione del passo di Budé) viene inserita da Hotman anche nella *Francogallia*, nell'ultimo capitolo, *De parlamentis iuridicialibus*, dove però si parla correttamente di Filippo il Bello. Ci riferiamo qui alla terza edizione accresciuta (Francofurdi, apud heredes Andreae Wecheli, 1586, cap. XXVII, p. 222), che tra l'altro reca la data corretta, indicata invece come 1293 nella prima edizione (FRANC. HOTOMANI IURISCONSULTI *Francogallia*, [Genevae], ex officina Iacobi Stoerrii, 1573, cap. XX, p. 170), refuso rimasto nell'edizione del 1574 ma già corretto in quella del 1576.

(73) La trattazione del punto in Budé risulta in realtà piuttosto articolata e ben più complessa (e come tale meglio messa a frutto nella *Francogallia*); inoltre l'intervento normativo in questione viene citato non a proposito dell'istituzione del Parlamento ma solo con riguardo alle regole per la sua composizione tripartita: si tratta di un passo tratto dal lungo commento alla *l. Nuptae*, nel titolo *de senatoribus* (D.1,9,12): nell'*editio princeps* (*Annotationes Guilielmi Budaei Parisiensis, secretarii regii in quatuor et viginti Pandectarum libros*, Parisiis, ab Iodoco Badio Ascensio nuper impressae, 1508), il passo si legge ai ff. 59v-60r.

(74) Una lettura — anche di questa norma tra le altre — tutta tesa a svalutare la *coutume* di fronte alla legge del sovrano si trova in J. KRYNEN, *Voluntas domini regis in suo regno facit ius. Le roi de France et la coutume*, in *El dret comú i Catalunya*, Actes del VII Simposi Internacional, Barcelona, 23-24 de maig de 1997, edició d'A. Iglesia Ferreirós, Barcelona, Fundació Noguera, 1998, pp. 59-89: ciò in conformità all'idea — a nostro avviso non condivisibile in tale formulazione estremizzante ed in fondo anacronistica — di un potere legislativo regio già ben sviluppato e vero fulcro del sistema delle fonti giuridiche nel regno di Francia sin dall'età bassomedievale. Tesi confermata ad es. anche in Id., *Entre science juridique et dirigisme: le glas médiéval de la coutume*, in « Cahiers de recherches médiévales et humanistes », VII (2000), pp. 170-187.

subiecti ex permissione progenitorum nostrorum et nostra iuribus scriptis utantur. In pluribus non ut iuribus scriptis agentur, sed consuetudine iuxta iuris scripti exemplar moribus introducta. [Et peu apres:] Non putet igitur aliquis nos recipere vel progenitores nostros recepisse leges quaslibet ex eo quod in diversis locis et studiis regni nostri per scholasticos legi sinantur, etc. ⁽⁷⁵⁾.

Non soltanto la vita del popolo si è svolta senza problemi anche nei lunghi secoli nei quali il diritto di Giustiniano in Francia non era conosciuto o comunque non era applicato quale diritto prevalente e sovraordinato a quello consuetudinario, ma si potrebbe anzi enunciare la regola opposta, per cui la vigenza delle compilazioni create da Triboniano si risolve inevitabilmente in un aumento vertiginoso della litigiosità, con un numero enorme di cause che ingolfano i tribunali e complicano a dismisura la vita della popolazione. La riprova citata da Hotman di tale paradossale esito riguarda la singolare e rivelatrice vicenda accaduta nel regno d'Ungheria, quando Mattia Corvino, venuto a contatto con i giuristi giunti da Napoli al seguito di Beatrice d'Aragona (la figlia del re di Napoli Ferdinando con la quale si era unito in matrimonio nel 1476), ha accettato di riformare il sistema giuridico ungherese, a base consuetudinaria, introducendo nel regno lo *ius commune* ed affidandosi per questo a giuristi chiamati dall'Italia. Tale innovazione, con l'avvento dei *libri legales* in quella terra che non li aveva mai conosciuti, ha però determinato un tale incremento del contenzioso da far temere la completa paralisi della giustizia e da indurre il sovrano a tornare precipitosamente sulla sua decisione, allontanando i *doctores* con i loro libri e ripristinando il sistema previgente ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷⁵⁾ HOTMAN, *Antitribonian*, cit., p. 143. Il testo dell'ordinanza regia (*Ordonnance réglant l'étude du droit civil et canonique à Orléans*) riprodotto da Hotman in estratto si legge in M. FOURNIER, *Les statuts et privilèges des Universités françaises depuis leur fondation jusqu'en 1789*, t. I. *Moyen-Âge. Universités d'Orléans, d'Angers, de Toulouse*, Paris, Larose et Forcel, 1890 (rist. anast. Bologna, Forni, 1969), n. 37, pp. 36-39 (a pp. 36-37 il passo citato), ovvero nel *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789...*, par Decrusy, Isambert, Jourdan, Paris, Belin-Le-Prieur - Verdrière, t. III, n. 452, pp. 20-27: 22-23.

⁽⁷⁶⁾ HOTMAN, *Antitribonian*, cit., pp. 144-145. Si tratta di un esempio divenuto ormai tipico nel XVI secolo, già citato ad es. da Juan Luis Vives, nel suo *De disciplinis* (1531), nella I sezione *De causis corruptarum artium*, in fine del libro VII dedicato allo *ius civile*, ripreso poi da Jean Bodin nella *République* (1576), dove cita in breve esempi

La morale della vicenda risalta con tutta evidenza: là dove il *Digesto* e le altre compilazioni del diritto romano sono vigenti ed hanno più forza, permeando di sé la vita giuridica di un popolo, sono più frequenti le liti e i processi, quasi come se i libri di Giustiniano facessero scaturire per incanto avvocati ed esperti di cavilli, al modo in cui Cadmo suscitava guerrieri seminando i denti del drago. L'esperienza della Francia e dell'Italia conferma nei fatti tale impressione:

A la verité, c'est merveilles qu'és païs où les livres de Iustinian ont le plus de cours et d'autorité, là void-on les plaids et proces peupler et provigner à foison. Et semble que Iustinian par ses livres engendre des plaideurs et chicaneurs: ainsi que jadis Cadmus engendroit des combatans par les dents du serpent qu'il semoit. Et ne peut-on nier que l'expérience ne s'en voye tant en France, comme en Italie ⁽⁷⁷⁾.

Illuminante del resto è il confronto con la Germania, dove il *Corpus iuris civilis* non ha la stessa importanza: nei paesi tedeschi, pur estesi e popolosi, l'esercizio della giurisdizione viene assicurato con un solo grande tribunale, il *Reichskammergericht*, a Spira, mentre nel regno di Francia vi sono otto o dieci parlamenti, che rappresentano del resto soltanto il vertice di una rete capillare ed assai ramificata di organi giudicanti di vario tipo e competenza diffusi sul territorio, senza paragone altrove per numero oltre che per quantità di cause discusse ⁽⁷⁸⁾.

Non resta che concludere — recuperando la massima di Arcesilao, tramandata dall'antologista bizantino Stobeo ⁽⁷⁹⁾ — che,

della diversità delle regole che presiedono alla giurisdizione presso i diversi popoli: lib. V, cap. I.

⁽⁷⁷⁾ Ivi, p. 145.

⁽⁷⁸⁾ « Car ceux qui ont fréquenté le païs d'Allemagne racontent, qu'aux plus grandes et belles villes, comme à Strasbourg, Ausbourg, Noremberg, il n'y a pour toutes plaideries plus de huit ou dix procureurs, et encores moins d'avocats. Mesmes en tout le païs, qui est estimé deux fois plus grand que celui de France, il n'y a qu'un seul Parlement, lequel est assis en la ville de Spire: au lieu qu'en France nous en voyons huit ou dix: sans le grand nombre d'autres Cours subalternes ou presidialles, lesquelles multiplient encore tous les jours: outre l'abus de tant de cohues et petites justices de village, qui ne se void nulle part qu'en notre France »: ivi, p. 146.

⁽⁷⁹⁾ La citazione è tratta dal *serm.* XLI, *De republica*, che raccoglie *excerpta* dedicati alla riflessione politica sullo stato: IOANNIS STOBÆI *Sententiae ex thesauris*

così come là dove ci sono più medicine ci sono anche più malati, ugualmente dove ci sono più leggi e più magistrati si determinano anche più abusi ed ingiustizie, in tal modo rovesciando il normale nesso di causalità, in base al quale dovrebbe essere la violazione della norma a richiedere l'emanazione di nuove regole e la celebrazione dei processi per la sua repressione, e non il contrario: « semblablement là où il y a plus de loix et de Magistrats, il s'y fait plus de meschancetez et d'injustice »⁽⁸⁰⁾. In tal modo il deposito di regole giuridiche più ricco di tutti i tempi, cioè il *Digesto* (e più in generale il *Corpus iuris civilis*), vede ribaltata la sua tradizionale rappresentazione passando da scrigno di sapienza giuridica da cui attingere per avere la garanzia di giungere a soluzioni giuste, a fonte di liti e di contenzioso, in modo che il suo rigetto ed il confinamento definitivo nel passato quale espressione peculiare dell'esperienza giuridica antica diventano una necessaria misura di autotutela verso un testo che sembra indurre per sua natura alla disputa giudiziale, accrescendo i punti dubbi e l'area dello *ius controversum*.

Tutto ciò diventa un limite oggettivo molto grave, nel momento in cui si abbraccia l'opinione d'Isocrate, che voleva che le leggi migliori fossero quelle che generavano il minor numero di processi. In ogni caso, Hotman sposa con convinzione la tesi che ritiene un fatto positivo la vigenza di poche leggi, facendo affidamento, all'occorrenza, non sulle prescrizioni delle leggi scritte, bensì sulla prudenza e sul giudizio di uomini esperti, ai quali dovrà essere affidato il compito di decidere la maggior parte delle cause civili, senza bisogno di prevedere una singola legge scritta per ogni caso, inseguendo l'idea di un'impossibile disciplina legale onnicomprensiva ed esaustiva⁽⁸¹⁾. In tal senso si sarebbe pronunciato anche Licurgo, che pure aveva acquistato fama imperitura quale leggen-

Graecorum delectae... & in sermones sive locos communes digestae, nunc primum a Conrado Gesnero... in Latinum sermonem traductae..., Tiguri, excudebat Christoph. Froschoverus, 1543, p. 259.

⁽⁸⁰⁾ HOTMAN, *Antitribonian*, cit., p. 147.

⁽⁸¹⁾ « [...] seroit-il plus expedient et plus salutaire de commettre à la prudence et jugement des hommes de bon sens et entendement, connus pour bons droituriers, la decision de la plus-part des causes privees, sans vouloir entreprendre d'establir une loy particuliere sur chacune d'icelles, qui est une chose autant impossible comme elle est infinie »: ivi, p. 148.

dario re-legislatore di Sparta: a suo avviso, secondo il racconto di Plutarco ⁽⁸²⁾, sarebbe stato opportuno evitare di legiferare, lasciando invece piena libertà ai cittadini di dare ai loro rapporti giuridici la forma e i contenuti più adatti di volta in volta alle circostanze e ai tempi.

Sin troppo facile appare per Hotman evidenziare, all'opposto, il fallimento dei testi giustiniani, se intesi come argini all'arbitrio dei giudici e quali vincoli efficaci per ottenere l'uniformità delle sentenze di tribunali e parlamenti: vi sono corti di giustizia che decidono i processi contraddicendo scientemente le norme romane, altre che dichiarano apertamente di non volersi assoggettare ad esse, mentre in alcuni parlamenti la giurisprudenza delle diverse *chambres* risulta in totale contrasto reciproco:

Et de fait, qui ne sçait qu'il se prononce tous les jours en France une infinité de sentences, arrests et iugemens, tout au rebours des loix et status de Iustinian? Et mesmement qu'en plusieurs Parlemens l'on fait profession ouverte de ne s'y vouloir assujétir. Et qui plus est, que non seulement les Parlemens jugent et prononcent arrests tous contraires les uns aux autres; dont aussi l'on void d'assez belles enseignes au recueil qui en est imprimé au grand deshonneur desdits Parlemens: mais aussi en aucuns Parlemens les chambres font profession de prononcer en mesmes matieres jugemens contraires les uns aux autres ⁽⁸³⁾.

Del resto, la verità è che gli avvocati affettano reverenza verso il diritto di Giustiniano, ma non ne conoscono e non ne comprendono neppure la centesima parte, ricavando tutto il loro sapere soltanto dalla lunga pratica accumulata presso un palazzo di giustizia:

D'autre-part, qui ne sçait que les deux tiers des advocats qui font profession de la doctrine de Iustinian n'y entendrent ni n'en leurent jamais la centième partie? Et que tout leur sçavoir ne vient que d'une rottine et fripperie, qui s'apprend par long et continuel usage d'un Palais ⁽⁸⁴⁾.

In tal modo l'autore riconosce ed enuncia senza infingimenti la frattura radicale ed insanabile tra la prassi giuridica della Francia moderna ed il *Corpus iuris civilis*, condizione necessaria per superare

⁽⁸²⁾ PLUT., *Lic.* 13, 1-4.

⁽⁸³⁾ HOTMAN, *Antitribonian*, cit., p. 149.

⁽⁸⁴⁾ Ivi, p. 150.

tale situazione nell'unico modo possibile: restituendo il testo romano al dominio della storia e liberando finalmente l'ordinamento francese da un pesante condizionamento ovvero, ormai, da una finzione anacronistica e controproducente.

7. *La proposta di Hotman per la riforma del sistema: una consolidazione fondata su diritto naturale e droit coutumier.*

A questo punto, sviscerata sotto ogni profilo la questione della inaccettabile vigenza nel presente delle compilazioni create da Triboniano, Hotman può formulare in breve una proposta di riforma del sistema giuridico francese, fondata su due capisaldi irrinunciabili: l'abolizione del riferimento al diritto romano e l'adozione di un insieme di dottrine e prescrizioni ispirate alla ragione naturale ed al senso di equità. Quanto al primo punto, come l'autore ha cercato di dimostrare con dovizia di argomentazioni, da un lato le norme romane devono essere respinte perché create da una società pagana che ha disconosciuto la vera fede e perseguitato a lungo i cristiani, sovente dettate da tiranni crudeli e privi di ogni senso di umanità; dall'altro lato devono essere accantonate per il bisogno urgente di semplificare e sfrondare la congerie inestricabile di norme e di interpretazioni dottrinali nate su di esse, in modo da rendere semplice adire il giudice e sicuro l'esito del processo, così da diminuire di conseguenza il numero delle liti. Sulla scorta di passi tratti da Paolo ⁽⁸⁵⁾, Gerolamo ⁽⁸⁶⁾, Lattanzio ⁽⁸⁷⁾ il giurista francese rimarca l'alterità nella genesi e nei contenuti di tanta parte del diritto

(85) Cfr. PAUL. *I Cor.*, 6,1-9: com'è noto, l'apostolo nel passo sottolinea che le comunità cristiane devono conservare la propria autonomia nel giudicare sulle controversie sorte al proprio interno e non ricorrere ai tribunali secolari ed agli esperti del diritto laico, fondando i giudizi sulla saggezza che viene dalla ragione naturale e quindi da Dio.

(86) HIERON. *Epistolae* 77, 3, *ad Oceanum* (PL, XXII, col. 691): «*Aliae sunt leges Cæsarum, aliæ Christi; aliud Papinianus, aliud Paulus noster præcipit*». Girolamo intende qui sottolineare la distanza tra le norme laiche (identificabili appunto con il diritto romano) e quelle dettate dalla religione cristiana, in merito al trattamento degli adulteri, nettamente sfavorevole alla donna nella disciplina romanistica, in disprezzo di un elementare principio di uguaglianza a fronte di un uguale comportamento illecito tenuto dal marito e dalla moglie.

romano rispetto al pensiero teologico cristiano e la concreta attività persecutoria contro i fedeli di Cristo che i giureconsulti antichi hanno direttamente svolto o indirettamente avallato ⁽⁸⁷⁾.

Il diritto riformato secondo le intenzioni dell'Hotman dovrebbe essere scritto *ex novo*, così come dovrebbe assumere una veste totalmente inedita, risolvendo in tal modo entrambi i problemi sopra indicati, di contenuto e di forma. Con l'avallo e sotto l'egida autorevole di Michel de l'Hospital ⁽⁸⁹⁾, uomo di stato e giurista di buon livello egli stesso, occorrerebbe riunire una commissione composta insieme da giureconsulti, uomini esperti di politica ed alcuni tra i più rinomati avvocati del regno, con il compito di distillare le norme degne di essere salvate estrapolandole dai libri di Giustiniano non meno che da quelli dei filosofi, ma anche dall'esperienza della prassi degli affari, senza dimenticare le regole ricavabili dalla legge mosaica, nelle parti fondate sulla ragione e l'equità naturale:

Toutesfois pour ne lascher par trop la bride à une licence abandonnee de juger de toutes causes, il seroit fort aisé (ce me semble) et principalement en

⁽⁸⁷⁾ Cfr. LACT. *Divinae Institutiones*, lib. V, *De iustitia*, cap. XI (PL, VI, coll. 586-587).

⁽⁸⁸⁾ Cfr. HOTMAN, *Antitribonian*, cit., cap. XVIII, pp. 150-152. Significativa la ricordata citazione di Lattanzio, che rimprovera ad Ulpiano di aver raccolto nel VII libro del suo trattato *De officio proconsulis* i rescritti imperiali che contenevano le prescrizioni contro i cristiani ed imputa ai giuristi in genere di aver cooperato alla repressione anticristiana. Sul passo di Lattanzio si sofferma V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, II. *Studi sui libri de officio proconsulis e la loro fortuna tardoantica*, Napoli, Loffredo, 2004, pp. 80-87; Id., *Eclissi del pensiero giuridico e letteratura giurisprudenziale nella seconda metà del III secolo d.C.*, in « *Annaeus* », IV (2007), pp. 53-86: 78-80.

⁽⁸⁹⁾ Si ricordi che il frontespizio dell'edizione del 1603 indica che l'operetta è stata « fait par l'avis de feu Monsieur de l'Hospital Chancelier de France », stabilendo quindi un nesso diretto tra le tesi antiromanistiche hotmaniane e i progetti riformatori in materia di giustizia del cancelliere, che avrebbe caldeggiato la stesura dell'*Antitribonian* ovvero ne sarebbe stato addirittura l'ispiratore (in R. DARESTE, *François Hotman: sa vie et sa correspondance*, in « *Revue historique* », II (1876), pp. 1-59, 367-435: 50, nt. 1 si dà notizia della franca ammissione di ciò da parte di Hotman in un documento del 1572). I rapporti tra l'uomo politico (dal 1560 cancelliere di Francia) e il giurista ugonotto in quegli anni erano certamente stretti, come sottolinea concorde la storiografia, tanto che Hotman dedicò all'Hospital la *De legibus XII tabularum tripartita commentatio* (l'epistola dedicatoria è datata 1563) mentre, per altro verso, il cancelliere assunse il ruolo di suo protettore (procurandogli tra l'altro l'incarico di storiografo di corte).

ce tems qu'il a pleu à Dieu nous prester un Solon en nostre France, qui est ce grand Michel de l'Hospital, d'assembler un nombre de Iurisconsultes, ensemble quelques hommes d'Etat, et autant des plus notables Advocats et Praticiens de ce Royaume, et à iceux donner charge de rapporter ensemblement ce qu'ils auroient avisé et extrait tant des livres de Iustinian (dont ils pourroient choisir le plus beau et le meilleur; qui seroit à vray dire un tresor inestimable) que des livres de la Philosophie; et finalement de l'experience qu'ils auroient acquise au maniemment des affaires ⁽⁹⁰⁾.

La proposta è parallela, anche se forse più radicale, rispetto a quella immaginata dall'Hospital stesso, non a caso gratificato qui dell'appellativo di Solone francese, che si è interessato concretamente ad una semplificazione del sistema giuridico e ad un riordino delle fonti, anche se oggi si dubita fortemente della sua paternità del *Traité de la reformation de la justice*, a lungo circolato sotto il suo nome ⁽⁹¹⁾. Appare peraltro notevole che l'intento riformatore abbia potuto accomunare due uomini che avevano ruoli, interessi e concezioni politiche assai diverse: al cancelliere stava a cuore il rafforzamento del potere normativo sovrano e l'accentramento della produzione del diritto in capo al re, in vista di una effettiva unificazione dei diversi sistemi giuridici covigenti ⁽⁹²⁾, e quindi riusciva gradito un depotenziamento della ingombrante e vincolante tradizione di *ius commune* attraverso la critica del diritto romano che ne costituiva il fondamento di validità; al giurista ugonotto invece sorrideva l'idea di fare spazio al *droit coutumier* ponendo un argine

⁽⁹⁰⁾ HOTMAN, *Antitribonian*, cit., pp. 152-153.

⁽⁹¹⁾ Cfr. S. NEELY, *Michel de l'Hospital and the Traité de la Réformation de la Justice: A case of Misattribution*, in «French Historical Studies», XIV (1986), pp. 339-366. Sull'Hospital sono state condotte in anni recenti ricerche di notevole impegno; si vedano tra gli altri M.S.-H. KIM, *Michel de L'Hôpital: The Vision of a Reformist Chancellor during the French Religious Wars*, Kirksville, Mo., Sixteenth Century Journal Publishers, 1997; D. CROUZET, *La sagesse et le malheur. Michel de l'Hospital, Chancelier de France*, Paris, Champ Vallon, 1998; L. PETRIS, *La plume et la tribune: Michel de l'Hospital et ses discours (1559-1562), suivi de l'édition du De initiatione sermo (1559) et des Discours de Michel de l'Hospital (1560-1562)*, Genève, Droz, 2002; A. ROUSSELET-PIMONT, *Le chancelier et la loi au XVI^e siècle: d'après l'œuvre d'Antoine Duprat, de Guillaume Poyet et de Michel de l'Hospital*, Paris, De Boccard, 2005.

⁽⁹²⁾ Si veda in merito M.S.-H. KIM, *Civil Law and Civil War: Michel de L'Hôpital and the Ideals of Legal Unification in Sixteenth-Century France*, in «Law and History Review», XXVIII (2010), pp. 791-826.

allo strapotere del sovrano, in prospettiva antiassolutistica ⁽⁹³⁾. Il tutto, nella visione hotmaniana, dovrebbe confluire in uno o due volumi, scritti in lingua volgare e ben comprensibile, contenenti sia le regole del diritto pubblico che quelle del diritto privato, eventualmente secondo l'ordine dei libri di Giustiniano, con l'inserimento di tutto quanto occorre per disciplinare e regolare la vita della società francese:

[...] un ou deux beaux volumes en langage vulgaire et intelligible, tant du droit public, qui concerne les affaires d'Etat et de la Couronne, que de toutes les parties du droit des particuliers; suivant en ce que bon leur sembleroit, l'ordre et continuation desdits livres de Iustinian, et accommodant le tout ainsi que du commencement a esté dit estre necessaire à l'état et forme de la republique François (94).

Si darebbe così seguito ai progetti di riordino formulati già nell'antica Roma, sia da Cesare (secondo la testimonianza di Svetonio già ricordata) e sia da Cicerone, insoddisfatto della carente radicazione del diritto positivo nell'equità naturale e del suo carattere meramente strumentale, al fine di garantire la tutela dei diritti dei cittadini romani. Proprio in tale prospettiva l'Arpinate ha scritto il trattato *De legibus*, dimostrando che il diritto civile deve « [...] se proposer la justice et equité naturelle pour but; et par bon discours de raison establir des loix propres et convenables à toutes les nations du monde » ⁽⁹⁵⁾. In fondo, in Francia questa idea si era già affacciata nel secolo precedente e Luigi XI, secondo il racconto di Philippe de Comynes nei *Mémoires* ⁽⁹⁶⁾, citato alla lettera da Hotman, aveva

⁽⁹³⁾ Sul nesso tra L'Hospital ed Hotman (e non solo) si veda V. DE CAPRARIIS, *Propaganda e pensiero politico in Francia durante le guerre di religione. I (1559-1572)*, Napoli, ESI, 1959, pp. 197-256, che chiarisce bene anche significato ed esiti potenzialmente opposti del progetto di politica del diritto condiviso (almeno in parte) dai due personaggi (ivi, pp. 213-214).

⁽⁹⁴⁾ HOTMAN, *Antitribonian*, cit., pp. 154-155.

⁽⁹⁵⁾ Ivi, pp. 156-157.

⁽⁹⁶⁾ Si tratta di un passo del lib. VI, cap. 6 dei *Mémoires* (nelle edizioni moderne risulta però VI, 5). In merito, su un tentativo di semplificazione ed unificazione normativa che catturò l'attenzione dei contemporanei, pur non avendo lasciato in concreto grandi tracce, cfr. R. GANDILHON, *L'unification des coutumes sous Louis XI*, in « *Revue historique* », CXCIV (1944), pp. 317-323. Sull'unificazione normativa come obiettivo strategico dell'azione regia nella lunga durata si vedano le notazioni di A.

carezzato il progetto di ridurre tutto il diritto positivo entro un solo volume che facesse riferimento ad un'unica *coutume* del regno, redatta in francese, per evitare raggiri e cavilli posti in opera dagli avvocati, infidi e maneggioni.

Certamente improprio, perché palesemente anacronistico, ritenere tali proposte, concretatesi o meno in effettivi tentativi di riforma, un'anticipazione delle moderne codificazioni, che avranno finalità e caratteri intrinseci molto diversi. Tuttavia la forza del modello codicistico è tale da aver indotto spesso la storiografia a proiettarlo retroattivamente sulle vicende del passato e a tradurre in tali termini l'opera di profondo riordino del diritto vigente, nel segno della semplificazione e dell'ammodernamento, invocata da Hotman⁽⁹⁷⁾. Più corretto inserire piuttosto quelle riflessioni e le connesse sollecitazioni rivolte al sovrano entro il quadro della emersione del c.d. 'diritto patrio'⁽⁹⁸⁾, che si fonda in Francia su due aspetti distinti ma convergenti, cioè l'abbattimento dal suo piedistallo del *Corpus iuris civilis* (con la connessa caduta di autorevolezza delle dottrine di *ius commune* costruite formalmente su tale fondamento) ed il recupero del patrimonio consuetudinario territoriale (tramite un paziente e sapiente lavoro volto alla scientificizzazione per via d'*interpretatio* ed alla unificazione d'esso, previa la sua redazione per iscritto)⁽⁹⁹⁾.

Il legislatore deve essere all'altezza del proprio compito, avere

RIGAUDIÈRE, *Un rêve royal français: l'unification du droit*, in « Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres », CXLVIII (2004). pp. 1553-1567.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. quanto osservato in proposito da MARTÍNEZ NEIRA, *Estudio preliminar*, cit., pp. 37-42. Più in generale, si veda J.-L. GAZZANIGA, *Le Code avant le Code*, in *La Codification*, sous la dir. de B. Beignier, Paris, Dalloz, 1996, pp. 21-32.

⁽⁹⁸⁾ Per un inquadramento complessivo del tema cfr. I. BIROCCHI, *La formazione dei diritti patri nell'Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi ed insegnamento*, in *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione*, cit., pp. 17-71.

⁽⁹⁹⁾ Inutile dire che il campione di questo secondo filone, tra i tanti giuristi che si dedicano allo studio delle consuetudini locali e alla loro valorizzazione, può considerarsi Charles Du Moulin, estensore della ben nota *Oratio de concordia et consonantia consuetudinum Franciae* (1546) ed autore di un fondamentale commento alla consuetudine di Parigi; il testo di riferimento su questo giurista è ancora J.L. THIREAU, *Charles Du Moulin (1500-1566). Étude sur les sources, la méthodologie, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, Droz, 1980, specie pp. 107-120 sulla *Oratio*.

a cuore i temi della giustizia e riflettere sulla bontà intrinseca dei diversi istituti: Hotman elenca qui una serie di problemi di grande rilievo e di caratura propriamente politica, sui quali verterà in buona parte il dibattito giuridico-politico nei secoli successivi, fondati sul confronto dialettico tra la disciplina romanistica e quella consuetudinaria. Il tema della presenza nell'ordinamento di istituti privatistici regolati dalle *coutumes* e sconosciuti al diritto romano è in effetti centrale nel dibattito giusdottrinale del Cinquecento francese, sia per la loro rilevanza pratica, sia per le implicazioni teoriche legate all'autonomia della *coutume* rispetto allo *ius scriptum*; le questioni controverse ricordate nel trattato sono tutte riconducibili a tale capitale dicotomia di corpi normativi autonomi e in parte contrapposti ed alla possibilità di trovare un accettabile punto di equilibrio: il mantenimento o meno della libertà di testare; la contestata plausibilità del diritto di primogenitura; la maggiore equità dell'attribuzione alla moglie di diritti patrimoniali sui beni parafernali o della titolarità di un dovario; la latitudine dei diritti riconoscibili ai figli bastardi e le condizioni per la loro legittimazione; la ragionevolezza dell'istituto del retratto, in quanto previsto soltanto dal *droit coutumier* e così via ⁽¹⁰⁰⁾.

Nella visione di Hotman la gioventù, educata allo studio delle buone lettere e delle scienze umane e soprattutto della filosofia morale, a venti o ventidue anni potrà così frequentare per uno o due anni i corsi universitari, tenuti sui temi dell'equità delle leggi, per poi dedicarsi alla pratica, riproducendo appunto l'antico uso romano ⁽¹⁰¹⁾. Con tale preparazione, impostata su una solida base

⁽¹⁰⁰⁾ Ricordiamo in merito lo sforzo di sistemazione dei ricchi materiali consuetudinari offerti dalla prassi nei trattati di André Tiraqueau, alcuni dei quali dedicati proprio agli istituti citati da Hotman; su ciò cfr. Rossi, *Incunaboli della modernità*, cit., specie pp. 30-41 (sui *De utroque retractu municipali, et conventionali, commentarii duo*); 50-60 (sul *Tractatus de iure primigeniorum*).

⁽¹⁰¹⁾ « Or ces deux ou trois volumes ainsi dressez, faudroit que la jeunesse, ayant passé en l'exercice des bonnes lettres et sciences humaines, et sur tout en la philosophie morale, jusques a l'age de vint ou vint-deux ans, fust envoyee pour un an ou deux en quelque escole et université, en laquelle aucuns notables Iurisconsultes disputassent et discourussent sur l'equité des loix; et puis peu apres s'addonnast à la pratique et exercice, afin d'estre par ce moyen et institution guidee, conduite, et adressee, ainsi que cy dessus nous avons dit avoir esté l'ancienne coutume des Romains »: HOTMAN, *Antitribonian*, cit., pp. 158-159.

culturale prima ancora che sul piano strettamente tecnico-giuridico, i giovani avrebbero modo di coltivare in parallelo interessi filosofici e potrebbero sviluppare la necessaria consapevolezza del senso e del fine della propria attività, non indirizzata certo alla moltiplicazione dei processi, bensì « à la paix, concorde et tranquillité de leurs citoyens, et à l'honneur et gloire de Dieu » (102).

8. *Tra anticipazioni del futuro e perdurante tradizione romanistica: una storia non conclusa.*

In verità la posizione hotmaniana, anche se non può essere presentata come una anticipazione od un reale presentimento dei codici moderni, precorre comunque i tempi e si spinge a conclusioni tutt'altro che scontate per i contemporanei: in quest'epoca infatti taluno parla tuttora del diritto romano come dello *ius commune* valido a tutti gli effetti anche in Francia, mentre altri, pur reputando necessario sostituire ad esso un *droit commun coutumier* più intrinsecamente francese (103), riservano però alle compilazioni giustiniane ancora il ruolo tutt'altro che trascurabile di *ratio scripta* (104), di deposito affidabile dei principi universali e non transeunti del diritto naturale, resi espliciti una volta per tutte dai giureconsulti romani e salvati dal naufragio del mondo antico per merito dell'imperatore bizantino. Nessun giurista coevo è insomma disposto a seguire Hotman sulla pericolosa china — certamente foriera di implicazioni di enorme portata e di non semplice gestione — della esclusione di un recupero, sia pure strumentale e limitato, del diritto di Roma nella prassi dell'età moderna.

(102) Ivi, p. 159.

(103) In proposito, cfr. D. GAURIER, *La revendication d'un droit national contre le droit romain: le droit commun coutumier en France de la fin du XVI^e au début de XVII^e siècle*, in « Revue internationale des droits de l'Antiquité », XLI (1994), suppl., *Droit romain et identité européenne*, pp. 29-47; nonché le sparse notazioni in J. KRYNEN, *Le droit romain « droit commun de la France »*, in « Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques », XXXVIII (2003), numero dedicato alla *Naissance du droit français*, pp. 21-35.

(104) Sul significato di questa formula nella storia cfr. A. GUZMÁN, *Ratio scripta*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1981, specie pp. 61-112, in merito alla Francia del XVI secolo.

Il rigetto del lascito romanistico, comunque, non esce ridimensionato dal fatto che le ultime pagine dell'operetta mostrino uno Hotman più conciliante e meno polemico, che sembra lasciare aperto nonostante tutto un inaspettato spiraglio alla riutilizzabilità di alcune norme romane, scelte con cura in virtù della loro corrispondenza alla ragione naturale ⁽¹⁰⁵⁾, così come egli si mostra disponibile a conservare l'ordine delle materie proprio delle compilazioni giustiniane, se non altro in omaggio ad un principio di economia. Tale tentativo di rendere meno estremista la sua posizione, dopo aver battuto in breccia l'idea della perdurante vigenza del diritto romano con una impressionante sequenza di argomentazioni sostenute con grande energia e lucidità argomentativa, non può certo eliminare il dato di fatto per cui l'intero *Antitribonian* è volto a dimostrare l'assunto dell'estraneità del *Corpus iuris civilis* alla storia del regno di Francia ed a negare la sua pretesa intrinseca bontà sul piano contenutistico; non solo, infatti, lo studio della storia indica che esso non è mai entrato in vigore in territorio francese, ma una disamina attenta dei vari istituti mostra come un puro luogo comune anche l'idea della sua innata equità, che potrebbe in qualche modo superare la precedente obiezione, mentre è facile svelare la fallacia dell'asserito incardinamento delle norme romane, in quanto tali, nella superiore dimensione equitativa propria dello *ius naturae*.

La cultura umanistica di Hotman gli consente certamente di apprezzare i costanti arricchimenti del sapere storico-giuridico realizzati lungo il secolo XVI relativi al diritto romano nella sua lunga parabola plurisecolare, ben oltre il *Digesto* ed il *Codice* ⁽¹⁰⁶⁾, ma il suo interesse di giurista è interamente rivolto al presente e ciò gli

⁽¹⁰⁵⁾ Una qualche articolazione del pensiero dell'Hotman in tema, col recupero di posizioni ciceroniane, è colta in V. PIANO MORTARI, *Aequitas e ius nell'Umanesimo giuridico francese*, Roma, Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei, CCCXCIV (1997), Classe di Scienze morali, storiche e filologiche. Memorie, s. IX, vol. IX, fasc. 2, 1997, pp. 141-279: 190-195. Più in generale, cfr. anche J.L. THIREAU, *Cicéron et le droit naturel au XVI^e siècle*, in «Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la Science juridique», (1987), n. 4, pp. 55-85.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. in proposito la rassegna in J.-L. FERRARY, *I giuristi umanisti francesi e il Corpus iuris anteiustiniani*, in «Rendiconti dell'Istituto Lombardo - Accademia di scienze e lettere. Classe di Lettere e Scienze Morali e Storiche», CXLV (2011), pp. 233-244.

impedisce sia di concentrarsi su ricerche prettamente storico-antiquarie, sia di avallare il riuso del diritto romano in favore della monarchia, di cui osteggia le tendenze assolutistiche, così come per altro verso lo induce ad un rifiuto netto di compromessi con la tradizione di *ius commune*, ormai superata. Per l'autore francese il problema può risolversi in radice soltanto mettendo in cantiere una riforma profonda del sistema formativo invalso nelle università medievali, sistema in effetti ancora vigente e di grande efficacia poiché fondato sull'elaborazione e la trasmissione di un ben definito metodo scientifico, utile a veicolare i contenuti tecnici giusprivatistici mutuati dal *Digesto*, in modo da fornire ai futuri *doctores* un sapere giuridico strutturato e coeso, condiviso su scala europea, che trae la propria legittimazione appunto dal suo incardinarsi nello studio del diritto giustiniano (107).

Nonostante il dispiego di ottime argomentazioni, che abbiamo in parte qui riproposto, la motivata avversione di Hotman per la inopinata pretesa di affermare la vigenza del diritto giustiniano nella Francia del pieno XVI secolo non produsse risultati tangibili. I giuristi transalpini reputarono più sicuro e più semplice ignorare la proposta, avvertita come una provocazione non priva di insidie, e procedere lungo il Seicento ad un aggiustamento progressivo e non traumatico del sistema, nella direzione della costruzione — meno conflittuale anche se più lenta — di un diritto su base nazionale, uno *ius regni* destinato a proporsi come il vero *droit français*, piuttosto che affrontare le incognite di un aperto rigetto del diritto romano; esso, pur non applicato direttamente se non in casi residuali a causa dello spazio sempre più ampio riservato tanto alle consuetudini locali quanto alle leggi regie, rimaneva tuttavia alla base del complesso edificio dello *ius commune* e forniva non solo la necessaria legittimazione alle dottrine dei giuristi, consentendo loro di godere

(107) Sul tema delle novità introdotte nella formazione giuridica cfr. J.L. THIREAU, *L'enseignement du droit et ses méthodes au XVI^e siècle. Continuité ou rupture?*, in « Annales d'histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique. Les méthodes de l'enseignement du Droit », II (1985), pp. 27-36. Una panoramica ben più ampia in argomento, dedicata all'ambiente italiano ma non limitata ad esso, si legge in A. MATTONE, *Manuale giuridico e insegnamento del diritto nelle Università italiane del XVI secolo*, in « Diritto @ Storia », VI (2007).

di un amplissimo spazio di manovra sotto forma di libera *interpretatio* delle antiche norme romane, ma assicurava pure una preziosa duttilità del sistema stesso, garantendo infine la disponibilità di un arsenale ricchissimo di concetti ed istituti da riusare, debitamente aggiornati, per le esigenze della prassi moderna.

Con tali premesse, inevitabilmente anche la proposta di una riforma degli studi giuridici universitari, coerente con l'abbandono delle fonti romane e l'apprestamento di nuove raccolte normative (anzi, presupposto necessario per tali interventi nel segno dell'innovazione radicale), non ebbe miglior fortuna e non fu mai presa in seria considerazione.

Non si discostava molto dal vero dunque l'inglese Arthur Duck quando, nella prima metà del XVII secolo, nel suo *De usu & auctoritate juris civilis Romanorum* (pubblicato postumo nel 1653) ⁽¹⁰⁸⁾, poneva il problema del ruolo del diritto romano negli ordinamenti nazionali degli stati europei e notava che l'importanza del *Digesto* restava assai grande in tutta Europa e segnatamente anche in Francia, dove l'imporsi progressivo del potere normativo del sovrano aveva trasformato ma certo non eliminato l'influenza del *Corpus iuris civilis*. Abbattuta la finzione della sua vigenza entro i confini del regno, l'asserita qualità di deposito di principi ed istituti di diritto naturale aveva consentito di lasciare in vita per tale via il tradizionale legame con la scienza giuridica, pur anch'essa diversa dal passato, fortificata dall'aver abbracciato le novità umanistiche e stimolata dalla sempre più stretta collaborazione con la monarchia. In tal modo si giustificava anche la persistente domanda circa la reperibilità nella Francia moderna di un diritto comune e circa la prevalenza in esso di una base romanistica ovvero consuetudinaria ⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ *De usu & auctoritate juris civilis Romanorum, per dominia Principum Christianorum libri duo, auctore Arthuro Duck*, Londini, Impensis Thomae Dring, 1689 (rist. anast. Bologna 1971). Su questa celebre opera cfr. A. WJFFELS, *Arthur Duck et le ius commune européen*, in «Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique», X-XI (1990), pp. 193-221.

⁽¹⁰⁹⁾ Sullo spazio riservato allo *ius commune* in Francia ancora nel secolo XVII e quindi anche al diritto romano che ne era il substrato necessario, si vedano V. GUIZZI, *Il diritto comune in Francia nel XVII secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», XXXVII (1969), pp. 1-46; J.-L. THIREAU,

A dispetto dell'appassionata e lucida perorazione dell'Hotman, la vitalità del diritto romano giustiniano risultò ancora tale da accreditarlo come un elemento essenziale del sistema giuridico nell'Europa secentesca. La lettura storicizzante umanistica e le ricerche dotte dei giuristi *culti* non riuscirono a confinare il *Corpus iuris civilis* sul tavolo di lavoro di storici ed eruditi consegnandolo definitivamente al passato: pur entro un quadro delle fonti giuridiche del regno di Francia in sensibile evoluzione tra XVI e XVII secolo, continuò ad essere insegnato nelle aule universitarie ed allegato nei tribunali, superando indenne le fondate ma intempestive critiche del giurista ugonotto.

L'alliance des lois romaines avec le droit français, in *Droit romain, jus civile et droit français*, cit., pp. 347-374.

MARÍA JULIA SOLLA SASTRE

FROM DISCRETIONAL TO JURISDICTIONAL:
SHAPING THE DISCIPLINARY RESPONSIBILITY
OF THE JUDICIARY IN SPAIN (1845-1870) (*)

1. Before 1870. — 2. Towards 1870. — 3. 1870 onwards.

1. *Before 1870.*

In the mid-nineteenth century, there was no word to describe disciplinary responsibility, as there was no disciplinary responsibility to describe. It's true to say that there was indeed « discipline », which referred, according to the *Spanish Encyclopedia of Law and Administration* of Arrazola ⁽¹⁾, to an internal control by part of an organization of members of the same. Thus, the discipline was associated with military bodies and educational institutions, although, quintessentially, the discipline belonged to religious institutions ⁽²⁾: « Discipline », according to the *Modern Encyclopedia of*

(*) A first version of this work was presented during the *Sommerkurs* that took place in the *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* from 4th to 7th July, 2011. The present contribution has been drafted in the framework of the research project entitled « *Cultura jurisdiccional y orden constitucional en España e Hispanoamérica III* » (ref. DER2010-21728-C02-02).

⁽¹⁾ L. ARRAZOLA ET AL., *Enciclopedia española de Derecho y Administración ó nuevo teatro universal de legislación de España e Indias*, vol. VIII, Madrid, 1855, s. v. « Castigo ».

⁽²⁾ Thus, as an example, P. J. DE RIEGER, *Lecciones de disciplina eclesiástica general* (comentarios y traducción de J. Lumbreras), Madrid, 1838; or J. AGUIRRE, *Curso de disciplina eclesiástica general y particular de España*, Madrid, 1848.

Mellado, referred to ecclesiastic discipline exercised over members of the communities belonging to the Catholic Church ⁽³⁾.

Along with « discipline », « disciplinary » had, at that time, two translations into Spanish: « *disciplinar* », with R, and « *disciplinal* », with L. It was the latter adjective that usually corresponded to the internal order of the courts. Actually, on the eve of the Civil Procedural Act of 1855, it seemed quite clear what the « *jurisdicción disciplinal* » was, and, consequently, its limits. Indeed, in 1851 a highly renowned Spanish jurist, Ortiz de Zúñiga, in his *Elementos de Práctica Forense*, dedicated a chapter to that jurisdiction ⁽⁴⁾.

According to this author, the « *jurisdicción disciplinal* » consisted of a discretionary — which did not mean arbitrary — power belonging to the courts, in order to observe their authority. Consequently, it extended to all the participants of the judicial activities before the courts, including not only subordinates, who were subjected to magistrates by virtue of his office, but also the parties, who were necessarily involved in the judicial proceeding. With the aim of maintaining obedience and respect for the judiciary, it was empowered with correctional competencies « to correct *de plano*, and without the form of a trial, some minor oversights or excesses, or to enforce obedience and respect when lack of obedience or respect does not constitute a crime » ⁽⁵⁾. « *Disciplinal* », then, was the adjective used, although somewhat confused at first, until gradually the judicial disciplinary supplanted the ecclesiastical discipline to finish imposing this final epithet, from which would derive « disciplinary », precisely the correctional discipline to which Ortiz de Zúñiga referred.

In any case, the two terms (« *disciplinal* », « *disciplinar* ») had something in common: both related to the internal order of these corporations and to the discipline that belonged to the *oeconomica*,

⁽³⁾ F. DE P. MELLADO, *Enciclopedia Moderna. Diccionario universal de literatura, ciencias, artes, agricultura, industria y comercio publicada por Francisco de P. Mellado*, vol. X, Madrid, 1851, s. v. « *Disciplina* ».

⁽⁴⁾ M. ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos de práctica forense*, vol. I, Granada, 1851, p. 65 and ff.

⁽⁵⁾ *Ibidem*, p. 65.

the powers of domestic rule within the heart of each corporation (6). In other words, discipline would not belong to the external environment in which the power of each corporation and the identities of its members were maintained in a conflictive way, through a process, that is, jurisdictionally. On the contrary, if anything characterizes that internal discipline was not to be covered with the formalities of a trial, which means that full disciplinary powers were exercised without a trial, to the extent that conflicting interests not transcended beyond his own corporation, so the solution to the conflicts should be found and completed within it. As a matter of fact, under Article 22 of the Penal Code enacted in 1848, no correction imposed by a superior to a subordinate, in the frame of his disciplinary jurisdiction, was considered a criminal penalty (7), which meant, as far as the proceedings were concerned, that those corrections were not the result of a trial, neither written nor « under the common formulas and solemnities » (8). Indeed, the correction was the result of a procedure, but not regulating a power exercised in a jurisdictional way in order to make justice, but enabling, instead, a discretionary power exercised in an executive manner for the economic governance of the institution.

In brief, it would be possible to say that the limits of this correctional scope were already drawn by mid-century. These limits were in effect from 1848 on, after a codified criminal law, which specified the disciplinary infractions. It continued in this way at least until the Civil Procedural Act of 1855, which is significant, since it established for the first time in a procedural law the possibility of seeking legal action against disciplinary measures that had been imposed. During all this period, corrections belonged to an internal sphere different from the jurisdictional one.

(6) O. BRUNNER, *La 'casa grande' y la 'oecconomica' de la vieja Europa*, in Id., *Nuevos caminos de la historia social y constitucional*, Buenos Aires, 1977, pp. 87-123.

(7) Art. 22 of this Code asserted literally what follows: « Neither restriction of freedom of prosecution, separation or suspension of civil servants decided by governmental authorities in use of their faculties, or by courts during the process, or during its instruction, nor fines and the rest of corrections that the superiors impose to their subordinates in use of their disciplinary jurisdiction [lit. « *jurisdicción disciplinal* »] are to be considered penalties ».

(8) ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos*, cit., p. 66.

From this point of view, few considerations were as significant as Arrazola's words on judicial corrections. He argued that corrective measures — that is, those that intended amendment, correction or punishment in general — were outside the scope of crimes, and therefore apart from any « legal or judicially imposed penalty » ⁽⁹⁾. Facing these legal or judicial penalties, included in the field of « punishment » were the corrections that bishops inflicted upon their priests, abbots upon their monks, kings upon their subjects, fathers upon their children and teachers upon their disciples. They were, consequently, extrajudicial corrections governmentally imposed, « and even by private authority », like fathers and teachers; and they were imposed by the competent authority by virtue of its correctional faculties, but not through a judicial sentence. In this sense, as again Arrazola notes,

[...] if it is admitted, in the forensic sphere, the classification of correctional and disciplinary penalties, the punishment then would assimilate to them; nonetheless, in cases with a private authority, that is, in which there is a correction for reprehensible acts that constitute neither crimes nor misdemeanors according to the Penal Code, as it happens with the corrections imposed by fathers, teachers, superiors of certain corporations, etcetera, in regard to their repressive and correctional means, we would still prefer '*chastisement*' to '*penalty*' ⁽¹⁰⁾.

Thus, the disciplinary measures imposed by the judiciary to their respective subordinates were also framed in this « domestic » field, to which belonged the chastisement inflicted *discretionally* by the superior as a method to obtain the amendment, or the correction of the behavior of all under his authority. One essential element of these « domestic corrections » was, indeed, *discretion*. In effect, magistrates, using their corrective faculties, were able to impose those sanctions within the frame of discretion, which limits were established by the prudence of he who imposed the punishment. Therefore, the justice and the efficacy of the correction depended on its proportionality in regard to the kind and circumstances of the dependent who committed the infraction, and to the sort and entity

⁽⁹⁾ ARRAZOLA, *Enciclopedia*, cit., s. v. « *Castigo* ».

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*.

of the disobedience. In that sense, Ortiz de Zúñiga perceived that it was quite

difficult to determine the whole extension of the faculties of the judiciary and courts on that issue, since in general terms true limits are fixed by prudence. If, for instance, a judge summons a witness and this one disobeys him, reason dictates that for being obeyed must he use his authority, without the noise of a process and without the imposition of a penalty; but at the same time, without bragging power, that if exaggerated, could become arbitrary. The imposition of a fine proportionate to the sort and circumstances of the subject and to the entity of the disobedience could be in many other cases of the same nature ⁽¹¹⁾.

Those were the components of internal discipline of the courts, who comprehended themselves as corporations with an autonomous capacity of self-government. All things considered, violations of internal order in force within every corporation did not lead to liability, but to disciplinary correction. Nevertheless, outside the internal world of the corporation — that is, in the jurisdictional field —, the violation of legal order that maintained the harmony and complexity of the net of corporations that populated it, led to legal liability.

Certainly, inside a jurisdictional universe where the corporations were the active subjects to whom rights, faculties and privileges were recognized, the frequent conflicts of competence that took place among the different bodies were arranged in a jurisdictional manner, that is through a judicial process. The way of knowing in court of the excesses committed by the members of those corporations regarding a normative order that they infringed or disregarded was also jurisdictional; a normative order, besides, which expressed the texture that held the constellation of corporations. From both judicial cases, the legal consequences that might arise implied common (that means, «civil» and/or «criminal») responsibility of judges ⁽¹²⁾.

It was like this in Spain at least until the mid-nineteenth century, since the jurisdictional matrix used to explain and develop

⁽¹¹⁾ ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos*, cit., p. 66.

⁽¹²⁾ A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1987.

power relations somehow still remained ⁽¹³⁾. This binomial judicial discipline and judicial responsibility was not, then, a novelty. However, at the end of the century, the disciplinary field had not only left the internal order of the judicial corporation to join the field of judicial responsibilities, but, moreover, far from becoming « just another class » of judicial accountability — next to the civil and the criminal ones —, it became the quintessential judicial responsibility ⁽¹⁴⁾. This was really an entirely new change, which definitively took place in 1870.

Herein lies the purpose of this article: to examine the importance of disciplinary responsibility in order to understand the model of « judicial accountability » forged in the liberal Spain, as well as highlighting how the transformation of the « discipline of the courts » into a « disciplinary action » was the process through which that model was constructed.

It is almost by inertia that we are led to thinking that civil and criminal — along with disciplinary — responsibility are a natural trinomial that embodies all three distinct responsibilities inherent to judges; and that, even though their characteristics differ depending on the historical context, it has been present as such throughout the history associated with the office of judge.

So, the logical reconstruction of the historical itinerary of these judicial « responsibilities » would be to seek in the past the cases, structures and processes that, from the point of view of the supposed liberal State judge, were associated with each of these three categories. From that perspective, it would have been pointless to problematize the emergence of disciplinary liability as such, since it would be a responsibility intrinsically linked to the judge and therefore taken for granted; consequently, this process of reconstruction may be developed attracting to the modern category of « disciplinary responsibility » everything that in the past could be considered related to judicial discipline.

What I wish to show here, however, is not the evolution of an

⁽¹³⁾ *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, coord. by M. Lorente, Madrid, 2007.

⁽¹⁴⁾ A. NIETO, *Problemas capitales del derecho disciplinario*, in « Revista de Administración Pública », 20 (1970), pp. 39-83.

alleged disciplinary responsibility throughout history, but rather how its naturalization can be dismantled showing precisely the process of building the discipline as the new — and most significant — kind of judicial accountability. Considering the emergence and formation of the new judicial disciplinary responsibility as « responsibility » not only allows us to understand the new model of judge that the liberal State wanted to design, but also the construction, through this model, of a new judiciary with a new organic hierarchy that needed to dispossess judicial bodies of their disciplinary faculties in order to deposit such authority in the hands of an upper and central governmental instance.

The disciplinary element acquires, in this manner, exceptional importance in the design of the judiciary and of the liberal judge himself. But this strategy, resulting in the creation of disciplinary responsibility as a new kind of responsibility hitherto nonexistent, has, in my view, a very specific birth date: 1870. In other terms: There was no disciplinary responsibility as a category in Spain until the final forging of the Judicial Organization Act of 1870, which gained prominence in the field of judicial responsibility, and in the type of judge created therein, which has survived through the present ⁽¹⁵⁾. Let's ignore here the meaning and the importance of this essential disposition, which was the first act in Spain in regulating the Judicial Power ⁽¹⁶⁾; what should immediately be of interest is that the Judicial Act of 1870 is the first one which materializes a « disciplinary responsibility » as such. In the very first approach, some implications of this statement could be formulated as follows:

a) To state that the Courts Act of 1870 is the standard that formulates the disciplinary as a category of judicial responsibility implies that the Courts Act disciplinarily subjects the judge by means of a process with its own jurisdiction, as in the cases of responsibility, and not only in an internal way inside the judicial corporation and, therefore, by a non-jurisdictional route.

⁽¹⁵⁾ M.J. SOLLA, *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España (1834-1870)*, Madrid, 2011.

⁽¹⁶⁾ M.J. SOLLA, *Finales como principios: desmitificando la Ley orgánica de Tribunales de 1870*, in « Anuario de Historia del Derecho Español », 77 (2007), pp. 427-466.

b) Surely, before the Courts Act there were ways to find elements that disciplined the judiciary, but it does not mean that one could speak of a « disciplinary responsibility » as such, but of a « judicial discipline », in which the superiors managed their dependents on the grounds of the internal rule from the domestic government of the judicial corporations (17).

c) These disciplinary measures framed in judicial discipline were not the result of a trial, but imposed *breviter, simpliciter, summariae & de plano sine strepitu & figura iudicii, sola facti veritate attenta* (18). Herein lay, in my view, the main element of distinction between the disciplinary responsibility, and judicial discipline: the lack of procedural nature of the second, as opposed to the first.

Some readers may be surprised by the latter assertion, which is not the direct consequence of the former quotation, inasmuch as the Decretal *Saepe contingit*, from which the quotation is taken, actually regulates a procedure: the summary one. From that point of view, « *de plano* » could be considered indeed a procedure, summary though. However, to what extent is the exercise of correctional powers without a trial — that is, through summary formulas that exclude the trial, as the formula « *de plano* » does — not comparable to exercising a non-judicial power, like the domestic power?

To answer this question, it is necessary to remember that even if the correction imposed « *de plano* » is a figure that belongs to a jurisdictional universe and reveals its existence, it consists in an extraordinary process (without the formalities of a trial), in contrast to ordinary ones (*i.e.*, through a trial). Actually, it was so extraordinary that, unlike other procedures (19), in Castile it never became

(17) S. SOLEIL, 'Pour l'honneur de la compagnie et de la magistrature!' *Le pouvoir disciplinaire interne aux institutions judiciaires (XVI^e-XVIII^e siècles)*, in *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil supérieur de la magistrature*, Paris, 2000, pp. 53-90.

(18) An expression of usual course during the XIX century, which came from the Decretal *Saepe contingit*, in *Clementinae* 5, 11, 2.

(19) M. MECCARELLI, *Le categorie dottrinali della procedura e l'effettività della giustizia penale nel tardo medioevo*, in *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge*, ed. by J. Chiffolleau, C. Gauvard and A. Zorzi, Rome, 2007, pp. 573-594.

ordinary (20). The use of extraordinary formulas means that they are foreseen in extraordinary factual circumstances that justify their use, but also that they take shape inside structures different from those other jurisdictional ones (21). That is what happens, for instance, in the domestic environment.

What is represented, then, as extraordinary fact, or field in a court, in order to justify that within the institution, corrections should be imposed « *de plano* »? The internal working of a court, as a corporation, is actually assimilated to a domestic structure while functioning; in the same way, the institute of the correction is assimilated more to the action of the father in the house than to a judge with the parties. Definitely, the imposition of the corrections « *de plano* » are integrated into an extraordinary structure that belongs to the jurisdictional world. That said, it is articulated in a non-jurisdictional sense; that is, in a non-procedural manner.

The courts as corporations are governed by these rules of discipline corresponding to a domestic space until they are transformed. This transformation takes place insofar as the corrections are leaving the domestic sphere, through its conversion in a procedure, towards the « public » space. This entire process actually overlaps in a bigger process of *estatalización* of the nineteenth century State (22), done in judicial field by means of absorption of disciplinary powers by a higher body (23). That transformation in these terms is what I intend to depict next.

(20) Regarding Castile, P. ALONSO, *El proceso penal en Castilla, siglos XIII-XVIII*, Salamanca, 1982, pp. 287-315; Id., *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid, 2008, pp. 45-52.

(21) P. ALONSO, *El solemne orden de los juicios. La lentitud como problema en la historia del proceso en Castilla*, in « Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid », 5 (2001), pp. 23-54, esp. 40 and ff.

(22) P. BOURDIEU, *Esprits d'État. Genèse et structure du champs bureaucratique*, in « Actes de la Recherche en Sciences Sociales », 96-97 (1993), pp. 49-62.

(23) I want to thank profusely Alejandro Agüero, Massimo Meccarelli and Jesús Vallejo for their intelligent and enriching lecture of this paper, particularly regarding all this latter point, which is based on their clever insights.

2. *Towards 1870.*

At this point then, what happened to produce such a transformation, and the shift from that *judicial discipline*, to *disciplinary responsibility*? In my opinion, the answer is fourfold.

(I) During the mid-nineteenth century in Spain (specifically in 1845), a time of construction of the administrative apparatus and consequent strengthening of strategies of *administrationalisation* of its activities and staff began ⁽²⁴⁾. In extremely simple terms, the strategy consisted of building an internal autonomy by blocking every apparatus against the possible interferences provoked by the rest of administrative apparatus. More precisely, this autonomy was reached by legally preventing jurisdictions of other apparatus (specifically the one of the *fuero común*), as a consequence of conflicts of competences, could claim responsibility to a member of the autonomous-pretended apparatus ⁽²⁵⁾. This way, once the mentioned apparatus became irresponsible regarding the rest of administrations, said apparatus could begin organizing itself internally, in a hierarchical way, by the means of disciplinary rules.

The promoter of this strategy was the Ministry of Interior, that, in turn, represented the device of Administration *par excellence*. In this context, the administrative apparatus of ordinary Justice, inspired and defined in opposition to the Interior, was structured on the basis of the Minister of Grace and Justice, because, actually, the only main actor of this process of judicial construction was the Ministry of Grace and Justice. In fact, both he and his Minister attempted the argument of « reorganization » to obtain all the power on judiciary, and to build a new hierarchical pyramid, in which the main authority of Grace and Justice was the cusp.

For that purpose, the global strategy consisted of absorbing all the disciplinary faculties that were deposited in the court's hands, by

⁽²⁴⁾ On this process, and what follows, *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, coord. by M. Lorente, Madrid, 2009, esp. pp. 223-266.

⁽²⁵⁾ On this strategy, that lies behind the rest of mechanisms that will also appear below, can be seen, specifically, C. GARRIGA, M. LORENTE, *Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la Administración (1812-1845). Una propuesta de revisión*, in Id., *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, 2007, pp. 313-369.

extracting all that disciplinary power from the former holders in order to design a new and supreme disciplinary power: the Minister himself, to whom all the judiciary was disciplinary subjected. Perhaps the most surprising fact was that just mechanisms of disciplinary control were understood as a cornerstone, in order to build a new superior power on judiciary. Why, then, was the key of a new organization of the judicial apparatus precisely the establishment of new authorities to discipline judges and magistrates?

(II) In an environment without any major legislative policies, and of cultural and institutional inertia, with personnel inherited from the past, the weight of upholding the system rested on the employees ⁽²⁶⁾, so that the real power lay in bringing together the power to control their actions. In this sense, the reorganization of the administrative apparatus, including the Ministry of Grace and Justice, went through elaborate strategies of power at the level of supervision and control of the judiciary ⁽²⁷⁾.

If we bring together all these elements (centrality of the judge, consequent primacy of the control of the judiciary, and a context of autonomy understood as self-control of competences), it is easier to understand how this administration of justice was intended to be organized: the dynamic consisted, as I have already said, in extracting and expropriating the disciplinary faculties from the old judicial corporations, in order to be absorbed and agglutinated by a new subject that also represented a new power. This aim was carried out through different mechanisms, not only internal, but also external, to the judicial apparatus; the following are several of the most representative of this process.

From an internal point of view, for instance, (III) these strategies were expressed in two distinct, but simultaneous, lines of action, always aimed at increasing the presence of the disciplinary control of the government within the inner workings of the courts:

⁽²⁶⁾ The best example of this comprehension of a prosopographical history of justice built on the centrality of the figure of the judge, through the personal files of the judiciary, was performed by J.-M. SCHOLZ, *Gerechtigkeit verwalten. Die spanische Justiz im Übergang zur Moderne*. 2. Halbband, Frankfurt am Main, 2003.

⁽²⁷⁾ A. SERRANO, *O juiz como categoria administrativa. Sobre a semântica Estatal na Espanha do Século XIX*, in «Penélope», 6 (1991), pp. 73-92.

on the one hand, implanting in the judicial corporations newly endowed authorities of disciplinary powers or redefining already-existing ones; on the other, introducing a new reading of practices within the judicial corporation in order to discipline and control its internal activity.

Firstly, under the former strategy, the Ministry of Grace and Justice tried to introduce within the heart of the judiciary certain bodies of control from the magistracy that overlapped the rest of the corporate disciplinary authorities. The most important instruments in this respect were two. Indeed, between 1845 and 1870, two organs with disciplinary powers were introduced and consolidated in the high collegiate courts: the president of the board, and the board of government. The new president became a magistrate elected by the Ministry, and not because of his long service. His role was very important, because he gathered together powers of internal order inside the board and inside the court. At the same time, along with prosecutors and the presiding judge of the court, he was part of the board of government.

The board of government had responsibility for discipline and the internal organization of the court. Moreover, they were the first expression in the 1840s of a new creation of the Ministry, that is to say, the Court's governing councils or *juntas* (*Juntas gubernativas*) addressed to organize the economic governance of the court, and to act as an advisory body to the ministry at the time of qualifying for the judicial personnel. The president was the ultimate disciplinary authority in court, but the board of government, which acted as an advisory board to the governmental and economic issues of the court, counteracted the disciplinary power of the president. In short, it was the boards of government in the higher courts that managed and controlled the court staff, and supervised not only the internal affairs of their respective courts, but also the lower ones.

However, these changes were not the only ones. Along with these, there was a profound change in the field of practices. Indeed, over this same period, from 1845 to 1870, two practices in the courts were either reformulated or introduced: firstly, justifying judicial decision, which became compulsory. This obligation to state reasons for sentencing became a widespread tool for disciplinary control of the judiciary by the Ministry. Secondly, the other being the previous

statement for processing a judge, it was a well-known practice in the Supreme Court, but was transformed in the sense that it became a tool of construction and reaffirmation of the power of the administrative apparatus of Grace and Justice.

The approach and problems in implementing the obligation of motivating the sentences do not imply the introduction of a guarantee for the defendant, much less as a guarantee of applicable law. Rather, just the uncertainty of the nineteenth century normative order promoted the practice of the motivation of judicial decisions, because it served to build and strengthen a legal doctrine that facilitated the establishment of normative order and the internal management of judicial affairs ⁽²⁸⁾.

Moreover, the motivating sentences — that which offered to the judges rich elements of knowledge, reasoning and ability to manage the normative order — represented a mechanism for assessing the work performed by some judges with functions that became increasingly technical. In fact, all means were installed to implement an obligation that was generalized for all sentences in the middle of the century, such as setting up the post of the *rapporteur* judge for the drafting of sentences ⁽²⁹⁾. Expressing the legal grounds of judicial decisions became a primary instrument for controlling the activity of the judge by superiors and, ultimately, by the Ministry ⁽³⁰⁾. Overall, motivation was understood early on as a new way of making judges responsible.

On the other hand, the previous statement to process was reread. This practice consisted of a governmental decision by the full Supreme Court that declared grounds to prosecute a judge or mag-

⁽²⁸⁾ In that sense can be consulted C. GARRIGA, M. LORENTE, *El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)*, in: *Cádiz, 1812*, cit., pp. 261-312.

⁽²⁹⁾ On the role of this figure and the transformations which it involved in the way of understanding the fact of « administering justice », see J.-M. SCHOLZ, *Relatores et magistrados. De la naissance du juge moderne au XIXe siècle espagnol*, in *Les figures de l'administrateur. Institutions, réseaux, pouvoirs en Espagne, en France et au Portugal. 16e-19e siècle*, dir. by R. Descimon, J.-F. Schaub, B. Vincent, Paris, 1996, pp. 151-164.

⁽³⁰⁾ Something already detected by A. GIULIANI and N. PICARDI, in *La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici*, in *L'educazione giuridica. III. La responsabilità del giudice*, ed. by Id., Perugia, 1978, pp. 3-74.

istrate who had been criminally charged ⁽³¹⁾. This statement did not in theory prejudice the criminality of the judge, but merely did or did not enable the possibility of opening a criminal case. And actually it is true that — at least in theory — it did not prejudice, simply because the previous statement, in referring to a specific case, merely assessed if the governmental powers of the court were enough to know and resolve the matter or whether it exceeded those governmental powers. It was the Supreme Court itself that decided the limit of economic governance, which was the highest and most comprehensive of the whole judicial corporation. That is to say, the Ministry of Grace and Justice appropriated that internal practice to mark the limits of its own governmental power over the judiciary; it did not only regulate it for the first time in the Law Courts, but also gave it a procedural nature, submitting its development through a Procedure Act.

In short, the supremacy of the Ministry of Grace and Justice in the judicial apparatus was built because new mechanisms were created, and existing mechanisms of discipline in the courts profited. In turn, the hoarding of disciplinary powers was a way of legitimizing its increasing promotion. However, it is notable that the technology of power used by the Ministry was very discreet, and was introduced on the practices and run from within the order of court. Therefore, it was not the result of a socio-political revolution, or of a constitutional amendment.

However, the gradual internal change did have an immense constitutional significance: it changed the role of the judge (abandoning the search for a practical solution, and moving towards the application of a normative system), the conception of its character (ceasing to be a referee between peers, and becoming a dependent of an official superior) and its responsibility for the judge's actions (from common responsibility — civil and criminal — in front of the parties, to an eminently disciplinary responsibility as an employee in the face of superiors). Simply, it changed the meaning of the judge's function by first changing the way his activity and his person were controlled.

⁽³¹⁾ This figure already existed for public employees of the Ministry of Interior: J. M. OLARIETA ALBERDI, *La autorización administrativa para procesar a los funcionarios públicos (Administración Pública y tribunales a mediados del siglo XIX)*, in « Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma », 246 (1990), pp. 227-279.

3. 1870 onwards.

All these changes were embodied in the Organization of the Judiciary Act of 1870. This law of judicial organization, drafted by the Ministry of Grace and Justice, was the first time that judicial discipline was ruled by a *legal* norm, having previously been regulated only by rules of conduct. In addition, the *Ley provisional orgánica del Poder Judicial* as it was precisely called the Act of 1870, invented the procedure for disciplinary offences. This means that, for the first time, in contrast with those internal practices of the courts through which the exercise of the discipline developed, a legal procedure existed to prosecute the indiscipline of the judiciary.

Strictly speaking, purely disciplinary offences were contained in Title XIX of the Judiciary Act that, in general terms, punished judges who did not meet the expectations of the dignity of the judicial office, in such a way as to fall short of his ministry⁽³²⁾. Nevertheless, constitutional and procedural scholars have considered that legal cases included in Title IV that take action to dismiss, suspend, transfer and retire judges, should be also considered as disciplinary. That regulation tended to avoid the political removal of the judiciary, insofar as the Government could not legally remove a judge for a cause different from those stated in the Act, or without following the procedure that was stipulated therein⁽³³⁾.

Although the content of that title was addressed to ensure the irremovability of the judiciary, it is not an unfounded approach to consider these to also be disciplinary cases, to the extent that the

(32) Art. 734 foresaw that judges and magistrates should be disciplinarily corrected when they disrespected their superiors in hierarchy orally, in writing or by action; when they seriously disrespected the consideration due to their peers; when trespassing the rational limits of their authority; when they were negligent in their duties; when the irregularity of their conduct or moral vices detracted them in public, compromising the decorum of their ministry; when demanded for debts; when recommended to judges or courts pending affairs in adversary proceedings or criminal causes; when they made manifestations or activities of a political nature; and when, without authorization from the Ministry of Grace and Justice, they published writings in defense of their official conduct, or attacking other judges or magistrates.

(33) As declared in arts. 221 and 222. The latter, in particular, states: «judicial irremovability is the right of judges and magistrates not to be dismissed, suspended, transferred or retired but for the causes that are expressed in this title».

imposition of those sanctions was ordinarily the result of a governmental file. Thus, it would be possible in dealing with two disciplinary procedures. The first of them, outlined in Title IV — in very general terms, since there are specifics for each of the cases — always considered a governmental way to declare the dismissal, the suspension or the transfer ⁽³⁴⁾. For example, the most serious case, dismissal, could be the result of a decision of the competent court and/or the order of the Council of ministers, endorsed by the Ministry of Grace and Justice, with a previous consultation to the *Consejo de Estado* ⁽³⁵⁾. That meant imposing a sanction by a governmental channel. However, that administrative decision could be appealed through litigation in the Supreme Court ⁽³⁶⁾, which implied applying a common litigation system, because in those moments, every act of Administration could be brought before the courts.

In any event, the true novelty was the mere fact that a pure disciplinary procedure was regulated in Title XIX, devoted literally to a brand new « disciplinary jurisdiction ». The exercise of disciplinary jurisdiction belonged to the boards of government within the courts, and the procedure could be promoted by the presidents of the courts (which were directly appointed by the Ministry, and who

⁽³⁴⁾ This regulation can be found in arts. 223 to 244.

⁽³⁵⁾ Art. 223. Whereas suspension was imposed by an order of the competent court (art. 227, generally through the governing board: art. 228), transfer was decided, as removal, by a resolution of the Council of ministers, also endorsed by Grace and Justice and previously consulted with the *Consejo de Estado* (art. 237).

⁽³⁶⁾ Art. 244 stated: « Judges and Magistrates may engage in legal proceedings against the administration before the Supreme Court: 1st. When they are suspended by the Government; 2nd. When they are dismissed or transferred without expressing the grounds for the dismissal or transfer; 3rd. When the cause of the dismissal or transfer is not contemplated in this Act; 4th. When they are dismissed or transferred without observance of all the forms prescribed by the Constitution of the monarchy and this Act; 5th. When they are retired without any of the causes mentioned in this law, or without adhering to the forms prescribing retirement in it » (art. 244). Retirement (which came under Title V) was not statutorily contemplated as a disciplinary measure. This last point was precisely in order to prevent that kind of use, which was not unknown in the past (illustrative experiences in this regard can be found in B. DÍAZ SAMPEIRO, *La politización de la justicia. La designación de los magistrados del Tribunal Supremo (1836-1881)*, Madrid, 2005).

presided over the respective board of government), or public prosecutors, that is, *fiscales* (who maintained a strong link with ministries), when it would have been ordered by their respective superiors, or when they had knowledge of facts that were covered in the event of disciplinary jurisdiction, as they were laid down in the Act ⁽³⁷⁾.

Because it is also worth noting that, again for the first time, the disciplinary offences were formulated in a law, certainly with very flexible formulations, but — and this is the remarkable aspect — as a closed catalog ⁽³⁸⁾. It is true that a very important first step in that direction had been the Penal Code: the Code became an essential legal instrument in order to define substantially the nature of these disciplinary offences. That is to say, to distinguish them from the crimes and misdemeanors that the Code contemplated as causes for initiating an ordinary criminal — namely jurisdictional — procedure. In 1870, at the same time that a Judicial Act was promulgated, a new Criminal code was enacted. It is not by chance that precisely in that year, the Code consecrated that « it would not be considered penalties the fines and the rest of corrections that, in the frame of their governmental or disciplinary powers, superiors imposed to subordinates or administrates » ⁽³⁹⁾. The Code, then, defined — in a negative way, though — the nature of those corrections, but did not specify the concrete cases, as they belong to a sort of authority,

⁽³⁷⁾ Arts. 732 to 736.

⁽³⁸⁾ Art. 734 stated: « The Judges will be corrected disciplinarily: 1st. When insulting orally, in writing or graphically their superiors in the hierarchy; 2nd. When seriously injuring the regard due to their peers; 3rd. When exceeding the rational limits of their authority over subordinate assistants and employees of the Courts, or those who come to them in justice, or attend the podium, for whatever purpose. 4th. When being negligent in their duties; 5th. When jeopardizing the decorum of their ministry by the irregularity of their moral conduct or by vices that made them unworthy of public esteem; 6th. When contracting debts beyond their fortunes, provoking executive demands against them; 7th. When recommending to judges or courts pending proceedings or criminal cases; 8th. When violating the prohibitions contained in the 3rd, 4th, 5th and 6th paragraphs of article 7 of this law (primarily aimed at decoupling the judge from all kinds of political demonstration); 9th. When, without authorization of the Ministry of Grace and Justice, publishing writings in defense of their official conduct, or attacking the other Judges' or Magistrates' conduct ».

⁽³⁹⁾ Art. 25, par. 3.

the disciplinary one, which had been directly expelled by the Code itself from what it regulated.

Nonetheless, it was with the emergence of a new procedure for that kind of offence that it became necessary to determine the cases for which this process could be initiated. In effect, once the procedure was created, it became necessary to establish a substantive and systematic content for the disciplinary corrections, so that it would be possible to initiate them in the event that someone had fulfilled the acts described in one of those definitions of the offences, the foreseen procedure. It is arguable that this process took place attracting those particular cases in which judges and courts acted under a disciplinary faculty with a certain level of discretion. In other words, all the disposition that regulated the intern regime of the courts was reread with the scope of extracting from them all the judicial competences by which judges were empowered to correct disciplinarily the subordinates who broke orders, or erred the exercise of their functions: that was the content that filled the new sphere — now externalized from the point of view of the courts — of the disciplinary corrections ⁽⁴⁰⁾. It was the Judicial Act of 1870 that, for the first time, developed this process of transference. From that perspective, it was the new procedural law that termed the content of « disciplinary »: there were no disciplinary matters by nature, but « disciplinary » were all matters of internal discipline that were attracted by this procedure.

Let us return to the issue of procedure, which was initiated for the purpose of engaging in any of these cases that were established in a law for the first time. The procedure was basically intended to instruct a disciplinary file, and with that objective, stipulated the hearing of the party, the presentation of evidences and other means to complete the investigation, as well as the hearing in writing, both the party and the public prosecutor ⁽⁴¹⁾. The resolution, as appropriate, rested with the court or with the board of government thereof ⁽⁴²⁾, to be decided according to their *prudente arbitrio* ⁽⁴³⁾.

⁽⁴⁰⁾ This process seems to me very clear in ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos*, cit., pp. 66-69.

⁽⁴¹⁾ Arts. 737 and 738.

⁽⁴²⁾ Art. 739.

Decisions — with the exception of those adopted in the Supreme court ⁽⁴⁴⁾ — were appealable before the superior court or board of government, depending on the organ that knew the process ⁽⁴⁵⁾. In contrast to the provisions of Title IV, then, this procedure could not be appealed to the ordinary courts, but ended within the judicial apparatus itself, which conferred this new jurisdiction a sort of autonomous entity.

Both in the case of Title IV, as in this case of Title XIX, it seems that law apparently only tried to ordinate what already existed in relation to disciplinary powers within the courts, surely consisting, as previously mentioned, in internal and consolidated practices of those institutions. Which, then, was the difference between that which existed before, and that which existed after the Judicial Act? The novelty consisted in the regulation itself. In regulating those faculties by law, the Judicial Act absorbed into the frame of their own autonomy, in which all those practices inserted, all the discretionary faculties of internal government that belonged to courts until 1870. In such a way, when the Act of 1870 regulated the ancient discipline for itself, it simultaneously eliminated those traditional practices, making them law, thereby also removing the intern autonomy they represented, and moving them into a public law space.

Through this regulation, the new law did something that had never happened previously: « It changed into jurisdictional what had before been a discretional power ». A faculty, said Crispulo García Gómez de la Serna, Prosecutor of the Court of Madrid in 1871, « exercised *de plano* in a disciplinary manner » because « the occasional fault was responded with the immediate correction, *de plano*: the claiming for justice from the interested was responded with the hearing of the superior willing to amend its decision before the just claims of the defense » ⁽⁴⁶⁾. This was the simple corrections

⁽⁴³⁾ Art. 747.

⁽⁴⁴⁾ Art. 749.

⁽⁴⁵⁾ Art. 748.

⁽⁴⁶⁾ C. GARCÍA GÓMEZ DE LA SERNA, *Correcciones disciplinarias. Dictámen del Fiscal de la Audiencia de Madrid D. Crispulo García Gómez de la Serna*, in « Revista General de Legislación y Jurisprudencia », 38 (1871), pp. 363-373; quotations are in 364-365.

system that existed before 1870. Claiming against the Government for the powers that were available to the courts, and that the Judiciary Act had dispossessed them, he continued:

In the modest sphere whereupon the previous system placed the corrections, as superior's disciplinary attribution, although it could be reclaimed by justice, was, however, a complete enough system to fulfill the needs and contingencies of the service.

The judges, the board of justice, of government and the Supreme Court in their respective order, had a wide field to suppress milder or graduated faults of its lower hierarchy in functional order, from simply telling yourself, simple notice of an error, up to the formation caused by the offense, to the warning, prevention and fine.

But [...] the preservation of the class, the guarantee of the people, give a great importance to these corrections creating the disciplinary jurisdiction properly with its judges and their sentences, shaping the process; and its importance is such that it can produce the separation of a functionary.

From such jurisdiction to that which existed in our law that was called before disciplinary authority, there is an immense difference ⁽⁴⁷⁾.

So in effect, as far as judicial responsibility was concerned, the « disciplinary jurisdiction » was the great invention of the century. Opposing the discretionary, jurisdiction was the first step in creating for the disciplinary responsibility an external space from the judicial corporation and removing it from corporate level. Thus, the control of the judiciary was outsourced and deposited in the hands of an entity that was out of the courts and above them: the Ministry of Grace and Justice.

But above all, *jurisdictionalization* of discipline had led to the same that the Prosecutor bitterly denounced: the complete dispossession of the « regime of rules of conduct and judiciary courtesy ». Although « the practice had also formed an equitable jurisprudence to its provisions giving the exact flexibility needed to meet all the contingencies of the service, and the disciplinary system existing before from the law dutifully filled its own destiny condition », now

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*, pp. 363, 363 and 369. The same idea, though in more general terms, was reproduced by the public prosecutor in *Informe de la Audiencia de Madrid sobre la Ley provisional de organización del Poder Judicial*, in «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 40 (1872), pp. 290-320.

the only system of judicial action was the « disciplinary proceedings »⁽⁴⁸⁾.

Finally, why convert a discipline that was applied to dependents of the Ministry of Grace and Justice to « procedural », within a hierarchical structure where it was not supposed to be of conflicting interests, or in any case, those assumed not to be shown there within? In point of fact, it is evidenced that the Ministerial option in 1870 was not to prosecute judicially by the restrictions to which the Court Act itself submitted the other « legal » responsibilities: the two responsibilities — civil and criminal⁽⁴⁹⁾ — were made in general terms, procedurally ineffective: The former, because the uncertainty of the legal order rendered proving both that the judge had incurred responsibility impossible, like as not; the civil liability action that was later created, besides, made it ineffective⁽⁵⁰⁾. Similarly ineffective for the parties was the latter, the criminal action, impossible to establish if it was not firstly celebrated previous to an *antejuicio*⁽⁵¹⁾.

Nevertheless covering up the imposition of disciplinary sanctions with a procedural form legitimized the ministerial performance, maintaining an appearance of distance between « administration and employee » and not a direct link between « dismissal and subordination ». Despite the fact that the entire disciplinary process was directed and controlled by the judiciary administration, « the procedure » distanced disciplinary decisions away from the political image and discretion. In this sense, as the Prosecutor stated, there was an « immense difference » between the disciplining authority that existed before 1870, and the jurisdiction that existed from that date on. This difference was exactly the same as that which mediated between the judge, the official of justice, and the civil servant judge; said difference remains unquestioned in Spain to this day.

(48) GARCÍA GÓMEZ DE LA SERNA, *Correcciones*, cit., pp. 364-365.

(49) Regulated in title V, articles 245 to 266.

(50) An analysis of this question in I. Díez-PICAZO, *Poder judicial y responsabilidad*, Madrid, 1990.

(51) Which had its origins in the *autorización para procesar* to which I referred previously (fn. 27); for instance, see J.R. PARADA VÁZQUEZ, *La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas*, in « *Revista de Administración Pública* », 31 (1960), pp. 95-149.

GIOVANNI CHIODI

IL TEATRO DELLE PASSIONI.
L'AZIONE PRIVATA E POPOLARE
NELLA PENALISTICA ITALIANA DI FINE OTTOCENTO

1. Ruggenti anni '70. — 2. Atavismo accusatorio. — 3. Il liberalismo alla prova. — 4. Due archetipi a confronto. — 5. Sulle orme di Carrara. — 6. Un procuratore generale « allo specchio ». — 7. La stagione dei fiori. — 8. Un « modo semplicissimo » di garantire la persona offesa. — 9. Conciliare diritti individuali e sociali. — 10. Le due azioni al Congresso fiorentino e una conversione. — 11. Un « peccato giovanile ». — 12. Scenari di fine secolo. — 13. Il teatro delle passioni.

1. *Ruggenti anni '70.*

La grande via della riforma, che si inizia con l'accogliere il principio dell'azione penale popolare [...] nel presente progetto non è per anco tentata. [...] eppure era il campo in cui il legislatore avrebbe potuto osare una grande riforma, appunto perché l'azione penale è uno dei pochissimi argomenti che hanno formato oggetto di studio accurato da parte dei nostri migliori giuristi, ed è stato esaminato in tutti i suoi aspetti e in tutte le sue conseguenze. [...] quell'azione popolare, che il legislatore aveva rifiutato nella sua interezza, ritorna ora indirettamente, ma tanto limitata, tanto ristretta, e, soprattutto, tanto difforme dai principî fondamentali ⁽¹⁾.

Queste considerazioni, del magistrato palermitano Pietro Mirto, esprimono bene la sensazione provata da molti giuristi di fronte alla parabola discendente subìta dall'azione penale privata e popolare nel corso dei lavori preparatori del futuro codice liberale del 1913, a fronte della contraria tendenza ascensionale che aveva pervaso il dibattito dottrinale ⁽²⁾.

⁽¹⁾ *Sul Progetto del nuovo codice di procedura penale. Referendum della Rivista Penale*, C. (Pietro Mirto), in « Rivista Penale », LXXVI (1912), pp. 19-23.

⁽²⁾ Sulla gestazione del codice del 1913 è fondamentale la corposa indagine di M.N. MILETTI, *Un processo per la Terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*, I,

In effetti, quella a favore dell'azione privata e/o popolare nel processo penale era stata una grande battaglia della scienza penalistica italiana di fine Ottocento. Una delle tante intraprese subito dopo il varo del codice nel 1865 e generate dall'insoddisfazione per un impianto processuale ancora arretrato sul piano delle garanzie fondamentali di libertà e verità.

Pur nella diversità degli approcci, le critiche ai meccanismi della procedura penale vigente dopo il 1865 sono lo specchio di un periodo di transizione ⁽³⁾. Per chi si propone di riformare il processo affrettatamente codificato, ragione e storia, comparazione e statistiche giudiziarie sono armi indispensabili per dare lievito ed ala ai pensieri di rinnovamento. È in questo clima di tensione e di sempre più temuta eclissi della libertà civile che, anche in Italia, si scende in campo per invocare la rottura del granitico monopolio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, considerato fonte, se non di tutti, almeno di molti mali e disfunzioni della giustizia postunitaria. La stagione di fine Ottocento sembra propizia al mutamento, riforme della procedura penale sono in atto in tutta Europa, le critiche al monopolio del pubblico ministero sbocciano un po' ovunque, i venti sono favorevoli all'accusa privata, che diventa un tema alla moda non solo in Austria e in Germania, più avanzate sulla strada del cambiamento, ma anche in Francia.

L'attesa, Milano, Giuffrè, 2003. All'azione penale nell'Italia postunitaria hanno prestato attenzione, tra gli altri studiosi, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2001⁶, n. 48, pp. 413-419; M.G. DI RENZO VILLATA, *Un pubblico ministero 'figlio della politica'? Azione penale e Pubblico ministero tra dipendenza e libertà nell'Italia postunitaria*, in *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, hrsgb. von B. Durand, L. Mayali, A. Padoa Schioppa und D. Simon, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005, pp. 203-310; M.N. MILETTI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive. Premessa storica*, in «Criminalia», 2010, pp. 304-326. Profili storici dell'azione penale privata e popolare sono rievocati anche negli studi di M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, Cedam, 1995; F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, Jovene, 1994, pp. 3-27; M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, Giappichelli, 2003.

⁽³⁾ Per un efficace quadro d'insieme, v. ora M.N. MILETTI, *La giustizia penale*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Ottava appendice, *Diritto*, Roma, 2012, pp. 467-474, che per riferirsi allo stato d'animo della penalistica civile dell'epoca ha coniato la pertinente formula di « retorica dello scontento ».

Negli anni Settanta, di azione popolare parla con decisione Lucchini e di azione privata Carrara: entrambi gli interventi hanno il sapore di un manifesto, l'uno per l'azione popolare e l'altro per l'azione privata. Comincia dunque da questi due apporti simbolici il filo del racconto.

2. *Atavismo accusatorio.*

Lucchini approda al quesito nell'ambito di quell'attacco profondo, totale e globale, al processo misto, che è il perno su cui ruota il suo libro-denuncia sul carcere preventivo ⁽⁴⁾.

Egli formula la sua proposta di allargamento dell'azione penale a tutti i cittadini all'interno di un programma di riforma, che tocca anche altri aspetti negativi del processo misto. Il giovane polemista non è avverso al pubblico ministero e all'azione penale esercitata da un pubblico ufficiale in nome della società (un dato, questo, comune a tutti i penalisti coevi). Combatte piuttosto il sistema istruttorio basato sul dualismo pubblico ministero-giudice istruttore, sul segreto inquisitorio e sul monopolio dell'azione nelle mani del pubblico ministero.

Per eliminare il primo inconveniente, vorrebbe che l'istruttoria fosse tutta delegata al pubblico ministero, togliendola al giudice istruttore, di fatto non autonomo rispetto al primo e non responsabile. Il dualismo infatti comporta ritardi, lungaggini e non serve a niente, poiché il giudice istruttore non è affatto un organo indipendente ed è anche fonte di errori giudiziari: « il gabinetto segreto del giudice istruttore è il ricettacolo dell'arbitrio e può esserlo della

(4) L. LUCCHINI, *Il carcere preventivo ed il meccanismo istruttorio che vi si riferisce nel processo penale. Studio di legislazioni comparate antiche e moderne seguito da uno schema-progetto di legge*, 2^a edizione accresciuta degli Atti del Congresso Giuridico Italiano sull'argomento (adunanze 30 nov. e 1° dic. 1872 in Roma), Venezia, Ferdinando Ongenia, 1873. Quel pilastro del sistema inquisitorio che è l'istruttoria segreta è oggetto di dura requisitoria nei capitoli II, *L'ufficio del giudice e la pubblicità dell'istruttoria*, e III, *L'ufficio del pubblico ministero*. Sulla figura poliedrica dell'Autore, v. da ultimo l'eccellente ritratto di M.N. MILETTI, *Lucchini, Luigi*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, dir. da I. Biocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, v. II, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 1207-1211.

corruzione, ed esso offre adito eziandio alla falsità delle testimonianze » (5).

Per azzerare il secondo difetto, vorrebbe l'istruttoria aperta anche ai privati, e, si noti, al massimo grado, poiché si tratterebbe di consentire anche a loro (accusatori e accusati) di rivolgersi alla polizia giudiziaria, sottraendola al controllo del potere esecutivo, facendone fruire ai cittadini come al pubblico ministero: « la polizia dev'essere, non il braccio del pubblico ministero, ma il braccio della giustizia — essa non deve essere a disposizione soltanto dell'accusa e del potere esecutivo, per diventare arma di arbitrio e di dispotismo, ma deve trovarsi al servizio di tutti i cittadini » (6).

I privati dovrebbero poter collaborare con il pubblico ministero, poterlo prevenire o, in caso di inerzia, sostituire. Lucchini è dunque a favore di un'azione promossa dai cittadini, non necessariamente sussidiaria, ma anche preventiva oppure adesiva (mai invece esclusiva). Il pubblico ministero, infatti, qualora il privato esercitasse l'azione penale, non perderebbe i suoi poteri, dovendo vigilare e avendo facoltà di esercitare anch'egli l'azione penale in adesione all'accusatore, come risulta chiaramente dall'art. 23 del progetto di legge pubblicato alla fine del libro: « Il pubblico ministero allorché intervenga il privato accusatore sorveglierà con diligenza l'andamento del processo, ed ove lo creda opportuno, si associerà allo stesso, promovendo di conserva l'azione penale » (7).

L'istruttoria, inoltre, dovrebbe svolgersi *pubblicamente* e non segretamente: e dovrebbe realizzarsi in pieno contraddittorio con l'accusato, con il vantaggio anche di ristabilire prontamente la sua reputazione in caso di calunnia (8). È dalla proposta di pubblicità integrale dell'istruttoria, di matrice anglosassone, che si sviluppa anche il discorso favorevole all'azione popolare.

Per Lucchini, la diagnosi è chiara: tutti i mali di cui sono

(5) LUCCHINI, *Il carcere preventivo* cit., p. 292.

(6) Ivi, p. 307.

(7) Ivi, p. 313.

(8) Specifica sul tema l'approfondita ricerca di M.N. MILETTI, *Ombre d'inquisizione. L'intervento della difesa nell'istruttoria penale italiana (1865-1913)*, in «Quaderni fiorentini», 36 (2007), *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, t. II, pp. 901-955, che parla di crociata 'neoilluminista' di Lucchini (pp. 909-912, 915).

testimonianza le statistiche (alto numero di archiviazioni e di sentenze di assoluzione) provengono « da quel cancro roditore della giustizia, che sono le denunce segrete od anonime di privati calunniatori, ed i rapporti della bassa polizia posta in moto da malignità o da soverchio zelo. La segretezza della procedura agevola queste false imputazioni ». Con la pubblicità dell'istruzione e dell'accusa, « i processi iniqui ed ingiusti, le querele e le denunce dettate dalla malignità, dalla vendetta e dalla cupidità scomparirebbero quasi del tutto »: « chi ardirebbe accusare un onesto cittadino, allorché l'accusatore dovesse nel primo inizio della causa presentarsi innanzi al giudice e somministrargli le prove della colpeabilità? ». Troppe archiviazioni e troppe assoluzioni, per Lucchini, sono il sintomo di una giustizia che funziona male, a discapito anche della « pubblica sicurezza », mentre la pubblicità è garanzia di « imparzialità delle investigazioni » e di tempi più brevi ⁽⁹⁾.

Quali privati, però, si devono ammettere ad esercitare l'azione penale, come vere parti accusatrici, accanto al pubblico ministero?

Premessa indiscutibile per Lucchini (una petizione di principio che gli sarebbe stata rimproverata da Carrara) è l'esclusiva rilevanza pubblica dell'azione. Se essa è sempre pubblica, ad esercitarla non si possono ammettere le vittime del reato, perché il processo penale verrebbe ad essere contaminato da interessi personali e privati. Viceversa l'accusa deve essere estesa a qualsiasi cittadino non offeso dal reato, che offrirebbe una garanzia di imparzialità. « Ogni cittadino incensurabile [...] può costituirsi parte accusatrice ed esercitare l'azione penale e pubblica contro qualsiasi cittadino nazionale od estero »: così proclama l'art. 22 del suo schema di legge ⁽¹⁰⁾. La libera accusa popolare sarebbe, insieme alla pubblicità dell'istruttoria, la più efficace forma di controllo e di contrappeso al potere, altrimenti senza freni, del pubblico ministero.

Il punto di vista in cui si pone Lucchini è quello, a suo dire, dei principi di ragione: sfiducia nelle vittime del reato, sfiducia nel giudice istruttore, fiducia nel pubblico ministero, purché operante in pubblica udienza e con la cooperazione di tutti i cittadini. Una vera

⁽⁹⁾ LUCCHINI, *Il carcere preventivo* cit., pp. 294-295 (per tutte le frasi riportate nel testo).

⁽¹⁰⁾ *Ivi*, p. 313.

e propria irruzione dei cittadini « nel tempio di Astrea » è quella che Lucchini entusiasticamente si augura ⁽¹¹⁾. Egli, anzi, è fermamente convinto che, più della giuria, sia proprio l'azione penale popolare ad assicurare la partecipazione dei cittadini, già riconosciuta nell'attività legislativa, anche all'esercizio della giustizia penale ⁽¹²⁾.

Il modello che così prende forma, non scervo da slancio astratto e utopistico, è quello di un'azione popolare sussidiaria o concorrente per ogni reato ⁽¹³⁾.

Sembra chiara, dunque, la motivazione che spinge il giurista veneto a sollecitare l'estensione dell'azione penale ad ogni cittadino: non la tutela dei sacri diritti della persona offesa, ma un'amministrazione della giustizia più efficiente, grazie anche alla pubblicità e al più attivo concorso dei cittadini (non solo individui, ma anche *associazioni* ⁽¹⁴⁾), sul modello dichiarato della giustizia anglosassone e americana. Lucchini sogna l'intervento delle masse nei giudizi penali, accanto al p.m.

⁽¹¹⁾ Ivi, p. 290: « Fate [...] che il bisogno di associarsi attivamente alla tutela dell'ordine e della pubblica tranquillità, tenuto oggi dal monopolio delle amministrazioni, diventi costume nelle masse, ed in allora vedrete che mediante i potenti mezzi che la civiltà offre all'umano consorzio, mediante le rapide comunicazioni, l'efficace soccorso della stampa, le convenzioni internazionali, la leva dell'associazione privata, la società, posta quotidianamente a giorno di quanto si compie nel tempio di Astrea, non avrà d'uopo della virtù romana per tutelare i propri interessi, la propria sicurezza, e offrire un valido appoggio all'amministrazione della giustizia ».

⁽¹²⁾ Ivi, p. 345: « Non già nel monco istituto della giuria [...] possiamo vedere associati i cittadini al governo della giustizia, ma nella intera pubblicità della procedura e nel diritto dei privati di esercitare l'azione penale. La pubblicità senza l'accusa libera d'ogni cittadino sarebbe un non senso ».

⁽¹³⁾ La partecipazione dei cittadini al processo penale aveva naturalmente bisogno di garanzie. In questa fase del pensiero di Lucchini (1873), esse si riducono all'assistenza di un avvocato (art. 22), alla sorveglianza del pubblico ministero (art. 23) e all'obbligo di non desistere dall'accusa, a pena di calunnia (art. 24).

⁽¹⁴⁾ Ivi, p. 344: « tutti i cittadini presteranno mano forte alla persecuzione penale [...] precisamente nell'egual modo che suole farsi in Inghilterra ed in America. Siccome avviene presso quei popoli, non soltanto si otterrà il tributo diretto degli individui, ma numerose associazioni sorgeranno alla tutela degli interessi delle varie classi della società ». La precisazione è estremamente significativa, in relazione alle successive vicende legislative italiane.

La tesi sarà riproposta anche nel 1886, ne *I semplicisti del diritto penale* ⁽¹⁵⁾.

Considerazioni precise si trovano esposte, in forma limpida e compiuta, anche negli *Elementi di procedura penale*, dove entrano a far parte di un lucido atto di accusa del « patrio codice », accompagnato da un vibrante e consapevole invito a far assumere quanto prima al processo forma accusatoria ⁽¹⁶⁾. La predilezione per questo metodo è dichiarata ad ogni passo, in ogni luogo dell'opera; il confronto tra 'essere' e 'dover essere' conduce a giudizi tanto netti, quanto impietosi, ad una denuncia per nulla pacata, anzi vigorosa, dei pericoli del processo inquisitorio, contro il quale la ragione, la storia, l'esperienza e la comparazione offrono copiosi argomenti.

Di nuovo, l'attrazione di Lucchini per un'azione penale che includa, tra i suoi titolari, oltre al pubblico ministero, tutti i cittadini, deriva dalla persuasione che essa non possa dirsi che *pubblica* e giammai *privata*. L'azione penale è pubblica oggettivamente « perché si concepisce e definisce e si esercita nell'interesse e in confronto di tutta la società ». È pubblica soggettivamente « quando se ne attribuisca la spettanza e l'esercizio a tutti consociati » (n. 25).

Se la società civile è il soggetto attivo dell'azione penale, quanto all'esercizio la società ha necessità di essere rappresentata. Questa rappresentanza, spiega Lucchini (n. 76), storicamente ha assunto tre forme, a seconda che l'azione sia stata delegata ad ogni cittadino (con le opportune cautele), alla persona offesa o danneggiata dal reato, ad un pubblico funzionario.

Ripudiato in quanto contrario « ai principî più elementari del

⁽¹⁵⁾ Di cui fa parte un passo conoscitissimo per la sua incisiva forza polemica: « ormai lo sanno anche gli idioti, che il nostro meccanismo procedurale è quello che di più antiquato, di più illogico, di più inefficace si possa immaginare. Ma non mica per quelle scarse e monche guarentigie dell'orale giudizio e per quelle eccezionali concessioni che si fanno all'imputato nel periodo istruttorio; sebbene per la prolissità e discontinuità degli atti, per le interminabili complicazioni e formalità, e più di tutto appunto per tutta quella zavorra inquisitoria che ingombra ancora il nostro procedimento, isolando dal concorso efficace dei cittadini e rendendo impotente la polizia giudiziaria » (L. LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale. Saggio critico*, Torino, Utet, 1886, pp. 254-255).

⁽¹⁶⁾ L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, G. Barbèra, 1895: per le citazioni, mi avvalgo del n. del paragrafo.

procedimento da non meritare discussione » l'esercizio dell'azione in capo al giudice, Lucchini obietta che pure la « rappresentanza esclusiva in apposito ufficiale [...] costituisce una specie di monopolio, pieno di pericoli e d'insidie, per l'arbitrio che vi è inerente ». Perciò « il metodo più razionale e conforme ai principi processuali e ai caratteri e fini dell'azione penale è certamente quello di attribuire a ogni cittadino il diritto all'azione, mercé la libera accusa, sia pure col succedaneo, ove faccia difetto l'iniziativa privata, del pubblico funzionario ».

Nel 1895, Lucchini si limita a concludere che il codice vigente, in base alla « regola fondamentale » enunciata dall'art. 2, affida l'esercizio dell'azione penale esclusivamente al pubblico ministero (17). Nel 1899 aggiungerà che alla vittima non è bene ritagliare ulteriore spazio nel processo penale: « esclusa qualunque prerogativa della parte lesa, che nel processo penale non può aver titolo se non per reclamare il risarcimento del danno e può essere troppo pericoloso interessare oltre una certa misura nell'esercizio dell'azione penale » (18).

Le critiche di Lucchini al monopolio dell'azione penale vengono reiterate al momento di delineare i tratti dell'accusatore. Premesso che « la pubblicità soggettiva dell'azione penale trae seco, teoricamente, il diritto in ogni cittadino di esercitarla, e quindi la possibilità di essere accusatore », secondo il « principio razionale della libera accusa » accolto dalla procedura anglo-americana; premesso che tale civico dovere deve essere circondato di opportune garanzie e che occorre comunque completare la libera accusa con l'istituzione del pubblico ministero (n. 192), Lucchini non può tuttavia tacere i pericoli insiti nel monopolio dell'azione penale, conferito dall'art. 2 del codice. Questa funzione « a prescindere dall'esorbitante potestà, non è circondata dalle opportune garanzie per il suo retto adempimento ». Ecco dunque sopravvenire, anche in questa sede, la proposta: « nel nostro pensiero il pubblico ministero

(17) Art. 2: « L'azione penale è essenzialmente pubblica. Essa si esercita dagli ufficiali del pubblico ministero presso le Corti d'appello e d'assise, i tribunali, i pretori. È esercitata d'ufficio in tutti i casi nei quali l'istanza della parte danneggiata ed offesa non è necessaria a promuoverla ».

(18) L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, Barbèra, 1899, n. 76.

dovrebbe avere la rappresentanza complementare e sussidiaria dell'accusa, abbandonando quella iperbolica e incoerente della legge » (n. 192).

Lucchini perviene quindi a discorrere dell'istruttoria, dove ha occasione di completare il quadro, riaffermando le sue idee, contrapponendo l'organismo « razionale » a quello « positivo » (n. 220). In un « sistema razionale di procedura » (n. 217), spezzato il monopolio dell'accusa, caduta la segretezza dell'istruttoria, pubblico ministero e parti devono vicendevolmente completarsi nella ricerca della verità.

La ragione va di pari passo con l'esperienza: è infatti sperimentato che nei paesi dove vige il metodo accusatorio « la giustizia procede assai meglio che non sia in quelli soggetti al sistema opposto, ispirato al vieto e gretto pregiudizio che gli uomini non si possano governare se non col terrore, col mistero e con la diffidenza » (n. 220).

Il riformista, è vero, non si nasconde alcune obiezioni, come quella, facilissima, secondo cui il sistema accusatorio non sarebbe adatto ai costumi e all'educazione del popolo italiano. Ma gli sembra preoccupazione in fin dei conti superabile, bastando all'uopo introdurre i convenienti temperamenti: « Certamente non si può pretendere che le stesse istituzioni, le quali fanno buona prova in un paese debbano ottenere lo stesso effetto se applicate in un altro; ciò che qui si propugna è soltanto in linea di principî e di criterî generali, fondati sulle condizioni comuni e costanti dell'uomo e della società, e i quali poi devono adattarsi naturalmente, nell'applicazione, alle circostanze di luogo, di tempo, di civiltà e via dicendo » (19). Parole che si possono ritenere valide anche per quanto concerne i timori contro la libera accusa popolare.

Le speranze di cambiamento risuoneranno con maggior forza quando Lucchini indosserà i panni del legislatore. Il suo itinerario, infatti, giungerà al culmine con la relazione sull'azione penale, a lui affidata in seno alla commissione del 1898: sintetica ed efficace *summa* del suo pensiero, pronto a tradursi in norma giuridica. Di nuovo, il giurista veneto non farà mistero della sua predilezione per

(19) Accenti analoghi nell'ed. del 1899, p. 249, pur con varianti formali.

il modello inglese e della sua insofferenza per l'« atavismo accusatorio », restaurato in Austria e in Germania. Una cosa buona, però, dell'esperienza tedesca, gli sembra il ricorso giurisdizionale della parte offesa di fronte al rifiuto di procedere della procura ⁽²⁰⁾. Il rimedio gli piace e gli sembra adottabile anche in Italia ⁽²¹⁾. Ricordando Carrara, nello stesso anno 1899, sarà ancora l'azione penale popolare il centro delle sue riflessioni: « perché il giudizio non sia opera vana e astratta, esso deve conquistarsi la fiducia e il rispetto delle masse [...] solo in questa guisa si ravviverà nel cittadino la sollecitudine di cooperare alla cosa pubblica » ⁽²²⁾. E ancora nel 1901, di fronte agli sviluppi della vicenda codificatoria nel pieno della disputa con Garofalo, non defletterà coerentemente dalla sua scelta ⁽²³⁾.

3. *Il liberalismo alla prova.*

Dopo l'allievo, la voce più autorevole che interviene nella diatriba è quella del maestro, Francesco Carrara, che si esprime innanzitutto in un saggio brillante, poi citatissimo, datato maggio 1875, accolto nella *Rivista Penale* di Lucchini ⁽²⁴⁾.

⁽²⁰⁾ V. *infra*, §. 8.

⁽²¹⁾ L. LUCCHINI, *Azione penale. Appunti di riforma legislativa*, in « Rivista Penale », XLIX (1899), pp. 5-15, p. 10: « ciò che è cosa ben diversa dall'attribuirle senz'altro la potestà di esercitare l'azione penale ». Poche righe prima, egli aveva riproposto lo stereotipo della vittima: « la parte lesa [...] può essere animata soltanto da un sentimento, quello della rappresaglia e della vendetta, non suole mirare che a un fine, la riparazione dell'offesa e il risarcimento del danno. E quindi viene completamente snaturata l'azione penale, che à indole e finalità essenzialmente pubbliche ».

⁽²²⁾ L. LUCCHINI, *Somme finalit  del giure penale*, in *Per le onoranze a Francesco Carrara. Studi giuridici...*, Lucca, Marchi, 1899, pp. 403-422, 415 e 417.

⁽²³⁾ L. LUCCHINI, *Giustizia per tutti*, in « Rivista Penale », LIV (1901), pp. 489-505, p. 497: « un coefficiente essenziale, e tanto manchevole fra noi, di una buona ed efficace giustizia penale   la cooperazione larga, incessante, cordiale delle popolazioni, quale si ottiene non gi  isolando l'amministrazione giudiziaria e la magistratura [...] bensì organizzandole in modo che appariscano presidio e tutela dei deboli, sempre operanti alla luce del sole ».

⁽²⁴⁾ F. CARRARA, *Azione penale*, in « Rivista Penale », III (1875), pp. 5-20. Il saggio viene anche riprodotto in nota al § 861 del *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, a partire dalla V edizione.

Anche il penalista toscano si dichiara favorevole a spezzare il monopolio dell'accusa: ma le sue proposte non sono sulla stessa lunghezza d'onda di quelle difese dal direttore di quello che diventerà il più combattivo foglio penalistico dell'epoca ⁽²⁵⁾. Egli pensa

Precursori dell'azione privata erano stati Pietro Nocito e l'ex ministro di grazia e giustizia, Francesco Borgatti, uomo politico della Destra (ma anche avvocato e magistrato) apprezzato dallo stesso Carrara, che nomina espressamente un suo discorso al Senato, spesso citato anche nelle discussioni di altri penalisti.

Nocito si era soffermato brevemente sul tema, nel suo volume sulla corte d'assise. Temeva l'azione popolare, perché metteva a repentaglio l'onore dei cittadini, meglio garantito dall'azione pubblica in quanto esercitata dal pubblico ministero, organo imparziale. Riteneva invece che « dal diritto di querela privata nasce il diritto della privata accusa » e che quindi la parte civile dovesse avere gli stessi diritti del p.m., il quale, d'altro canto, avrebbe dovuto contenerne lo spirito di vendetta. Da qui la doppia proposta: « nel processo orale l'accusatore privato non dovrebbe essere ammesso se non in quanto ci sia un'accusa pubblica », mentre « nel processo scritto ogni cittadino che si querela dovrebbe essere ammesso alla prova delle cose che si asserisce, e dovrebbe avere intorno ad esse una pronunzia del giudice »: P. NOCITO, *La Corte d'Assise. Esposizione teorica e pratica delle relative leggi di procedura ed ordinamento giudiziario compresa la legge sui Giurati 8 giugno 1874*, Roma, Botta, 1874. Dopo questi primi interventi, l'azione penale diventerà un luogo dottrinale prediletto dai penalisti italiani.

Il precedente dottrinale è noto a Francesco Borgatti, che non è affatto un « panegirista » del p.m., considerandolo anzi espressione di « socialismo governativo ». Da qui la perorazione a favore dell'azione penale privata pronunciata a Palazzo Madama: *Sul disegno di legge: Riforma del pubblico ministero (Senato del regno, tornata del 3 aprile 1873)*, in F. BORGATTI, *Discorsi parlamentari*, a cura di S. Rogari, Firenze, Le Lettere, 1997, pp. 224-243; *Sul disegno di legge: Soppressione di alcune attribuzioni del Pubblico Ministero presso le corti di Appello e i tribunali e riordinamento degli uffici del contenzioso finanziario (Senato del regno, tornata del 20 maggio 1875)*, ivi, pp. 297-312. In questa seconda occasione, l'azione penale privata è presentata con schietto liberalismo: « Colui che sa di avere chi si occupi degli affari suoi, poco se ne cura egli stesso; e i sottoposti a tutela non giungono a trattare con intelligenza ed amore i propri affari se non quando sono divenuti liberi nella propria iniziativa, e responsabili del fatto proprio. Anche nel governo dei popoli l'eccessiva e perpetua tutela non è segno di avanzata civiltà e di libertà ben intesa [...] è invece indizio sicuro di infanzia sociale o di servitù » (p. 304). Su un'altra presa di posizione, espressa alla Camera dall'on. Romano il 20 gennaio 1875 cfr. DI RENZO VILLATA, *Un pubblico ministero*, cit., p. 222.

⁽²⁵⁾ Il liberalismo moderato di Carrara traspare già dalla celebre lettera indirizzata al direttore della neonata Rivista Penale: M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale. La « Rivista Penale » di Luigi Lucchini 1874-1900*, in « Quaderni fiorentini », 16 (1987), *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*, pp. 105-183 e in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, v. II, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 903-980, p. 914.

infatti che si debba dare maggior credito alle persone offese dal reato.

Il discorso carrariano esordisce instaurando un rapporto stretto tra titolarità dell'azione penale e libertà civile⁽²⁶⁾, articolandosi poi su un doppio livello, giuridico e politico, e sulla distinzione tra persone offese e non offese dal reato, tra individui e cittadini.

L'avvio è icastico: la libertà *civile* si desume e si misura anche « sulla maggiore o minore balia che ànno i privati nello esercizio della azione penale da promuoversi contro i colpevoli di un delitto »⁽²⁷⁾. I sistemi storici sono tre: liberale, naturale e restrittivo. Il primo e il terzo sono regolati dalle leggi positive; il secondo dalla legge naturale. Quando il diritto positivo limita arbitrariamente il diritto naturale si ha il terzo sistema, che Carrara chiama *restrittivo*. In realtà, questo può assumere due forme: la prima, quando il legislatore, per valide ragioni politiche, limita il diritto naturale di accusare; la seconda, quando il nomoteta agisce senza un valido motivo politico (ed è il sistema restrittivo propriamente detto). Quando il diritto positivo va oltre i dettami della legge naturale si ha il sistema liberale, che è l'*optimum*.

La persona offesa dal reato vanta un *diritto naturale* alla difesa privata del proprio diritto violato. È vero che, come nel caso di aggressione ingiusta, alla difesa privata dei diritti individuali si sostituisce, nel processo, la difesa pubblica: la difesa del diritto individuale rientra infatti tra i compiti dello Stato. Ma quando lo Stato non può o non vuole esercitare la tutela del diritto violato, il

⁽²⁶⁾ I rapporti tra libertà *politica* e libertà *civile* nel liberalismo di Carrara sono approfonditi molto bene da L. LACCHÈ, *La penalistica costituzionale e il 'liberalismo giuridico'. Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in « Quaderni fiorentini », 36 (2007), *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, t. I, pp. 663-695, con ampia disamina di fonti.

⁽²⁷⁾ Su questo tema v. anche F. CARRARA, *Il passato, il presente e l'avvenire degli avvocati in Italia* (Firenze 16 sett. 1874), in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, v. VI, *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo regno d'Italia*, v. III, Prato, tip. Giachetti, 1879², pp. 51-85, p. 64: « La libertà civile consiste in questo, che i *diritti di ogni cittadino siano ugualmente protetti* ». Secondo tema tipicamente carrariano: « le franchigie politiche sono un niente e forse peggio che un niente se non servono di veicolo alle libertà civili » (F. CARRARA, *Libertà e giustizia*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, v. III, Prato, Giachetti, 1878³, pp. 633-644, p. 641). Sulle numerose presenze di questi due 'temi' nelle opere del grande giurista lucchese insiste l'indagine di Lacchè (cit. alla nota precedente).

privato deve poter esercitare da sé la difesa privata: è ciò che avviene di fronte ad un'aggressione ingiusta, quando il privato si trovi nell'impossibilità di chiedere la difesa pubblica (legittima difesa). Ciò deve avvenire anche nel campo dell'azione penale, che è *pubblica*, quando esercitata dal Pubblico Ministero, a tutela dei diritti individuali altrui o dei diritti della società; è *privata*, quando è esercitata dal privato leso nel proprio diritto individuale (una stoccata a Lucchini e al suo sofisma). Via libera, dunque, all'azione penale privata della vittima del reato. Affermare il contrario sarebbe ingiusto e illiberale.

Chi non è stato offeso dal reato, viceversa, non ha alcun diritto *naturale* di difesa privata. La società, tuttavia, può permettergli di esercitare l'azione penale, in tal caso non in quanto individuo offeso dal reato, ma in qualità di cittadino.

Vi è dunque un piano *giuridico* superiore, sul quale, secondo il Carrara, si colloca la pretesa della vittima individuale del reato di esercitare l'azione penale e che impone di restituire ai privati l'azione penale, quando il pubblico ministero non intenda esercitarla. Carrara, pertanto, in virtù di questo ragionamento, è a favore della sola azione privata sussidiaria e non anche esclusiva o adesiva rispetto a quella del procuratore: all'organo pubblico non deve essere interdetto di esercitare l'azione e, se si muove, i privati non gli si devono affiancare.

Nella realtà delle varie procedure penali europee, non sempre alla vittima del reato era concesso di esercitare l'azione penale. Ai due estremi si collocavano, ancora una volta, Inghilterra e Francia: la prima regno dell'azione penale privata, la seconda regno dell'azione penale pubblica. Nei modelli influenzati dalla Francia intervengono, dice Carrara, dei motivi *politici* per estromettere i privati dall'esercizio dell'azione penale, che spetterebbe loro secondo il diritto naturale: ai privati si nega il potere di agire in un giudizio penale « senza il passaporto del Pubblico Ministero » (28).

Di questi motivi *politici*, alcuni hanno quanto meno una parvenza di logica: il rispetto del principio di *autorità*, ad esempio, suggerisce di vietare ai privati di accusare liberamente una persona

(28) CARRARA, *Azione penale* cit., p. 13 (anche per le citazioni seguenti).

pubblica, un organo dello Stato: la quiete universale, l'ordine, il timore che una guerra apparentemente diretta contro la persona privata potrebbe nascondere una guerra aggressiva dell'autorità pubblica sono fattori che devono prevalere sul « sacro rispetto del diritto individuale » (quantunque la deroga possa apparire discutibile).

Ma quale principio di autorità, incalza Carrara, è possibile invocare per bloccare l'azione privata contro un altro privato? « Quando io querelo un villano per avere rubato i limoni nel mio giardino, vorrei sapere da qual lato pericola il principio di autorità ».

Un primo argomento, tra i più citati, è il timore di turbare la pace delle famiglie con liti temerarie. Ma Carrara lo reputa solo « un discorso a sensazione »: nelle liti civili accade spesso che siano intentate cause ingiuste da ricchi potenti, e nessuno ha mai pensato di mettere in mezzo il pubblico ministero a fare da filtro tra accuse verosimili e accuse temerarie.

Un secondo argomento fa leva sul fatto che il pubblico ministero non possa essere costretto ad agire, su impulso dei privati, contro la sua coscienza. Ma Carrara replica che la presenza di un accusatore privato non implica che il procuratore sia costretto a fornirgli il uso apporto contro coscienza, come invece accade spesso quando è il potere esecutivo, « che spinge i suoi subalterni ad accuse insostenibili, come un generale furioso spinge i soldati al macello » ⁽²⁹⁾. Alla retorica delle vittime in preda alle passioni, che trascinano nel gorgo dell'errore la pubblica accusa, Carrara oppone quindi, con uno suo tipico modo di argomentare, la realtà dei fatti.

Un terzo argomento consiste nella parzialità delle vittime del reato, di contro alle maggiori garanzie d'imparzialità offerte dal pubblico ministero.

Anche questa obiezione, però, viene confutata da Carrara, notoriamente assai critico in moltissimi suoi interventi nei confronti dei pubblici ministeri ⁽³⁰⁾, con un richiamo all'esperienza. Se per i

⁽²⁹⁾ Ivi, p. 14.

⁽³⁰⁾ Carrara affronta il problema in molti luoghi della sua opera sterminata. Vi indulge specialmente nello splendido scritto *I discorsi di apertura* (Pisa 30 sett. 1873), in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, v. IV, *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo regno d'Italia*, v. I, Lucca, Giusti, 1874, pp. 25-265.

conservatori, ed anche per taluni progressisti integralisti come Lucchini, ammettere le persone offese ad esercitare l'azione penale avrebbe significato trasformare le aule di giustizia in un 'teatro di passioni' ataviche e vendicatrici, per l'avvocato Francesco Carrara, realista e psicologo degno di un La Bruyère, anche i pubblici ministeri erano da considerarsi uomini in carne ed ossa, e molti di essi tutt'altro che « spassionati » ed anzi non avulsi da pericolose passioni ⁽³¹⁾.

Lo ribadisce anche nel saggio sull'azione privata: l'esperienza processuale « mostra tutto il contrario. Su cento accuse che essi credettero salde ed alacremenente sostennero, ve ne sarà forse trenta che faranno naufragio, e trenta assoluzioni mostreranno che trenta volte il Pubblico Ministero indovinò male quando giudicò fondata l'accusa » ⁽³²⁾. I procuratori non sono infallibili: agiscono molto spesso sulla base di pregiudizi, ossia di divinazioni. Se quindi manca

⁽³¹⁾ CARRARA, *Discorsi di apertura*, cit., specialmente cap. IX, *I Conservatori*, dove rimprovera a Carlo Cesarini che non tutti i procuratori assomigliano a lui, che si deve distinguere tra ideale e realtà dei fatti e che « lo stato delle cose è pur troppo la giornaliera confutazione dei sogni dorati del Cesarini » (p. 172): « se gli Avvocati sono *uomini*, si convenga che sono *uomini* anche i Magistrati accusanti e inquirenti. E quando trattasi di tutelare l'innocente si riconosca il bisogno di una tutela più costante che non sia quella che porge la supposta imparzialità dell'accusatore e dello inquirente » (p. 177). Sull'imparzialità che, in teoria, dovrebbe essere la « divisa » del pubblico ministero v. già F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa, Parte generale*, Quarta ed. con aggiunte, Lucca, Giusti, 1871, § 855 e § 867. Nel mirino di Carrara cade anche, per il medesimo motivo, il finto dualismo tra pubblico ministero e giudice istruttore, contro il quale scrive pagine memorabili, definendolo « una utopia non realizzabile mai finché *una sola mente* dirigerà i movimenti processuali » (cap. VII, *Istruzione segreta*, p. 166): « Diasi bando alle creazioni fantastiche. Cessiamo (io lo ripeto) di studiare gli uomini nello specchio. Studiamoli nel mondo reale quali essi sono e quali debbono essere per loro natura. L'anima dell'uomo è una monade; ed una monade non può essere ibrida. Il concetto scolastico che una intelligenza sola dirigeva il processo nel senso dell'accusa e nel senso della difesa è una chimera. Il concetto che il Procuratore del Re rappresenti l'accusa e il giudice istruttore rappresenti la difesa è un pio sogno » (cap. X, *Dualismo*, pp. 198-199). Nettissima anche la denuncia dei pericolosi rapporti tra giustizia e politica, della « infeudazione del Pubblico Ministero al potere esecutivo » (cap. XI, *I pericoli*, p. 261), che gli ispirano il celebre motto del pubblico ministero figlio primogenito della giustizia, ma anche figlio della politica (cap. II, *Reazione*, p. 44).

⁽³²⁾ Ivi, p. 14.

una plausibile ragione *politica* per impedire ai privati offesi dal reato di promuovere il giudizio penale, la conclusione non può essere che una sola: ogni restrizione del loro diritto naturale suona dispotica e illiberale, « viziosa e tirannica ». La genesi di questa restrizione « bisogna trovarla nella tendenza invaditrice del Pubblico Ministero, che a poco a poco si venne arrogando la signoria del diritto » ⁽³³⁾.

Un quarto argomento, infine, è quello basato sul fatto che l'azione penale è sempre *pubblica*. Qui Carrara sa di entrare in piena rotta di collisione con Luchini. Ma la replica è pronta, perché per il penalista toscano si tratta, né più né meno, di una petizione di principio: « la formula che l'azione penale è sempre pubblica è di creazione moderna. È una conseguenza del monopolio che si volle dare al Pubblico Ministero. Il monopolio creò quella formula; ed oggi con la formula si vorrebbe difendere il monopolio. Circolo vizioso, che è la solita conseguenza delle errate definizioni sempre funeste alle verità sostanziali » ⁽³⁴⁾. I principi impongono invece, di disarticolare e distinguere tra azione privata e azione pubblica, a seconda che del diritto violato, come si è già visto.

Altro è infatti il discorso per gli individui che *non* sono stati offesi immediatamente o direttamente dal reato: « l'azione che si dirige a vendicare le offese altrui non può essere che pubblica, perché non si esercita in virtù di un diritto individuale [...] e nello interesse individuale; ma in virtù di un diritto civico e nello interesse della città » ⁽³⁵⁾.

L'esito di questo ragionamento è il seguente: l'azione *pubblica* cade nella disponibilità dello Stato, che potrebbe legittimamente negarla ai privati. Ed è proprio questa la conclusione di Carrara: la concessione dell'azione a chi non è vittima individuale del reato non è *politicalmente* opportuna. Affidare l'azione penale ad ogni individuo, con il permesso di esercitarla anche come cittadino, cioè a tutela di un interesse universale e non individuale, corrisponderebbe al più *liberale* di tutti i sistemi possibili. Così era a Roma e in Grecia: ma « correrebbe, per mia credenza, dietro ad una vera utopia chi nei tempi e costumi odierni volesse ripristinarlo ». L'incompatibilità con

⁽³³⁾ Ivi, p. 16.

⁽³⁴⁾ Ivi, p. 15.

⁽³⁵⁾ *Ibidem*.

l'ordine: è questo il motivo che spinge il maestro lucchese a temperare il suo liberalismo: « io sono liberale, e me ne vanto: liberale non del dimani ma dell'oggi, e di oltre mezzo secolo addietro. Ma quantunque liberale mai darò il mio voto ad un sistema per la sola cagione che è liberale, quando io lo veggio incompatibile con l'ordine »⁽³⁶⁾. Nello Stato liberale del presente, egli non vede i Fabrizi e i Curii dell'antichità.

Solo la vittima del reato ha dunque pieno diritto di promuovere l'azione penale: Carrara loda, a questo proposito, il codice di procedura penale austriaco del 1873 per aver accolto, nella sua più ampia estensione⁽³⁷⁾, il principio giusnaturalistico. È uno dei pregi di quel testo, da lui non a caso fatto tradurre in italiano, personalmente chiosato e pubblicato nel 1874 a Firenze per i tipi dei Cammelli⁽³⁸⁾: « bellissimo prodotto legislativo », « astro polare » degno di imitazione⁽³⁹⁾.

4. *Due archetipi a confronto.*

La lettura dei due maggiori archetipi dottrinali italiani sull'azione penale privata e popolare permette di arrivare ad una prima conclusione. Un punto di forte dissenso è possibile cogliere tra Carrara e Lucchini: mentre il primo, come si è visto, tende la mano alle vittime del reato, che ritiene depositarie di un vero e proprio diritto *naturale* a promuovere l'azione penale, il secondo guarda piuttosto ai cittadini, nutrendo la massima sfiducia nei confronti delle persone offese dal reato. Mentre Carrara scompone l'azione penale, assegnandola in parte ai privati (in questo caso titolari di un'azione privata e portatori nel processo penale di un interesse privato) e in parte al pubblico ministero, titolare di un'azione

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 7.

⁽³⁷⁾ Carrara è fermamente contrario a limitare l'azione privata sussidiaria solo a determinate categorie di reati, come quelli perseguibili a querela di parte, e perciò biasima, su questo punto, il progetto di regolamento germanico (p. 19).

⁽³⁸⁾ C.A. WEISKE, *Manuale di procedura penale con speciali osservazioni sul diritto sassone*, recato in italiano dagli avvocati Zei e Benelli con introduzione del prof. Francesco Carrara, aggiuntovi il nuovo codice di procedura penale austriaco del 23 maggio 1873 con note, Firenze, Cammelli, 1874.

⁽³⁹⁾ CARRARA, *Azione penale*, cit., p. 8.

pubblica e rappresentante di un interesse pubblico alla repressione dei reati, Lucchini la configura sempre e soltanto come un'azione pubblica. Si ripresenta dunque, anche in materia di azione penale, quella dialettica interna alla penalistica liberale tra progressisti novatori, moderati temperati e conservatori, che è un dato caratterizzante messo in luce anche da altre ricerche ⁽⁴⁰⁾.

L'atteggiamento di Lucchini, ostile alle vittime del reato e perciò poco incline ad aumentarne il ruolo nell'ambito del processo penale, non corrisponde peraltro al comune sentire dei giuristi postunitari impegnati a fondo nella critica e nella riforma della procedura penale italiana.

Inizialmente, è l'idea di Carrara a conquistare i più significativi consensi. Favorevoli a concedere l'azione penale alle sole vittime del reato si dichiarano infatti Casorati, Vacca, Puglia, Lanza e Benevolo. In tutti, se andiamo a verificare, aveva fatto breccia l'insegnamento che aveva ravvisato nell'individualità del danno l'elemento fondamentale a cui guardare per estendere l'azione penale ai privati.

Il panorama dottrinale, però, è più animato, perché l'impostazione del maestro non fu solo recepita, ma anche, per certi aspetti, superata. Carrara, come si è detto, era sì d'accordo nel tutelare le vittime con l'azione penale privata, ma questa doveva essere sussidiaria, cioè esperibile solo in caso di inerzia del pubblico ministero. Egli non si era spinto fino al punto di approvare la concessione di un'azione concorrente, né tanto meno esclusiva. Viceversa, giuristi che si misero sulla sua scia, come Casorati e Benevolo, o che comunque, pur dando la loro adesione all'azione popolare, sostennero la necessità anche di un'azione privata, come Cesarini, non ebbero difficoltà ad ammettere che quest'ultima dovesse configurarsi anche come concorrente a quella del pubblico ministero.

Carrara, inoltre, era contro l'azione popolare. Ragioni di ordine gli avevano consigliato di respingere con pessimistico scettici-

⁽⁴⁰⁾ Come messo in evidenza in un classico contributo da M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica* (1990), ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., v. I, pp. 493-590, p. 536-538, la penalistica civile è un fenomeno complesso e non monolitico. Il dissidio tra Carrara e Lucchini si ripresenta, ad esempio, in materia di intervento della difesa nell'istruzione.

smo questa soluzione che pure, in sé, si accreditava certamente come più liberale: ma anche questa opinione non sarebbe stata ascoltata da tutti i seguaci dell'azione privata, dando luogo al nascere di tesi che potremmo definire 'dualiste'. Il fenomeno si può notare, ad esempio, in Cesarini e Vacca, come si dirà meglio tra breve.

5. *Sulle orme di Carrara.*

In uno dei saggi più documentati sulle riforme necessarie al miglioramento del processo penale, anche il pavese Luigi Casorati, sostituto procuratore generale a Napoli dal 1875 e già co-autore del più reputato commentario al codice di procedura penale del Regno, affronta il problema dell'azione penale ⁽⁴¹⁾. Il grande interesse suscitato dalla questione, prima di tutto in Germania e di riflesso in Italia, dipende dal crescente moto di disagio nei confronti degli errori giudiziari. Il monopolio del pubblico ministero è osteggiato da più parti.

Casorati riassume efficacemente i punti essenziali della dia-triba: le due « censure capitali » che si muovono al monopolio dell'accusa sono la possibilità che il pubblico ministero accusi ingiustamente qualcuno e, di converso, che egli si astenga, altrettanto ingiustamente, dal promuovere l'azione penale.

Come fare per ovviare a quest'ultimo inconveniente? Casorati compie una rapida disamina delle proposte avanzate e ne individua tre che, a suo avviso, non possono essere accolte, perché minacciano la necessaria indipendenza del procuratore. Non si può obbligare il pubblico ministero a promuovere l'azione sopra tutti i fatti di cui ha notizia. Non è neppure conveniente che il giudice (come ad esempio in Francia la Corte d'appello) imponga al pubblico ministero l'esercizio dell'azione penale. Infine, nemmeno è da pensare che il giudice istruttore possa procedere di sua spontanea iniziativa.

Il sistema migliore è invece quello dell'azione privata: « il sistema che per essere il più naturale avrebbe dovuto emergere per il primo, venne invece invocato per ultimo; e ancora oggidì è in lotta

⁽⁴¹⁾ L. CASORATI, *Il processo penale e le riforme. Studi*, in « *Monitore dei tribunali* », XIX (1878), pp. 473-482. L'articolo è compreso nel volume *Il processo penale e le riforme. Studi (Estratto dal Monitore dei tribunali)*, Milano, Tip. Fratelli Rechiedei, 1881.

con la forza del pregiudizio e della consuetudine » (42). Quest'ultimo rimedio non poteva certo essere auspicato sotto governi non liberali. La temperie politica del presente è invece favorevole ad una maggiore partecipazione dei cittadini nel processo penale.

Anche tra i sostenitori dell'accusa da accordare ai privati cittadini, tuttavia, esistono delle divergenze: alcuni (appartenenti alla scuola più « generosa » e « fiduciosa ») sono favorevoli all'azione popolare di tutti i cittadini; altri (è la dottrina « più circospetta ») all'accusa privata delle sole vittime dei reati punibili a querela di parte; altri ancora, infine, all'accusa 'privata' di tutte le vittime dei reati che producono un danno individuale. Ed è questa, in tanta varietà di opinioni, quella professata anche da Casorati, solitamente vicino al moderatismo carrariano.

Accusatori privati è opportuno che siano solo le vittime individuali del reato: le ragioni avanzate dal Carrara sono le più convincenti. Ragioni *giuridiche* (chi non è offeso dal reato non può vantare alcun diritto naturale alla punizione del colpevole), ma soprattutto ragioni *pratiche*, alle quali anche Casorati dà la massima risonanza: « è utopia il sol pensare nello stato delle consuetudini ed opinioni nostre, che un cittadino assuma il grave peso di esercitare l'azione penale, quando non siavi spinto dall'aculeo di un interesse personale. È utopia, poiché vi osta la secolare abitudine di vedere i procedimenti penali estrinsecarsi per opera dell'Autorità ». In Italia ci si rivolge alla pubblica tutela, non si è abituati ad esercitare le « civiche funzioni », anche gli ufficiali di polizia giudiziaria non sono rispettati. L'estensione dell'azione a tutti i cittadini sarebbe pericolosa: « sarebbe più probabile per contro veder sorgere temerari accusatori, spinti o da ire partigiane o da altre volgari passioni specialmente contro i pubblici funzionari, con grave danno del regolare e libero movimento della pubblica amministrazione » (43).

Non è opportuno tuttavia concedere l'azione privata solo a chi abbia subito un danno individuale in seguito ad un reato punibile a querela di parte: il diritto alla punizione sussiste anche nei riguardi dei reati punibili d'ufficio, ed anzi è ancor più forte; inoltre il confine tra reati perseguibili d'ufficio e a querela di parte è incerto, dipen-

(42) CASORATI, *Il processo penale*, cit., p. 478.

(43) Ivi, p. 480.

dendo dalle politiche criminali dei singoli governi, mentre il criterio del danno è più sicuro e meno arbitrario.

L'opera del privato, invece, potrà essere anche integrativa e adesiva rispetto a quella del pubblico ministero (ed ecco apparire un distacco rispetto al pensiero di Carrara): in fondo, già la parte civile nel vigente processo si comporta come un accusatore privato, senza averne i titoli.

Quanto alle possibilità di abuso da molti paventate, basterà provvedere con appositi accorgimenti, come in altre legislazioni: intervento obbligatorio in causa del pubblico ministero, prestazione di idonee garanzie, assistenza di un procuratore legale, diritto dell'imputato di fare opposizione, condanna dell'accusatore temerario ad una pena pecuniaria.

Quanto all'obiezione consistente nel rilevare l'inutilità di un rimedio, che molti ritengono destinato a non essere applicato, al pari della citazione diretta prevista dall'art. 371 del codice ⁽⁴⁴⁾, Casorati la rintuzza con un'interessante considerazione: i vantaggi indiretti che la previsione dell'azione penale privata permetterebbe di conseguire sarebbero ancor più importanti dei vantaggi diretti. Di fronte allo scarso uso dell'azione privata non si potrà più sostenere che il pubblico ministero funziona male: « il nessun bisogno che siavi stato di far ricorso all'accusa privata sarebbe anzi la prova più luminosa della sua virtù correttiva » ⁽⁴⁵⁾.

Casorati, in definitiva, nutre fiducia nell'operato del pubblico ministero, e non nasconde la sua diffidenza nei confronti di un eccessivo coinvolgimento dei privati nel processo penale: da qui discende una simpatia per la sola accusa penale affidata alle vittime del reato.

⁽⁴⁴⁾ Sul tema sono da leggere le considerazioni di C. STORTI, *Difetti del sistema e difetti d'uomini. Citazione diretta e logica dell'istruzione dal codice di procedura penale del 1865 alle soglie della pubblicazione del codice del 1913*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, Atti del Convegno (Foggia, 5-6 maggio 2006), a cura di M.N. Miletta, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 227-263. V. anche CAIANIELLO, *Poteri dei privati*, cit., pp. 119-147.

⁽⁴⁵⁾ Ivi, p. 482.

6. *Un procuratore generale « allo specchio ».*

Il dibattito non finisce qui. Già dagli anni Settanta, partendo dai medesimi presupposti, si forma un altro autorevole filone dottrinale che, portando alle estreme conseguenze il ragionamento di Carrara, arriva a giustificare e ad auspicare l'introduzione, a fianco dell'accusa promossa dal pubblico ministero ed oltre all'azione penale delle vittime del reato, anche di un'azione penale concessa ad ogni cittadino.

Questa bufera di azione popolare, che nuovamente torna ad investire la dottrina italiana dopo il brillante *exploit* di Lucchini, ha il suo precursore in Carlo Cesarini, il magistrato toscano stimato da Carrara, che lo annoverava tra i *conservatori transigenti*, e autore di intelligenti e puntuali discorsi inaugurali dell'anno giudiziario ⁽⁴⁶⁾. In essi troviamo anche un primo approccio al tema dell'azione penale privata. Nel 1872, infatti, Cesarini afferma di essere contro l'obbligo di rimettere ogni querela o denuncia al giudice istruttore, affinché emetta ordinanza di non luogo a procedere: una prassi diffusa, che aveva determinato l'aumento considerevole di ordinanze di questo tipo, facendo sorgere argomentazioni « fallaci » a livello statistico. Il controllo gerarchico gli sembrava una garanzia sufficiente. Non era tuttavia contrario all'azione penale privata della persona offesa ⁽⁴⁷⁾. Nel 1873, invece, discutendo delle proposte lucchiniane in materia di istruttoria, che gli sembravano troppo

⁽⁴⁶⁾ È celebre il giudizio lusinghiero di F. CARRARA, *Cesarini e le riforme alla procedura penale*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, cit., vol. IV, pp. 1-23, e Id., *I discorsi di apertura* (Pisa 30 sett. 1873), ivi, pp. 25-265, in particolare cap. VI, *Istruzione segreta*, dove lo annovera tra i « conservatori transigenti » (p. 131), e cap. IX, *I Conservatori*, dove si trova l'elogio più bello: « il Cesarini ha nel suo ufficio uno specchio: contempla in quello la propria figura, e cade nella illusione che tutti i Procuratori del Re somiglino a lui, e che tutti al pari di lui siano dotti, siano umani, siano leali, siano superiori ad ogni passione, ed alle azioni loro pigliano per sola guida lo amore per la giustizia; e siano scevri dalla più terribile fra le passioni che possono perturbare la mente di un ufficiale giudiziario, voglio dire l'*ambizione* di distinguersi e correre innanzi agli altri con un eccesso di zelo » (p. 171).

⁽⁴⁷⁾ Corte Reale d'Appello di Lucca, *Inaugurazione solenne dell'Anno Giuridico 1872 nella nuova residenza posta nel Palazzo provinciale, Discorso del procuratore generale Commendatore Carlo Cesarini, Studi sulle Riforme alla Procedura Penale*, Lucca, Tip. B. Canovetti, 1872, pp. 41-45, p. 48.

drastiche, si esprimeva contro l'azione penale popolare, non adatta morfologicamente al temperamento e alle tradizioni italiane (48).

L'argomento verrà svolto in forma più distesa nel 1879. Siamo di nuovo sulle colonne della *Rivista Penale* di Lucchini: è lì che Cesarini (già procuratore generale presso la Corte d'appello di Lucca, allora procuratore generale presso la Corte d'appello di Firenze, in seguito primo presidente della Cassazione di Firenze) si propone di dimostrare ciò che Carrara aveva escluso, partendo dalle stesse premesse (49).

Nell'esordio, anche l'esperto procuratore non ha dubbi nel ribadire l'assoluta necessità e opportunità del pubblico ministero, benché la pratica abbia messo in luce che, nell'esercizio dell'azione penale, si possono verificare abusi: sono i due tipi di errore, positivo e negativo, già segnalati da Casorati.

Se riguardo al modo di arginare il primo capitale difetto, Cesarini si limita a riportare le stesse parole del collega, sul secondo tipo di abuso ha qualcosa di originale da dire. Esclusi altri possibili temperamenti all'inerzia del pubblico funzionario, che per una ragione o per l'altra si manifestano inadatti — oltre a quelli già segnalati e giudicati fallaci da Casorati, egli ritiene discutibile anche il ricorso ai superiori gerarchici del pubblico ministero « dalle direzioni dei quali il più spesso dipende l'omissione dell'atto doveroso » (50) — anche Cesarini perviene ad individuare il giusto correttivo nell'azione penale privata, provvido sviluppo di quei « germi », ossia di quei diritti della parte lesa, che il codice di procedura penale italiano già contemplava (querela, citazione diretta, costituzione di parte civile).

(48) R. Corte d'Appello di Lucca, *Inaugurazione dell'anno giuridico 1873, Discorso del procuratore generale Comm. Carlo Cesarini, Resoconto dell'Amministrazione della Giustizia. Riforme Legislative. Istruzione preparatoria dei processi penali*, Lucca, Tip. B. Canovetti, 1873, p. 45.

(49) C. CESARINI, *Dell'appello in penale e dell'ordinamento della giustizia correzionale*, VIII, in « Rivista Penale », X (1879), pp. 145-174 (p. 155). Il prestigioso magistrato si dimostra informatissimo sulla produzione tedesca in tema di *Staatsanwaltschaft* e cita anch'egli volentieri i contributi di Sundelin, Seckendorff, Toppelkirsch, Holtzendorff, Stomann, Bar e Gneist (p. 154) sull'azione popolare, anche se poi queste tesi non furono recepite nel codice di procedura penale germanico del 1877.

(50) Ivi, p. 151.

A questo punto del discorso, tuttavia, è sollevata un'obiezione essenziale: « Io credo l'azione penale civica sussidiaria conforme alla ragione ed alla convenienza politica, ed in ciò discordo da Casorati e da Carrara »⁽⁵¹⁾.

Semplice sillogismo, in fondo: come alle persone offese, nei reati a danno individuale, spetta l'azione in conseguenza del danno da essi subito, allo stesso modo si deve concedere l'azione ad ogni cittadino, per la persecuzione se non di tutti i reati, almeno di quelli da cui scaturisce un danno alla società, e quindi un danno pubblico, sociale, collettivo. Tutti i cittadini, insomma, possono ergersi vendicatori dei danni patiti non in quanto individui, ma in quanto cittadini, superando così pure l'individualismo che troppo permeava la tesi di Carrara.

L'operazione consiste nell'avvalersi dello stesso vocabolario del penalista toscano e nel superare il disagio da lui manifestato nei confronti di un'eccessiva moltiplicazione dei soggetti autorizzati ad avviare il procedimento penale. Cesarini, a questo riguardo, ha buon gioco nel richiamare quanto affermato nel *Programma* dallo stesso Carrara, secondo cui anche quando determinati reati non procurano un danno immediato individuale ma pubblico o sociale, « quando il delitto offende una cosa, alla quale tutti i consociati hanno un comune interesse e così un diritto, quali cittadini, a vederla rispettata, come la libertà nelle sue manifestazioni, la giustizia, la quiete pubblica e simili [...] lungi dal potersi considerare l'offesa come fatta alla persona astratta della società o dello Stato si trova invece il suo paziente negli uomini reali, ed il suo oggetto nel diritto degli individui consociati ossia dei cittadini »⁽⁵²⁾. Non è vero, quindi, che l'azione delegata a tutti i cittadini sia priva di un fondamento *giuridico* o razionale.

A raccomandarla si aggiungono inoltre « le più gravi ragioni di convenienza politica ». Più che nei delitti che offendono un interesse individuale, infatti, è proprio in quelli più gravi e lesivi di interessi generali, che si annida il rischio che il pubblico ministero subisca pressioni politiche per non procedere, contro l'imparzialità e l'egualianza che dovrebbero dominare sovrane nel processo penale. C'è

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 155.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 158.

il rischio che il pubblico ministero, non dando avvio all'azione, eserciti illegalmente una sorta di « diritto di grazia verso il partito della maggioranza dominante »⁽⁵³⁾: Cesarini fa l'esempio dei delitti commessi a mezzo stampa, dei delitti contro la libertà di riunione e associazione, dei reati elettorali, dei reati contro la pubblica amministrazione. Dato il rango degli interessi tutelati, si può anzi dire che l'azione popolare assolve ad una funzione più alta di quella meramente privata: « potente garanzia a difesa del diritto pubblico », come già aveva ritenuto Franz von Holtzendorff, uno dei penalisti tedeschi sostenitori dell'accusa popolare in Germania. In conclusione, l'accusa popolare non può non configurarsi come un rilevante dovere civico di ogni cittadino: « l'anello che chiude la catena delle garanzie costituzionali »⁽⁵⁴⁾.

Emerge chiaramente da questo discorso la rilevanza costituzionale che il tema dell'azione penale privata o popolare assume per i giuristi liberali di fine Ottocento. Agevolare la partecipazione dei cittadini alla giustizia penale significa infatti portare a compimento la costruzione dello Stato di diritto, in cui i cittadini sono chiamati a prendere parte più attiva. In un governo liberale, nell'amministrazione della giustizia è necessaria la cooperazione del popolo: è la stessa logica che sorregge la giuria. Il progresso sociale esige una maggiore libertà, una minore « statolatria od onnipotenza dello Stato »

Alla ricorrente obiezione secondo la quale gli italiani non sarebbero pronti per esercitare l'accusa popolare, Cesarini, nel 1879, risponde che è bastante « la semplice possibilità del suo esperimento » e che essa funge in realtà da semplice « valvola di sicurezza »⁽⁵⁵⁾.

Quanto ai rischi di accuse temerarie, egli risponde enumerando appositi accorgimenti idonei a limitarli ed inoltre osservando che essi saranno sempre inferiori ai danni prodotti dalle denunce anonime che, qualora resti vietata l'accusa palese, sono evidentemente destinate a crescere. L'accusa civica è infatti soggetta a precise condizioni: sussidiarietà, giudizio preliminare di ammissibilità da

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 160.

⁽⁵⁴⁾ Ivi, p. 161.

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. 162.

parte del tribunale e conseguente autorizzazione, cauzione per le spese e i danni, istruzione preparatoria, assistenza di un avvocato, facoltà d'intervento in giudizio del pubblico ministero, responsabilità penale per calunnia, divieto di desistenza.

Notiamo le differenze rispetto alla proposta di Lucchini: Cesarini ammette anche l'azione penale del privato offeso o danneggiato, nei reati a danno individuale, sussidiaria ma anche accessoria rispetto a quella del pubblico ministero. A complemento di questa, fa voto che sia istituita un'azione popolare per una serie di reati che offendono interessi generali e cagionano un danno pubblico, unicamente sussidiaria (perché in questi casi, se il pubblico ministero non rimane inattivo, il suo solo intervento è sufficiente a tutela dei beni protetti). Questa, che potremmo chiamare tesi dualista, pur con varianti relative alla disciplina delle rispettive azioni, è la soluzione destinata a fare molti più adepti rispetto alle tesi moniste dei due corifei del diritto penale liberale.

7. *La stagione dei fiori.*

Nel 1884, anche Guglielmo Vacca chiude un suo ricco saggio manifestando una netta preferenza per l'introduzione della sola azione penale privata e una franca sfiducia verso l'azione popolare, richiamandosi agli argomenti politici o socio-antropologici sui costumi italiani, già invocati da Casorati.

I contributi del magistrato ebolitano sono particolarmente rilevanti per vari aspetti. In primo luogo, perché egli è un altro notevole rappresentante della magistratura, nella quale entrò nel 1874 a venticinque anni, ricoprendo importanti incarichi di procuratore ⁽⁵⁶⁾. In secondo luogo, perché egli avrà tanta parte nel complesso lavoro che porterà al nuovo codice di procedura penale del 1913, fondamentale opportunità per trasformare la teoria in pratica. Un terzo motivo di interesse sta nel fatto che nel suo pensiero si registra un'iniziale adesione, nel 1884, all'azione privata sussidiaria, in aderenza, come egli riconosce, a Carrara e Caso-

⁽⁵⁶⁾ M.N. MILETTI, *Vacca, Guglielmo*, in *Diz. biogr. dei giuristi italiani*, cit., v. II, pp. 2004-2005.

rati ⁽⁵⁷⁾, e poi, dal 1893, anche all'azione popolare, sempre in via sussidiaria e sempre in qualità di mezzo più efficace a contenere il monopolio del pubblico ministero rispetto al famigerato giudizio di accusa di cui, come già dieci anni prima, il pugnace giurista reclama la soppressione.

Nel corso degli anni Ottanta altri penalisti di varia estrazione si schiereranno a favore dell'azione penale privata sussidiaria: tra questi anche Emilio Brusa ⁽⁵⁸⁾.

Appartiene a questa corrente anche Federico Benevolo, che negli anni '90 dedica una serie di articoli, acuti ed aggiornati, al problema delle riforme della procedura penale, editi tutti nell'ospitale grembo della *Rivista penale* di Lucchini.

Anch'egli si aspetta grandi vantaggi dal concedere direttamente ai privati l'esercizio dell'azione penale, nel sostituire o agevolare il pubblico ministero nella ricerca della verità. Come Casorati, anche il docente torinese pone incisivamente l'accento sull'insufficienza del c.d. dualismo tra pubblico ministero e giudice istruttore, cioè sulla possibilità che, nell'istruttoria, quest'ultimo sia in grado di controllare efficacemente l'operato del primo, arginando eventuali abusi.

Ciò non toglie che egli prospetti soluzioni diverse rispetto a Lucchini, sia quanto ai modi di riparare al dualismo pubblico ministero-giudice istruttore, inesorabilmente criticato perché inutile a tutelare l'imputato ⁽⁵⁹⁾, sia quanto ai modi di ovviare ai pericoli

⁽⁵⁷⁾ G. VACCA, *Il moderno indirizzo della posizione in accusa*, in « Rivista Penale », XIX (1884), pp. 305-339, pp. 337-339.

⁽⁵⁸⁾ E. BRUSA, *Sinossi delle lezioni di Diritto e Procedura penale*, Torino, G. Candeletti, 1881, pp. 309-311 (che si augura, nel futuro, l'ammissione anche dell'accusa popolare); ID., *Saggio di una dottrina generale del reato*, Torino, G. Candeletti, 1884, pp. 497-498. Brusco revirement nel 1906: ID., *Sul nuovo processo penale italiano*, in « Nuova antologia di lettere, scienze e arti », pp. 454-470, p. 457.

Cfr. anche A. MALGARINI, *Della libertà civile nelle costituzioni moderne*, in « Archivio giuridico », XXXII (1884), pp. 298-372, in particolare § 8, pp. 368-372 (con apertura anche all'azione popolare); F. PUGLIA, *Istituzioni di procedura penale*, Napoli, Ernesto Anfossi, 1884, p. 41; II ed. 1889, p. 51; P. LANZA, *Effetti giuridici del delitto ossia azioni che nascono da reato. Studii*, Pisa, Mariotti, 1886, pp. 82-97, specialmente p. 91.

⁽⁵⁹⁾ F. BENEVOLO, *Le riforme al codice di procedura penale. Il Pubblico Ministero e il Giudice istruttore*, in « Rivista Penale », XXXI (1890), pp. 405-417.

dell'inerzia del pubblico ministero, attraverso l'introduzione di un'azione penale in mano ai privati.

Sul secondo punto ⁽⁶⁰⁾ il tema del contendere è, ancora una volta, incentrato sul quesito: azione privata o azione popolare?

All'esordio del suo saggio, dopo aver detto che ormai quasi tutti in Italia respingono la discrezionalità dell'azione penale ⁽⁶¹⁾ e che quindi si deve solo fare questione della facoltà che il p.m. abbia di astenersi dall'esercitare l'azione penale per motivi giuridici (perché il fatto non è reato o l'azione è estinta), egli passa poi a criticare anche il sistema del ricorso delle parti offese al giudice istruttore, accolto dal regolamento germanico, perché se il giudice è di parere contrario rispetto al p.m., chi promuoverà l'azione penale? È sconveniente che si costringa il procuratore stesso a procedere, « perché sarebbe lo stesso che imporgli di far cosa che egli reputa ingiusta; e nemmeno si potrebbe autorizzare lo stesso giudice d'istruzione a procedere, perché in questo modo l'esercizio dell'azione penale passerebbe nelle sue mani, il che vuolsi evitare » ⁽⁶²⁾. Gli argomenti negativi contro un'azione concessa a tutti i cittadini sono gli stessi di Carrara e Casorati. Diverso è il discorso quanto al contributo attivo che possono arrecare le vittime del reato, dalle quali Benevolo si aspetta grandi vantaggi nel sostituire o agevolare il pubblico ministero nella ricerca della verità, poiché è persuaso che il giudice istruttore non sia l'organo adatto a sopperire ad un simile compito (l'eccessivo legame di dipendenza tra pubblico ministero e giudice istruttore era stato deprecato nel precedente saggio, di cui il secondo è la naturale continuazione). In quest'ottica, egli non può che valutare positivamente l'art. 371 del codice vigente che conferisce, in via eccezionale, alle persone offese il diritto di promuovere l'azione penale nei reati di competenza del pretore o del tribunale.

È un errore, tuttavia, anche secondo lui, limitare tale potere ai

⁽⁶⁰⁾ Oggetto dell'articolo *Le riforme al codice di procedura penale. Della partecipazione dei privati cittadini all'esercizio dell'azione penale*, in « Rivista Penale », XXXII (1890), pp. 109-116.

⁽⁶¹⁾ Sulla questione v. soprattutto DI RENZO VILLATA, *Un pubblico ministero*, cit.; MILETTI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive*, cit., pp. 304-326.

⁽⁶²⁾ BENEVOLO, *Della partecipazione dei privati cittadini*, cit., p. 109.

reati, come si diceva con formula impropria, 'di azione privata': « sarà sempre arduo il comprendere per qual motivo nei reati meno gravi siano più facilmente ammessi due accusatori, il pubblico ministero e la parte lesa, che non nei reati di maggiore momento » (63). Il criterio essenziale deve essere quello del danno individuale arrecato, come ha insegnato Carrara: e dunque la distinzione tra reati procedibili a querela di parte e non, sancita ad esempio dal codice di procedura penale austriaco, viene ritenuta incongrua, sulle orme del maestro toscano.

Non è da trascurarsi, inoltre, il suggerimento a dotare l'offeso del potere di « assumere anche un'istruzione preparatoria » (64). Non bastava, evidentemente, prevedere un potere astratto di iniziativa, ma era anche necessario mettere le parti in condizione di esercitarlo: la stessa esigenza era già stata fatta presente dal Lucchini.

Certamente, alla persona offesa dal reato non può essere assicurata un'incondizionata libertà di agire: anche Benevolo è costretto ad ammettere che « lo zelo del querelante può essere eccitato da ignobile sentimento o interesse » (65), ed il rilievo non è senza significato, dato che risuona nella rivista diretta da chi lo aveva senza mezzi termini deprecato. Ciò nonostante, l'azione privata non deve essere ostacolata: ed ecco riemergere il problema delle garanzie. Benevolo non vede di buon occhio che l'accusa debba essere preliminarmente autorizzata da un organo giudiziario, come la Camera di consiglio in Austria, perché l'azione potrebbe essere ritardata. Meglio dunque, come in Argovia, a Zurigo o nell'Impero germanico, stabilire una cauzione. *In cauda venenum*: alla fine del suo saggio, l'autore scrive che ritornare all'azione penale privata è da alcuni considerato un 'regresso' rispetto al 'progresso' rappresentato dal pubblico ministero, un'involuzione che sa molto di ritorno ad una logica di 'vendetta privata'. Sembra però a Benevolo più utile dire che privato e magistrato « devono darsi la mano e insieme cospirare ad assicurare la tutela del diritto ».

(63) Ivi, p. 114.

(64) Ivi, p. 111.

(65) Ivi, p. 115.

8. *Un « modo semplicissimo » di garantire la persona offesa.*

La battaglia a favore dell'azione penale privata o popolare, che vede schierati i maggiori cultori della penalistica liberale, non lascia indifferenti anche taluni esponenti ragguardevoli della scuola positiva. Tralasciamo, perché si situa a margine della questione di cui ci stiamo occupando, l'ulteriore polemica sull'abolizione dei reati a querela di parte ⁽⁶⁶⁾.

Per quanto più direttamente concerne la concessione dell'azione penale ai privati, avvalendosi anch'essi di statistiche alla mano, gli adepti della scuola positiva si dicono preoccupati del rapporto tra denunce presentate e archiviazioni ordinate. La verifica del numero di azioni penali non promosse dai pubblici ministeri diviene facilmente indice di una lotta imperfetta alla criminalità, segnale allarmante di un deficit di difesa sociale.

Merita un cenno, in particolare, la posizione di Luigi Carelli e Raffaele Garofalo, che attira l'attenzione per due motivi: in primo luogo, perché essi, in tanto fervore di contributi inneggianti all'introduzione di una doppia azione, privata e popolare, individuano lo strumento tecnico più efficace a questo scopo non tanto nell'azione privata, quanto nel *ricorso* della persona offesa al giudice istruttore contro l'archiviazione disposta del p.m., la quale, se accolta, dovrebbe condurre ad un'istruzione affidata, anziché alle deboli e insicure mani dei privati, a quelle ben più rassicuranti della stessa procura, anche se inizialmente ostile a promuovere l'azione, secondo la soluzione recepita dal regolamento di procedura penale germanico.

Il riferimento è al volume del 1889, scritto a quattro mani e dedicato a Giuseppe Zanardelli, « capo gerarchico » ma soprattutto « giureconsulto legislatore », ad illustrazione di un progetto di nuovo codice di procedura penale completo ⁽⁶⁷⁾. I due magi-

⁽⁶⁶⁾ Tra i primi contributi: A. SETTI, *L'azione penale privata e la scuola positiva*, in « Rivista di discipline carcerarie in relazione con l'antropologia, col diritto penale, con la statistica ecc. e Bollettino ufficiale della Direzione generale delle carceri », XVIII (1888), pp. 281-303.

⁽⁶⁷⁾ R. GAROFALO, L. CARELLI, *Riforma della procedura penale in Italia. Progetto di un nuovo codice*, Roma-Torino-Firenze, Bocca, 1889, pp. CLI-CLXV. L'altro cospicuo saggio di Garofalo, *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di*

strati ⁽⁶⁸⁾ dichiarano che la questione deve essere risolta più sotto il profilo *politico* che *giuridico*. Dal punto di vista *pratico*, dunque, l'azione penale « non è solo la giusta soddisfazione da darsi ai cittadini onesti, offesi dai delinquenti, che crea l'interesse dello Stato alla repressione dei delitti, ma è principalmente l'impedire che la criminalità si propaghi ». La prosa è quella di Carelli, l'autore di *Crimen morbus*. L'avvio sembra promettere una maggiore partecipazione delle vittime al processo: anche perché i due esperti sono disposti ad ammettere i difetti della procedura vigente, che non consente controlli sull'inattività del pubblico ministero, « giudice inappellabile della *ammessibilità* dell'azione penale » in base agli artt. 1, 2, 42 c.p.p., e, dopo aver riscontrato le lacune del codice, dichiarano « rilevante » il numero di archiviazioni risultanti dalle statistiche degli anni 1875-1885. D'altra parte, Garofalo e Carelli sono del tutto riluttanti ad abbracciare un impianto accusatorio, come quello, espressamente scartato, del codice di procedura penale austriaco del 1873.

È meglio dunque riconoscere al privato, come nel modello legislativo germanico del 1877, la facoltà di opporsi al rinvio degli atti in archivio da parte del procuratore, legittima solo « qualora ritenga che il fatto non costituisca reato, o che l'azione penale sia prescritta o altrimenti estinta » (si esclude invece che egli possa decidere di non procedere per insufficienza di indizi, non seguendo sul punto i §§ 152 e 168 del regolamento germanico) e da comunicarsi non solo a chi abbia fatto istanza di accusa pubblica (il querelante, come nel regolamento germanico, § 169), ma anche alle persone offese o danneggiate del fatto (art. 222), e stabilire che su di essa si pronunci il giudice istruttore il quale, se riterrà il reclamo fondato, ordinerà che il procuratore dia corso al procedimento (art. 223, ispirato al § 173 del regolamento germanico). Viene escluso

repressione, Roma-Torino-Firenze, Bocca, 1885, è da tenere presente nella ricostruzione del processo penale vagheggiato dal magistrato partenopeo, ma non contiene rilievi sull'azione privata. Garofalo, magistrato dal 1872 con una esperienza da procuratore, era allora vicepresidente del Tribunale civile di Napoli. V. ora la voce analitica di M.N. MILETTI, *Garofalo, Raffaele*, in *Diz. biogr. dei giuristi italiani*, v. I, cit., pp. 947-951.

⁽⁶⁸⁾ Il capo sull'azione penale fu elaborato da Carelli e condiviso da Garofalo: cfr. anche M.N. MILETTI, *Ritorno all'inquisizione. Scuola positiva e pulsioni autoritarie nel processo penale italiano*, in « Diritto penale XXI secolo », X (2011), pp. 455-492, p. 464.

invece il ricorso gerarchico preventivo (regolato in Germania dal § 170) ⁽⁶⁹⁾.

Il sistema austriaco dell'accusa privata sussidiaria nei reati perseguibili d'ufficio (§ 48 del regolamento), esperibile dopo apposito avviso dato alla persona offesa dal p.m., e soggetta ad autorizzazione da parte della camera di consiglio (quando il processo non sia ancora iniziato) e che non comporta l'intervento coatto del procuratore, viene invece respinto: « interessa sommamente alla buona amministrazione della giustizia, che questa abbia unità d'indirizzo, coerenza, uniformità. Abbia quindi il Pubblico Ministero non il monopolio, ma la facoltà di promuovere l'azione pubblica; ad esso ricorra il privato: e quando questi vedrà respinta la sua istanza, abbia il modo di farla valere con opportuni mezzi, nei casi nei quali sia fondata, senza che onesti cittadini siano esposti a subire inutili persecuzioni » ⁽⁷⁰⁾.

Nemmeno si fa cenno alla facoltà concessa dalla legge austriaca agli offesi (nei reati per i quali si procede a querela di parte) dell'accusa privata principale, cioè esclusiva (§ 46).

La soluzione escogitata da Garofalo e Carelli aderiva ai postulati della nuova scuola criminale positiva, in quanto orientata sia a dare maggior risalto ad istanze di difesa sociale contro i criminali sia ad aumentare i diritti delle vittime del reato. Ma era soluzione conservatrice: l'inerzia del pubblico ufficiale appariva pericolosa per la società, ma ai diritti dell'individuo offeso non si poteva dare spazio maggiore. Perché non dotarlo di una vera e propria azione privata, come nel modello austriaco, e ripiegare invece sull'opposizione che, se accolta, rimetteva il processo nelle mani della procura, prima riluttante? Poteva apparire una contraddizione, come ricono-

⁽⁶⁹⁾ La scelta di un'accusa sempre pubblica determina il conseguente ripudio (tacito, perché non se ne fa parola) tanto dell'accusa privata (*Privatklage*) prevista dal regolamento germanico per le offese e le lesioni personali perseguibili a querela di parte (§ 414), con la quale poteva concorrere l'accusa pubblica, quanto dell'accusa privata adesiva (*Nebenklage*), che la persona offesa dal reato, nei casi citati del § 414, oppure chi avesse vinto il giudizio di opposizione previsto dal § 173 potevano promuovere ai sensi del § 435 della normativa germanica (nelle sole ipotesi di reati diretti contro la sua vita, l'integrità delle sue membra, la sua libertà, il suo stato civile, o contro i suoi diritti di proprietà).

⁽⁷⁰⁾ GAROFALO, CARELLI, *Riforma della procedura penale*, cit., p. CXLIII.

scevano gli stessi autori. Eppure « fra tale inconveniente e quello di rimettere alla discrezione della parte lesa le sorti di un imputato e la possibilità della sua punizione, è a preferire quello a questo inconveniente. In Italia certamente, per la esagerazione delle prime impressioni dipendente dalla nostra naturale eccitabilità e per la conseguente precipitazione, ed anche per lo spirito di sofismi e di cavilli molto diffuso nella popolazione, il sistema del Codice austriaco sarebbe pericoloso, se non inattuabile ». Il pregiudizio delle passioni incontrollate dei privati, descritto in modo quasi morboso, e il principio di autorità, in altri termini, prevalevano sul principio individuale, garantendo risultati più sicuri di un'eccessiva apertura al metodo accusatorio.

Dobbiamo tenere presente questa opinione, che ben si sposava anche con gli intenti non rivoluzionari del progetto elaborato dai due magistrati: « non radicali riforme, non novità troppo ardite, non fantasie da dottrinarii sono state da noi sognate » (71), perché « non basta annunziare od imporre riforme radicali, ma bisogna preparare ad esse gli animi, e trasformare le istituzioni in modo che quelle possano senza soverchio sforzo essere applicate » (72): « noi abbiamo consultata la pratica della nostra vita forense, noi abbiamo raccolti i risultati della nostra non breve osservazione, e abbiamo riguardati gl'istituti del procedimento vigente, non tra le nubi di vuote e fantastiche teorie individualiste, ma sotto l'aspetto vero e reale della loro utilità e della possibilità della loro attuazione, date le condizioni inevitabili, nelle quali il processo è obbligato a svolgersi in Italia » (73). Ha ragione chi ha scorto, dietro a queste ed altre proposizioni, un intento reazionario e un fosco preludio di regresso per le garanzie degli imputati (74).

(71) Ivi, p. V.

(72) Ivi, p. VI.

(73) Ivi, p. XI.

(74) Sempre nell'Introduzione, infatti, Garofalo e Carelli scrivono anche di non aver voluto distaccarsi « in modo radicale dal sistema del vigente Codice di procedura, il quale se non è ottimo [...] non è veramente così cattivo da autorizzare anche noi, tanto privi di autorità, a presumere di farvi una *immutatio ab imis fundamentis* » (p. VI) e confessano poi apertamente che « il Codice del 1865 [...] è riproduzione più o meno fedele del Codice francese, che consacrava quella tendenza di reazione al passato, diffusa in Francia dall'epoca della Rivoluzione, e consistente in una esagerata preoccupazione

Un altro motivo obbliga ad assegnare un forte peso all'esperienza legislativa tentata da Garofalo e Carelli: lungi infatti dal rimanere chiuso nei cieli della teoria, esso si concretizzò in due progetti ministeriali, promossi da Teodorico Bonacci, approntati da una commissione di cui fecero parte anche i nostri due intraprendenti magistrati (75). Ed ecco apparire, per quanto concerne il nostro tema, come rimedio all'astensione del pubblico ministero, il ricorso al giudice istruttore, la cui ispirazione è chiara: esso riflette proprio le idee dei due procuratori (76). Anche Lucchini avrebbe lodato quell'esperimento normativo, nella menzionata relazione sull'azione penale del 1899 (77).

Quanto però i due giuristi fossero distanti nella mentalità lo dimostra ciò che leggiamo in una nota sintetica sulla questione, scritta da Garofalo, con mano come al solito felice e con prosa scorrevole e chiara, sulla 'sua' rivista (78). Con pochi tratti di penna, Garofalo, riproponeva la soluzione inserita nel progetto elaborato con Carelli, ribadendo che

della possibile innocenza dell'imputato » (pp. X-XI). Si rammaricano inoltre di non aver « rispettato abbastanza quella legge, che così insistente si afferma nella vita sociale, nella quale l'individuo scompare di fronte allo Stato » (p. XII). Carrara, come è notissimo, è invece passato alla storia per aver auspicato nella prolusione pisana del 12 novembre 1873 « che si gettasse alle fiamme il nostro codice di procedura penale del 1865 » (*Il diritto penale e la procedura penale*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, v. V, *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo regno d'Italia*, v. II, Lucca, 1874, pp. 26-37) e per averlo definito anche « il nostro medioevale codice di procedura penale » (Id., *Discorsi di apertura*, cit., cap. X, *Dualismo*, p. 189).

(75) MILETTI, *Un processo per la terza Italia*, cit., pp. 130-137; Id., *Ritorno all'inquisizione*, cit., pp. 466-467.

(76) *Progetto del codice di procedura penale in corso di studio presso il Ministero di Grazia e Giustizia* (1893), in « Foro penale », III (1893), p. III, p. 25 e ss., artt. 189 e 512.

(77) *Supra*, nt. 20. La relazione, peraltro, fu recensita in modo stizzito dal barone Garofalo, che non perse l'occasione per rammentare come tra le carte ministeriali giaceva inutilizzato il progetto Bonacci: R. GAROFALO, *I principii adottati dalla Commissione per la riforma della procedura penale*, in « La riforma giudiziaria », I (1901), pp. 193-203. Sulla sostanza della riforma intervenne Guglielmo Vacca, con una lettera aperta pubblicata in « La giustizia penale », VII (1901), cc. 658-666, alla quale Garofalo replicò in « La riforma giudiziaria », II (1902), pp. 325-334.

(78) R. GAROFALO, *L'accusa pubblica e l'accusa sussidiaria*, in « La Scuola positiva nella giurisprudenza civile e penale e nella vita sociale », I (1891), pp. 193-196.

nel nostro sistema misto (che per molte ragioni è preferibile) si può ottenere in un modo semplicissimo la più completa garanzia della parte lesa contro la denegata giustizia [...] senza sconvolgere le norme della nostra procedura e senza mutare la natura dello istituto del pubblico ministero quale esso è presso di noi.

E continuava polemicamente:

è vero che con tale proposta, noi non secondiamo l'ideale dottrinario del processo accusatorio [...] di questo sistema molti sono innamorati, per ciò solo che esso esisteva nella Roma repubblicana, ed oggi esiste in Inghilterra. Ma fra questi molti, sarà difficile trovare alcuno che sappia dire le ragioni della sua preferenza.

E concludeva con tono nazionalistico:

noi crediamo invece che l'istituto del pubblico ministero, quale esso è fra noi, rappresenti un vero progresso [...] anziché snaturare questo istituto che altri Stati c'invidiano, bisogna cercare di renderlo più forte e più rispettabile, sopra tutto aumentandone l'indipendenza ⁽⁷⁹⁾.

9. *Conciliare diritti individuali e sociali.*

In verità, che l'indirizzo positivista non fosse caratterizzato da unità d'intenti sull'azione popolare lo chiariscono bene altre voci ⁽⁸⁰⁾. La cosa del resto non stupisce: come confesserà nel 1914 Eugenio Florian, la scuola non si era ancora spesa al massimo sul delicato terreno del processo penale ⁽⁸¹⁾. Tra i primi a ragionare sul tema, oltre a Garofalo, è Agostino Berenini, allora professore a

⁽⁷⁹⁾ Ivi, p. 196.

⁽⁸⁰⁾ MILETTI, *Giustizia penale*, cit., pp. 470-472; ID., *Ombre di inquisizione*, cit., pp. 928-930; ID., *Ritorno all'inquisizione*, cit., 463-470.

⁽⁸¹⁾ E. FLORIAN, *Introduzione. Il processo penale e il nuovo codice*, in *Commentario del Nuovo Codice di procedura penale*, v. I, *Introduzione - Libro I del Codice di Procedura Penale*, Milano, Vallardi, 1914, pp. 12-13. Più di quindici anni erano trascorsi da quando SETTI, *L'azione penale privata*, cit., aveva riconosciuto che « la scuola positiva di diritto penale non ha ancora studiato la materia processuale con criteri generali », limitandosi a « rilevare quelle incongruenze e quei vietati sentimentalismi che dai primi atti dell'istruttoria all'ultimo giudizio offendono 'l'obbietto del processo razionale e legittimo': la ricerca della verità » (p. 281).

Parma, che una breve incursione sul problema la inserì in un suo saggio del 1888 ⁽⁸²⁾, teso a rivendicare spazi all'azione popolare.

Partendo dall'assunto programmatico che la scuola positiva dovesse farsi più attiva anche in campo processuale, preannuncio di audaci novità, anche Enrico Ferri, nella revisione di un suo libro fortunato, non resisteva all'invitante polemica e formulava anch'egli le sue tesi, lasciandole però prive di sviluppo, in poche pagine della *Sociologia criminale*, inneggianti sia all'azione privata sia all'azione popolare, ritenute entrambe consone agli scopi della scuola positiva, la quale « tende ad un equilibrio più razionale fra i diritti individuali e sociali, non fa soltanto la parte della società contro l'individuo; ma fa anche la parte dell'individuo contro la società » ⁽⁸³⁾. Essa quindi era più completa della « scuola classica », che si ispirava ad un individualismo unilaterale, limitato « soltanto all'individuo *delinquente* considerato per residuo mentale dei tempi di barbarie medioevale e politica, come vittima, lui, dello Stato; ma non si spingeva nemmeno fino alle vittime vere del delinquente, che pur sono individui e persone umane, anche più degne di aiuto e di simpatia ». E tra le innovazioni esemplificatrici « di questo presidio individuale contro le possibili esorbitanze o deficienze del potere sociale » trovava posto anche l'azione popolare, caldeggiata, è vero, pure da alcuni « classici criminalisti », ma « come voto platonico perché dissonanti dall'insieme delle teorie tradizionali » ⁽⁸⁴⁾.

Nella teoria positivista professata da Ferri, cardine essenziale ed ineliminabile del processo penale doveva restare il pubblico ministero, in piena fedeltà alla « sociologia criminale, che la funzione sociale di difesa contro il delitto voleva affidata ad un organo speciale e distinto », che si andava imponendo perfino in Inghilterra.

⁽⁸²⁾ A. BERENINI, *Azione ed istruzione penale. Organi e funzioni. Saggio critico*, Parma, Battei, 1888, in part. p. 185: « se l'accusa privata muove dal cittadino non danneggiato, acquista un più elevato carattere e più prossimo a quello della pubblica accusa: le intemperanze della passione sono meno terribili, epperò il controllo è più efficace, e la responsabilità del pubblico ministero resta più eccitata [...] è la pubblica opinione che gli rinfaccia la sua negligenza per mezzo di un cittadino disinteressato ».

⁽⁸³⁾ E. FERRI, *Sociologia criminale*, Terza edizione completamente rifatta dei *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Torino, Bocca, 1892, cap. IV, *Le riforme pratiche*; nella IV ed. (1900), n. 74, p. 743.

⁽⁸⁴⁾ FERRI, *Sociologia criminale*, cit., pp. 610-611; IV ed. p. 743.

Affinché potesse svolgere questo compito delicato in maniera efficiente occorreva tuttavia assicurare al pubblico ministero autentica indipendenza dal potere esecutivo: ed era proprio questo il motivo per cui, insieme alla carenza di organico, poteva rivelarsi talvolta difettosa la lotta alla criminalità, come aveva già fatto notare Gneist: pressioni politiche, invano negate dal ministro austriaco Justus Glaser, potevano condurre ad insabbiare i processi: « e perciò sarà utile che all'azione del pubblico ministero si unisca, ma non però si sostituisca, l'azione anche dei privati cittadini nel promuovere la reazione sociale difensiva esercitata dal potere giudiziario » (85).

Ecco dunque che, seppure da una prospettiva differente rispetto ai liberali, anche per un positivista l'azione innanzitutto privata della vittima del reato diventava una riforma da sostenere, « una vera e propria guarentigia dell'individuo di fronte al potere sociale »: « per quanto ci sia poco da illudersi, per ora in Italia, sullo spirito di iniziativa individuale » (86).

Ferri, anzi, andava ancora più in là di Garofalo e Carelli (citati ma non discussi): egli alludeva infatti, pur senza entrare nei dettagli, ad un'azione privata e non ad una mera opposizione. Inoltre, egli esternava tutto il suo apprezzamento anche per l'azione popolare, retaggio « di quel diritto romano, che per quanto fu esagerato ed imposto nel campo civile meriterebbe invece di essere nel campo criminale riabilitato dall'accusa fattagli dal Carrara e consentita dai classici, per cui si dissero « i romani giganti nel diritto civile e pigmei nel diritto penale » (87). Ne derivava un appoggio entusiasta all'azione popolare, che Ferri avrebbe voluto applicare largamente, andando oltre alla cerchia di delitti per i quali la immaginava utile Gneist, tenendo poi conto che essa non sarebbe apparsa come una ardita novità per gli italiani, che già la conoscevano in materia elettorale.

Il discorso si arrestava qui, senza delineare alcuna disciplina specifica per il futuro, ma con una risoluta affermazione di principio a favore dell'azione popolare: « una delle riforme che spontaneamente si inquadrano nell'insieme delle proposte fatte dalla scuola

(85) Ivi, p. 612; IV ed. p. 744.

(86) Ivi, p. 614; IV ed. p. 746.

(87) Ivi, p. 614; IV ed. p. 747.

positiva, per attuare nella procedura penale un migliore equilibrio fra diritti e guarentigie dell'individuo e della società » (88).

10. *Le due azioni al Congresso fiorentino e una conversione.*

Negli anni Novanta, si può ormai dire che la maggioranza della dottrina lamentasse lo scarso ruolo dei privati nell'avvio del processo penale e che, pur concordando sulla necessità di conservare l'istituzione del pubblico ministero, vedesse di buon occhio lo sgretolamento del monopolio da questi detenuto nel gestire l'avvio del processo. La divergenza si manifestava quanto alla titolarità dell'azione penale: col tempo stava guadagnando sempre più consensi l'idea di assegnare due differenti azioni penali ai privati, una alle vittime del reato, per la persecuzione dei reati 'a danno individuale', e una popolare, civica, ad ogni cittadino, per la persecuzione, se non di tutti, quanto meno di alcuni reati gravi 'a danno collettivo'. Come aveva auspicato il procuratore Cesarini. Dal punto di vista teorico, ambedue le posizioni apparivano fondate. Era quindi sui vantaggi politici delle rispettive innovazioni che poteva essere utile insistere per risolvere il dilemma. L'inerzia del pubblico ministero veniva avvertita sempre più come un disvalore, tanto nei reati a danno individuale come in quelli a danno sociale.

La partecipazione dei privati all'esercizio dell'azione penale è una questione che arriva anche a conquistare una platea più vasta, come quella del III Congresso giuridico nazionale di Firenze nel 1891, che chiude i suoi lavori auspicando l'introduzione sia dell'azione penale privata (in modo assai largo), sia dell'azione popolare (con riferimento ad un certo numero di reati).

Nella sua relazione, Giulio De Notter si esprime ampiamente a favore dell'azione privata (89), pur ritenendo che le statistiche non mettano in evidenza un preoccupante numero di archiviazioni, additando come modello da seguire il progetto di codice di proce-

(88) Ivi, p. 615; IV ed. p. 747.

(89) G. DE NOTTER, *Quarta tesi, Relazione, Parte prima. « Come debba regolarsi la partecipazione dell'offeso o danneggiato dal reato nell'esercizio della azione penale... »*, in *Atti del III Congresso giuridico nazionale tenuto in Firenze l'anno 1891*, Milano-Roma-Napoli-Firenze-Palermo-Catania-Messina-Cagliari, Utet, 1897, pp. 153-158.

dura penale ungherese del 1889, che concede alle persone offese di esercitare l'azione penale in via principale (in relazione ad alcuni titoli di reato), in via sussidiaria ed anche concorrente con il pubblico ministero (in tali casi senza restrizioni). Quanto alle necessarie garanzie, egli opta per un sistema misto, che faccia leva sull'autorizzazione preventiva dell'accusa da parte del giudice (come nel Regolamento austriaco) oppure, ma solo in mancanza di quella, sulla cauzione (come nell'Ordinamento germanico), e sulla condanna dell'accusatore privato ad una multa, qualora il processo termini con una sentenza di non luogo a procedere per inesistenza del reato.

L'azione popolare è affidata alle cure di Alfredo Codacci-Pisanelli, che si era già occupato in altra sede di azioni popolari ⁽⁹⁰⁾. Chiamato a riferire sulla tesi, egli si pronuncia per una cauta e graduale introduzione legislativa, caso per caso, di qualche azione popolare, vagliando con dovizia di particolari le ipotesi di reato per le quali più si presenta l'opportunità di procedere anche con un'accusa popolare. A fugare ogni dubbio, l'autore afferma che l'azione popolare è comunque un espediente che serve a correggere i difetti del sistema vigente, basati sulla sola iniziativa del pubblico ministero, piuttosto che a sostituire tale essenziale figura.

La rassegna è condotta con mano sicura e l'autore non si propone di seguire integralmente, sul punto, modelli stranieri, come quello insigne di Rudolf Gneist, che in Germania aveva patrocinato un largo utilizzo dell'azione popolare per reprimere non solo i reati elettorali (unica ipotesi già regolata dalle leggi italiane), ma anche i delitti dei pubblici ufficiali, di stampa, di riunione e associazione. Esclusi immediatamente i reati di stampa e quelli di riunione e associazione, la lista viene quindi ridotta innanzitutto ai reati in materia elettorale, dove non si manca di osservare peraltro quanto la pratica dell'azione popolare sia scarsa, pur senza pretendere di ricavare alcunché da un'esperienza troppo recente, essendo la nor-

⁽⁹⁰⁾ A. CODACCI-PISANELLI, *Quarta tesi, Relazione, Parte terza*. « ... se, in quali limiti, e con quali cautele, possa, in relazione ad alcune categorie di reati, ammettersi sussidiariamente, l'azione penale civile, ossia popolare... », ivi, pp. 171-209. Il precedente contributo cui si fa riferimento nel testo è il libro dedicato a *Le azioni popolari*, Napoli, Marghieri, 1887.

mativa appena entrata in vigore. Un'altra categoria per la quale l'autore ritiene utile l'azione popolare è quella dei delitti commessi dai pubblici ufficiali: ma anche qui non in blocco, bensì caso per caso. Risulta così ai suoi occhi meritevole di introduzione, ad esempio, per la concussione, ma non per altre ipotesi. La parte finale della relazione discute i possibili limiti agli abusi cui si potrebbe prestare l'azione popolare.

Quando dunque, nel 1893, Guglielmo Vacca ritorna sull'argomento, trova un terreno, per così dire, perfettamente arato. Nel nuovo saggio ⁽⁹¹⁾, egli compie un'indagine assai puntigliosa delle lacune del codice di procedura penale postunitario, addentrandosi nei suoi intricati meandri, un autentico « laberinto », allo scopo di dimostrare che, contro l'inazione del pubblico ministero la legge non offre sostanzialmente alcun rimedio.

Al discorso è premessa una tabella statistica, con i dati degli anni 1879-1889, dai quali l'autore trae la prova che i pubblici ministeri non usano mandare con larghezza gli atti in archivio e in ogni caso solo quando si convincono che il fatto non costituisce reato, perché in Italia i rappresentanti della pubblica accusa non hanno la facoltà di esercitare discrezionalmente l'azione penale, a differenza che in Francia.

Ciò nonostante, la parte offesa resta comunque priva di mezzi per rilevare un eventuale errore di giudizio. L'archiviazione, infatti, è « un atto interno di ufficio, di cui alla parte offesa non è data neppure notizia » ⁽⁹²⁾.

Nei reati a querela di parte, la persona offesa potrebbe chiedere la citazione diretta del presunto autore del reato, mentre è inutile presentare la querela direttamente al giudice istruttore, perché egli non ha il potere di aprire l'istruttoria senza richiesta del pubblico ministero. Ma nei reati in cui si procede d'ufficio, che sono oltre tutto più gravi, il cittadino rimane in un vicolo cieco. Solo se il pubblico ministero chieda al giudice istruttore un'ordinanza di non luogo a procedere, richiesta a cui non è obbligato, ed il giudice

⁽⁹¹⁾ G. VACCA, *La riforma del codice di procedura penale in Italia*, III. *Il processo penale nella sua struttura e nella pratica. I difetti*, § 1. *Le azioni nascenti dai reati*, in « Rivista Penale », XXXVII (1893), pp. 209-222.

⁽⁹²⁾ Ivi, p. 217.

istruttore o la Camera di consiglio la emettano, la parte civile, a cui il provvedimento deve essere notificato, la può impugnare. È vano sperare anche in un ricorso gerarchico, perché se è vero che il pubblico ministero è il rappresentante del potere esecutivo ed è posto sotto la direzione del Ministro della Giustizia, questi, in caso d'inazione, non ha mezzi per dare impulso all'azione penale.

A completare il quadro, Vacca torna ad attaccare lo stesso giudizio d'accusa, fragile simulacro di garanzia per l'imputato ingiustamente accusato dal pubblico accusatore. L'esperienza, infatti, insegna che, per quanto concerne le richieste di rinvio a giudizio, difficilmente il giudice istruttore si discosta dal parere del pubblico ministero, sicché manca una vera supervisione sull'attività dell'organo accusatore anche dalla prospettiva degli errori c.d. positivi.

All'analisi tecnica dei difetti del sistema vigente segue, nel 1896, il suggerimento dell'antidoto, identificato nell'introduzione nel codice di entrambe le azioni, privata e popolare ⁽⁹³⁾.

Vacca riprende in mano la penna dopo che la questione dell'abolizione del giudizio d'accusa è stata portata all'attenzione del III Congresso giuridico di Firenze del 1891, per merito di Cesarini, e dopo che sul tema si sono avvicendate altre pubblicazioni.

Egli parte dall'assunto empirico, secondo il quale, ancora una volta, il giudizio d'accusa si rivela un inutile strumento di controllo degli errori del pubblico ministero. In particolare, esso non è idoneo a superare l'inerzia del pubblico ministero « imperocché l'esperienza prova che, se il p.m. non domanda il rinvio, raramente il magistrato giudicante riconosce fondata l'accusa; e, dato che la pronunzi, difficilmente i giudici, e, più di questi, i giurati, che il senso pratico ammaestra di non doverne volere più dell'accusatore, profferiscono sentenza o verdetto di condanna, e, ordinariamente, posti fra l'uscio e il muro, innanzi alle requisitorie scritte del p.m. e alla sentenza di accusa, le quali sono in perfetta opposizione fra loro, e alle requisitorie orali, che novantanove su cento concludono per l'assolutoria, finiscono per assolvere » ⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹³⁾ G. VACCA, *Di nuovo sulla posizione in accusa*, in « Rivista Penale », XLIII (1896), pp. 125-149.

⁽⁹⁴⁾ Ivi, p. 130.

Il controllo sull'inazione del pubblico ministero si effettua invece meglio dotando di azione (sussidiaria) sia le vittime del reato sia i cittadini, ciascuno in un proprio ambito, i reati a danno individuale e quelli a danno pubblico o sociale, o almeno una parte di essi (delitti contro la sicurezza dello Stato, contro la libertà, contro la pubblica amministrazione, contro l'amministrazione della giustizia, contro l'incolumità pubblica, contro l'ordine pubblico).

È inevitabile che la difesa sociale finisca per assumere maggior risalto rispetto a quella privata e diventi un obiettivo ancor più importante da raggiungere: « il sindacato ufficiale dei cittadini sull'accusa ufficiale dove sono più interessati ad esercitarlo », declama Vacca, « suscita e favorisce quelle iniziative civiche, le quali sono proprie dei reggimenti liberi e civili, facendo i cittadini solleciti dell'ordine pubblico e delle pubbliche libertà »⁽⁹⁵⁾.

Quanto alle garanzie, cambiando idea rispetto al 1884, Vacca pretende che siano più numerose e rigorose di quelle a suo tempo escogitate. I cittadini non potranno agire automaticamente: indispensabili sono la preventiva querela (per la vittima) o denuncia (per ogni cittadino), l'assistenza di un procuratore, l'autorizzazione del giudice, l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, una cauzione, sanzioni contro le accuse temerarie, l'irrevocabilità dell'accusa.

Vacca torna inoltre a proporre che il pubblico ministero notifichi la desistenza alla parte interessata (quella che ha denunciato il fatto o ha sporto querela), che così sarà messa in grado di proseguire l'accusa.

11. *Un « peccato giovanile ».*

Accenti nella sostanza analoghi caratterizzano due articoli di Alessandro Stoppato, apparsi sulla *Rivista penale* del 1893 e 1894⁽⁹⁶⁾, permettendo di includere il giurista veneto nella schiera sempre più numerosa dei dualisti.

⁽⁹⁵⁾ Ivi, p. 147.

⁽⁹⁶⁾ A. STOPPATO, *L'azione penale nei suoi caratteri fondamentali*, in « Rivista Penale », XXXVII (1893), pp. 513-525; Id., *L'esercizio dell'azione penale*, in « Rivista Penale », XXXVIII (1894), pp. 5-24.

Stoppato (una delle anime del nuovo codice di procedura penale del 1913) tesse innanzitutto l'elogio dell'azione popolare, di cui propugna l'applicazione nel processo penale per un numero determinato di tipologie di delitti che ledono un interesse collettivo, in realtà piuttosto considerevole: elettorali e di stampa, di riunione e associazione, dei pubblici ufficiali, contro la pubblica amministrazione e sanità, contro l'ordine pubblico, contro la libertà dei culti, la libertà del lavoro, dell'industria e del commercio, dei ministri dei culti, contro l'incolumità pubblica. Si aggiungono all'elenco, redatto in via meramente esemplificativa, anche le contravvenzioni di creazione politica.

La giustificazione dell'azione popolare è affidata ad un semplice assioma: « dove vi è offesa deve esservi azione ». Inoltre, nei reati che producono un danno non individuale, bensì collettivo, « a così dire innominato », è opportuno « sviluppare un sentimento di solidarietà fra i cittadini ». Il programma assume così anche tinte ideali ed il paradigma del buon cittadino, puro ed incontaminato, che si leva a difesa della società, ispira una rappresentazione dai toni fortemente astratti: « Questo sentimento necessario alla prosperità delle istituzioni, alla vitalità delle leggi, al miglioramento dei costumi, al progresso nelle libertà deve essere rinvigorito [...] E qui non può esservi il lamentato pericolo di vendette, di rappresaglie, di ricatti, di violenze, e via dicendo, una volta che non può essere, di regola, che un sentimento elevato del pubblico bene che muove ad agire, un sentimento altruistico superiore ad ogni sospetto »⁽⁹⁷⁾.

Viceversa, per i reati da cui derivano danni individuali, non è opportuna l'azione popolare: in questo senso, come a ragione aveva sostenuto Carrara, decidere diversamente sarebbe pericoloso per ragioni di ordine sociale. Le persone offese nei loro diritti individuali non devono tuttavia essere defraudate: « il p.m. non deve essere considerato come il cessionario dell'azione, che di essa può disporre, ma piuttosto come un depositario, che deve conservarla, e il privato offeso non deve perdere la sua naturale posizione di proprietà nell'esercizio di essa »⁽⁹⁸⁾. Ad esse si concederà quindi l'azione privata, sussidiaria o anche adesiva a quella del pubblico ministero

⁽⁹⁷⁾ STOPPATO, *L'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 10.

⁽⁹⁸⁾ Ivi, p. 14.

(come l'azione popolare), mentre Stoppato è avverso ad un'azione principale ed esclusiva, come anche, e non era una novità, a distinguere tra reati perseguibili a querela di parte o d'ufficio.

Nell'articolo di Stoppato, uno spazio non marginale di discussione è riservato all'opinione dei positivisti. Lo scopo è quello di dimostrare che anche gli esponenti della nuova scuola reclamano una riforma del codice su questo punto, anche se non vi è concordia totale. Garofalo e Carelli, infatti, sono espressamente citati perché avevano preferito il sistema germanico dell'opposizione al giudice istruttore contro il rifiuto del pubblico ministero di agire, con la conseguente apertura di un'istruzione coatta da parte della Procura. L'autore non si lascia sfuggire un moto di critica nei confronti di questa soluzione ed anche di chi, come l'avvocato Giuseppe Leti, è addirittura contrario all'azione privata, che pure dovrebbe risultare in armonia con le premesse ideologiche di difesa sociale della scuola⁽⁹⁹⁾. Stoppato, infine, mostra anche una particolare cura nel respingere i timori connessi alle condizioni di maturità del popolo italiano⁽¹⁰⁰⁾: un realismo pessimista che avrebbe rischiato di ritardare la riforma. Sarebbe stata proprio questa, invece, una delle ragioni utilizzate per affossare l'azione privata e popolare nella fabbrica del nuovo codice. La speranza dava allora le ali allo scienziato: dopo l'esperienza da legislatore, Stoppato dovrà fare ammenda di quel suo « peccato giovanile ».

12. *Scenari di fine secolo.*

Alla fine del secolo, un'altra voce si leverà a sostegno dell'azione popolare, con argomenti originali. È Alfredo Pozzolini, che

⁽⁹⁹⁾ G. LETI, *Parte civile accusatrice*, in « Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale per servire allo studio dell'uomo alienato e delinquente », XII (1891), pp. 53-57. Costui aveva scritto in termini apodittici: « alla prevenzione e specie alla repressione, che sono ufficio sociale, niuno più disadatto sarebbe, io credo, del privato individuo, sia o no stato egli offeso dal reato consumato [...] se si ammettesse, accanto all'accusa ufficiale, l'accusa della parte lesa [...] ne verrebbe una caccia all'uomo, appunto per quel deplorabile sentimento della vendetta, da cui molti sono, pur troppo, agitati » (pp. 54-55).

⁽¹⁰⁰⁾ STOPPATO, *L'azione penale*, cit., p. 525; ID., *L'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 8.

ha il merito di accendere i riflettori sul significato sociale dell'azione popolare ⁽¹⁰¹⁾. Con realismo, egli ritiene da una parte indispensabile mantenere l'accusa pubblica, ma dall'altra denuncia con forza il legame politico tra p.m. e governo, idoneo a favorire l'impunità dei reati politici per una ragione quasi di assuefazione all'ambiente. Se i reati politici colpiscono un'associazione operaia è ancor più difficile procedere (come dimostrato nel caso Frezzi). Le ragioni politiche dell'inerzia della procura vengono quindi messe in primo piano: sono le classi abbienti e dirigenti ad ostacolare il corso della giustizia. Un'altra causa può essere la scarsità dell'organico, che impedisce di procedere in maniera costante e capillare a reprimere determinati abusi, garantendo l'impunità soprattutto dei reati previsti dalla legge sull'emigrazione e sul lavoro dei fanciulli. Il p.m. è quindi un organo che, dal punto di vista sociale, si rivela imperfetto. Anche Pozzolini comprende però che l'azione popolare, già prevista per i reati elettorali, non ha dato i frutti sperati: l'azione non è stata esercitata o i processi si sono conclusi con un nulla di fatto. La ragione sembra risiedere nella loro estrema diffusione, che ha in sostanza determinato un'abitudine al delitto. Egli pensa a forme di incentivo, come quelle individuate da Codacci Pisanelli. La serie di reati politici o contro la pubblica amministrazione per la quale l'azione popolare potrebbe risultare una provvidenza è comunque quella già stilata al III Congresso giuridico nazionale fiorentino: reati di corruzione elettorale (la compravendita del voto è stigmatizzata come prassi delle classi abbienti), abuso d'autorità (soprattutto nei confronti delle associazioni operaie), corruzione dei magistrati, reati previsti dalle leggi sociali (emigrazione, lavoro dei fanciulli). Pozzolini giudica meno favorevolmente l'azione privata: a questo riguardo, può bastare la facoltà di ricorso giurisdizionale, come nel regolamento giudiziario tedesco.

Un altro personaggio da ricordare per aver preso parte attiva

⁽¹⁰¹⁾ A. POZZOLINI, *L'idea sociale nella procedura penale. Appunti critici*, in « Archivio giuridico Filippo Serafini », LXI (n.s.-II) (1898), pp. 30-62, pp. 46-53. Sulla fisionomia del giurista pisano: M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale (1883-1912)*, in « Quaderni fiorentini », 3/4 (1974-75), *Il "Socialismo giuridico". Ipotesi e letture*, t. I, pp. 557-642 e in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., v. II, pp. 819-902, pp. 881-884.

al dibattito sull'azione penale privata e su molteplici altri aspetti della riforma del codice di procedura penale postunitaria è Bernardino Alimena. Si tratta di un penalista dalla prosa piana e facile, dotato di una solida preparazione e particolarmente aperto alla comparazione ⁽¹⁰²⁾. Un giurista dalla mente più pratica che teorica, che trae ispirazione dagli esempi legislativi stranieri, che ama citare in dettaglio, sforzandosi pure di ricostruirne e classificarne le tendenze. Alimena non nasconde la propria predilezione per il codice spagnolo (anche se vorrebbe, come vedremo, che l'azione popolare fosse solo sussidiaria), l'ammirazione per l'istituto del pubblico ministero e un moderato scetticismo per l'efficacia dell'azione privata, corroborato dai dati delle statistiche germaniche e austriache, che ne dimostrano la scarsa incidenza pratica: dubbi sull'effettiva partecipazione dei privati all'esercizio dell'azione penale che vengono estesi del resto anche all'azione popolare e alla costituzione di parte civile, come provano, in questo caso, le tabelle italiane.

A questo punto, il problema sembrerebbe risolto dal buon senso, se è vero che, appagandosi dei dati, « l'istituto del pubblico ministero funziona bene ovunque e non ispira alcun timore, e che i privati cittadini son poco teneri di diventare accusatori » ⁽¹⁰³⁾.

Sembra tuttavia opportuno anche ad Alimena spezzare il monopolio della pubblica accusa, per fugare i possibili errori dovuti all'inerzia del procuratore, « pur convinti che niuno riuscirà, all'uno e all'altro scopo, meglio di lui, anzi al pari di lui » ⁽¹⁰⁴⁾. Anche a tal riguardo, non sono necessarie molte parole per convincersi che la partecipazione dei privati al processo penale merita di essere ampliata — anche se soltanto sul piano astratto — e un'azione non può essere loro negata: « Il diritto del privato cittadino ad esercitare l'azione penale mi sembra così evidente, e direi quasi assiomatico, da sembrarmi perfino superfluo, e forse, arduo, il tentarne la dimo- »

⁽¹⁰²⁾ MILETTI, *Un processo per la terza Italia* cit., p. 49, considera il professore modenese, da questo punto di vista, « lo studioso più esperto ».

⁽¹⁰³⁾ B. ALIMENA, *Accusa privata e parte civile*, in *Pel cinquantesimo anno d'insegnamento di Enrico Pessina*, vol. II, Napoli, A. Trani, 1899 e in Id., *Studi di procedura penale*, Torino-Milano-Roma-Firenze, Utet, 1906, pp. 167-199, p. 184.

⁽¹⁰⁴⁾ Ivi, p. 185.

zione» (105). Pragmatico, dunque, e poco propenso a elevati discorsi di natura teorica, conscio del caleidoscopio di opinioni professate sul tema dalla dottrina, diligentemente elencata, la questione principale da risolvere è semplicemente quella di individuare l'azione giusta da conferire ai privati.

La proposta del penalista cosentino è quella di un'azione popolare sussidiaria, aperta a tutti i cittadini, comprese le persone offese, esercitabile per tutti i reati.

Egli è avverso all'azione penale privata, riservata alle sole vittime del reato: trova la soluzione assurda giuridicamente (perché si rivolge solo ad alcuni cittadini), politicamente (perché non alimenta alcun senso civico di repressione dei reati) e storicamente (perché risveglia consuetudini « ataviche », secondo la sprezzante espressione di Lucchini). E d'altra parte, pur non rilevando la contraddizione, non si sente di escludere le persone offese dal novero dei cittadini ammessi ad esercitare l'azione privata, come se, esercitando l'azione in quanto cittadini, cadessero le obiezioni sollevate (con forza soprattutto da Lucchini) contro l'irruzione dell'interesse privato nei giudizi penali.

Per la stessa ragione (l'azione deve spettare a tutti i cittadini per tutti i reati) gli sembra non difendibile anche la tesi che ho chiamato 'dualista': perché i cittadini non devono poter intervenire a difendere anche gli interessi privati, oltre a quelli pubblici, per uno spirito di solidarietà sociale?

Non è opportuno invece affidare l'esercizio dell'azione penale ad associazioni: un'accusa fatta a nome di tante persone è quasi anonima e si direbbe quasi mossa esclusivamente da scopi politici. L'esperienza di siffatte associazioni in Inghilterra e in Scozia dimostra del resto la loro cattiva prova. Parole che fanno presagire il fuoco di fila a cui sarà sottoposto il coraggioso progetto Finocchiaro-Aprile del 1911.

Questa rinnovata propensione per l'accusa popolare, con il conseguente rifiuto dell'azione privata, sembra dunque trovare la sua ragione più vera nel disinteresse e nel significato più alto, dal punto di vista civico, che la prima ricopre rispetto alla seconda.

(105) Ivi, p. 187.

Alimena è sicuro di sé. Non serve ribattere, come alcuni penalisti favorevoli alla sola azione privata, che gli italiani non faranno uso della facoltà generosamente data loro, perché la stessa cosa si potrebbe dire dell'azione privata. Non serve prevedere gli abusi, perché « la paura dell'abuso » non deve giungere a « vietare l'uso » (altro argomento lucchiniano).

La stima professata nei riguardi del pubblico ministero, infine, spiega perché l'azione popolare patrocinata dal professore modenese debba essere solo sussidiaria e mai adesiva, né tanto meno principale. Il pubblico ministero deve anzi avere il potere di sorvegliare l'andamento del processo ed eventualmente di assumere l'azione, sostituendosi ai privati.

Naturalmente, l'esperimento dell'azione popolare esige delle garanzie: a far da guida è ancora una volta la comparazione, nel cui variegato ambito Alimena propende per il modello ticinese. La totale assenza di garanzie, nel codice vigente, determina la sua avversione per la citazione diretta promossa dalla parte lesa, che vorrebbe decisamente abolita.

13. *Il teatro delle passioni.*

Al termine di questo percorso, si possono trarre alcune conclusioni.

La maggioranza dei penalisti italiani, alla fine dell'Ottocento, è quasi tutta concorde, pur con varietà di accenti e di angolature, nel criticare il monopolio del pubblico ministero e nel rilevare l'assenza di controlli effettivi sull'attività e inattività del pubblico ministero; quasi tutti convergono nel sollecitare, come rimedio ottimale contro questo tipo di abusi del pubblico accusatore, l'introduzione di un'azione penale, di cui dovrebbero essere titolari i privati. Ciò che rimane oggetto di vivissimo dibattito è il problema delle categorie di privati che dovrebbero partecipare all'esercizio dell'azione penale: solo le vittime del reato o anche tutti i cittadini?

Per non parlare di tante altre questioni tecniche. Per quali reati prevedere l'azione privata o popolare? L'azione doveva essere solo sussidiaria o anche adesiva, quando non principale, cioè esclusiva, rispetto a quella del pubblico ministero? Il pubblico ministero doveva comunque intervenire? Quali altri garanzie si dovevano

prevedere, oltre alla repressione della calunnia, contro le azioni temerarie?

Solo una parte della dottrina, in questo periodo, respinge l'azione privata e/o popolare, facendo leva sullo stereotipo della vittima o del privato cittadino portatore di interessi individuali e privo di oggettiva imparzialità. Una mentalità saldamente incardinata anche in taluni penalisti riformatori. Essa trova ad esempio un influente sostenitore in Lucchini, che se ne serve, però, in modo nuovo: non per fondare il monopolio del p.m., ma per escludere l'azione privata, sulla quale sono concentrate tutte le critiche di « atavismo accusatorio », a vantaggio dell'azione popolare. Lucchini parte dall'assunto che l'azione penale sia sempre pubblica e non possa spettare a individui contaminati dalle passioni. Pubblicità diviene sinonimo di interesse pubblico, assenza di interesse privato e di propositi di vendetta individuale.

Lucchini sarà il maggior fautore dell'azione popolare durante i lavori preparatori del codice del 1913 e nel contempo il più insidioso avversario dell'azione privata: idea, quest'ultima, fortemente sostenuta da un'altra ala della penalistica liberale, che si riconosceva principalmente nel magistero di Carrara.

Era uno stereotipo che, sul principio, era servito a giustificare l'istituzione del p.m., dell'accusatore pubblico, più sicuro e affidabile dell'accusatore privato. La contrapposizione tra l'insufficienza o lo zelo eccessivo degli accusatori privati (trascinati dalla vendetta) rispetto all'imparzialità dell'accusatore pubblico (mosso dall'interesse pubblico e sociale), ad esempio, è un *topos* enunciato da Luigi Borsari nel 1866 ⁽¹⁰⁶⁾.

Lo stereotipo, a fine secolo, si presentava fortemente incrinato, tanto che Stoppato poté definirlo « trito argomento » ⁽¹⁰⁷⁾.

Ciò nonostante una parte della dottrina avrebbe continuato a insistere sul pregiudizio di parzialità delle parti offese, allo scopo di rafforzare la posizione del p.m. e di garantire le persone offese contro eventuali abusi di inerzia, senza però attribuire ad esse l'azione penale.

Vincenzo Aschettino, ad esempio, nel 1876, si dimostra al corrente del nuovo regolamento austriaco del 1873, del progetto

⁽¹⁰⁶⁾ L. BORSARI, *Della azione penale*, Torino, Utet, 1866, p. 188.

⁽¹⁰⁷⁾ STOPPATO, *L'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 17.

germanico e del Congresso giuridico di Norimberga del 1875, che aveva accolto la proposta di Gneist a favore dell'azione popolare, ed è consapevole della loro distanza dal principio francese del monopolio dell'accusa. Critica inoltre i « facili novatori, che sognando luoghi e tempi che più non sono, ritengono possibile un ritorno puro e semplice al sistema ammesso da Roma e dall'Inghilterra » e riserva parole di encomio per le proposte di Lucchini, Carrara e del senatore Francesco Borgatti.

Tuttavia, egli è contrario all'introduzione della vera e propria azione penale privata e dell'azione popolare, e preferirebbe piuttosto un ampliamento del numero dei reati a querela di parte e delle correlative ipotesi di citazione diretta ⁽¹⁰⁸⁾.

Come garanzia nei confronti di possibili abusi negativi (anche dovuti a pressioni del potere esecutivo), gli sembra migliore soluzione stabilire espressamente nel codice che il p.m. ha l'obbligo di esercitare l'azione penale a seguito di querela per un reato di interesse privato o denuncia per un reato di interesse pubblico, che poi è quello che succede di fatto in Italia, nella prassi: « in pratica non vi è quasi querela o denuncia, cui non tenga dietro una istruzione ed un'ordinanza » ⁽¹⁰⁹⁾.

È contrario invece, come altri penalisti impegnati nelle riforme, ad ammettere che il giudice istruttore possa ricevere denunce e querele e agire sulla base delle stesse, perché ciò creerebbe un dualismo rispetto al p.m. e violerebbe la sua indipendenza.

Una cauta apertura a favore dell'azione privata della parte offesa, « che voglia concorrere come parte principale o pedissequa del p.m. alla repressione del reato », per la necessaria correlazione tra diritto e azione si riscontra solo in un successivo scritto del 1888 ⁽¹¹⁰⁾.

Anche Costantino Castori nel 1890 rifiuta l'accusa sussidiaria della persona offesa, « un essere ibrido che degli opposti sistemi tra

⁽¹⁰⁸⁾ V. ASCHETTINO, *Del concorso della parte lesa nello svolgimento dell'azione penale in relazione al progetto di codice penale per Regno d'Italia*, in « Rivista Penale », VI (1877), pp. 5-28; pp. 103-119.

⁽¹⁰⁹⁾ Ivi, p. 21.

⁽¹¹⁰⁾ V. ASCHETTINO, *Della costituzione di parte civile in rapporto all'autore del danno ed alla rappresentanza del danneggiato*, in « Rivista Penale », XXVIII (VIII della II s.) (1888), pp. 5-33, p. 8.

cui sorge, raccoglie piuttosto i difetti che le qualità », sulla base di una rappresentazione arcadica del p.m. I funzionari italiani hanno sempre fatto scrupolosamente il loro dovere e non è opportuno screditarli. Inoltre, l'esercizio dell'azione penale privata implicherebbe « un dualismo pericoloso tra il pubblico ed il privato accusatore ». Infine, egli contesta anche Carrara: non è tirannico negare l'accusa al privato, « poiché il cittadino non ha alcun diritto alla irrogazione della pena, ma solo al risarcimento dei danni » e « la pena [...] si irroga, non nel privato ma nel pubblico interesse »⁽¹¹¹⁾. La garanzia massima è ancora individuata nell'obbligo di esercitare l'azione penale a seguito di denuncia o querela (obbligo che dovrebbe essere sancito espressamente nel codice): in tal caso « non è possibile che il Pubblico Ministero, appartenente al potere esecutivo, possa fare l'interesse del Governo non iniziando quei procedimenti che ragioni di partito consigliano di lasciare nel silenzio »⁽¹¹²⁾.

Una parte della penalistica di fine secolo, dunque, rimase avversa all'azione penale privata, ritenendo sufficiente garanzia stabilire espressamente nel codice l'obbligatorietà dell'azione penale, specialmente di fronte ad una querela della parte offesa.

Un altro possibile rimedio di fronte all'inerzia del procuratore, per coloro i quali restavano fedeli, anche nell'orizzonte *de iure condendo*, al principio dell'azione pubblica, era quello di sfruttare la dipendenza gerarchica tra p.m. e governo, derivante dalla natura complessa del p.m., libero e allo stesso tempo subordinato (in quanto amovibile e formalmente vincolato alle direttive superiori) nei confronti dell'esecutivo: una posizione bifronte che costrinse la prima dottrina processualistica a equilibrismi di conciliazione per salvaguardare l'indipendenza dell'organo.

Matteo Pescatore ad esempio si augurava che gli ufficiali del pubblico ministero — in parte agenti del potere esecutivo e in parte magistrati — pur non godendo di indipendenza assoluta dal Governo, come i giudici, « almeno di fatto e abitualmente godano di

⁽¹¹¹⁾ C. CASTORI, *Delle azioni derivanti dal reato secondo il codice penale unico d'Italia*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il codice unico del regno d'Italia*, pubblicato da P. Cogliolo, Milano, Dott. Leonardo Vallardi Edit., 1890, in particolare pp. 21-23.

⁽¹¹²⁾ Ivi, pp. 47-51, in particolare p. 50.

una reale libertà nell'esercizio delle loro funzioni ». Liberi di esercitare l'azione penale anche se il Ministro lo abbia vietato, così che il giudice debba comunque procedere, e liberi di non esercitarla quand'anche il Ministro l'abbia ordinata, così che il giudice non ne possa altrimenti essere investito. Essi tuttavia rimanevano comunque responsabili di fronte al Ministro e perciò avrebbero dovuto eseguire l'eventuale ordine di esercitare l'azione penale, oltre ad ogni direttiva concernente la procedura loro rivolta durante il giudizio. Indipendenza assoluta invece e piena libertà di coscienza quanto alle conclusioni processuali nel senso della condanna o dell'assoluzione dell'imputato ⁽¹¹³⁾. Ragionava allo stesso modo anche l'allievo Luigi Mattiolo ⁽¹¹⁴⁾.

Si trattava però di un'arma a doppio taglio. La soluzione poteva prestarsi anche a legittimare ingerenze della politica in senso contrario al corso della giustizia, come avrebbe osservato Saluto nel 1877, nel prevedere le pericolose interferenze del potere esecutivo nell'esercizio dell'azione penale: « onde il potere esecutivo si è aperta, secondo l'espressione energica del cav. Borsari, una lunga breccia nella giustizia, e potrà tutto armato entrarvi, quando gli talenti, potendo imporre al P.M. o negargli l'esercizio dell'azione penale, le requisitorie, le aringhe, trasfondergli le proprie convinzioni, la *politica* nella giustizia » ⁽¹¹⁵⁾.

Ancora negli anni Ottanta dell'Ottocento, quando ormai la penalistica liberale aveva raffinato gli argomenti contro il monopolio

⁽¹¹³⁾ M. PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura criminale*, Vol. I - Parte II, *Procedura criminale*, Torino, Utet, 1864, pp. 21-22.

⁽¹¹⁴⁾ L. MATTIROLI, *Elementi di diritto giudiziario civile italiano*, vol. I, *Ordinamento giudiziario - Competenza*, Roma-Torino-Firenze, Bocca, 1875, p. 335; ID., *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, vol. I, Quinta edizione interamente riveduta e ampliata dall'autore, Torino, Fratelli Bocca, 1902, p. 513.

⁽¹¹⁵⁾ F. SALUTO, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia*, Roma-Torino-Firenze, Bocca, 1877, sub art. 2, p. 64. Sui rapporti tra potere esecutivo e magistratura nell'Italia postunitaria, oltre agli scritti cit. a nt. 1, v. da ultimo il cospicuo studio di C. STORTI, « *Un mezzo artificiosissimo di governo per ottenere con inganno e con vie coperte ciò che apertamente non si potrebbe ordinare* ». *Le circolari dei ministri di giustizia sul processo penale tra unificazione e fascismo*, in *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane. Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. Colao, L. Lachè, C. Storti, C. Valsecchi, Macerata, Eum, 2011, pp. 577-627.

del pubblico ministero e nel contempo parato le obiezioni contro i rischi che avrebbe corso la giustizia penale, ampliando la partecipazione dei privati nel processo, adoperandosi per la configurazione dell'azione penale privata e/o popolare, persiste un filone avverso a concedere ai privati l'azione penale, non omogeneo peraltro nelle argomentazioni.

Antonio Buccellati, ad esempio, non risparmia critiche al modo in cui il p.m. è strutturato. Si dichiara contro la sua dipendenza dal potere esecutivo e rilancia l'idea di un magistrato autonomo. Ma scrive anche che « è l'amore di questa stessa indipendenza che ci obbliga a combattere anche l'opinione, doversi l'azione concedere a tutti i cittadini, o *esclusivamente* al privato offeso ». Gli argomenti per combattere l'azione privata e/o popolare sono altrettanto noti: « in tal caso abbiamo in moto l'interesse e le passioni private e riesce illusoria l'*oggettività* della giustizia. Il privato offeso poi, unico accusatore, toglie al reato il suo carattere intrinseco di pubblica offesa; e gli attribuisce quello di privata offesa, che si conviene all'azione civile, derivante dal reato ». L'azione penale, dunque, non può che essere affidata a un organo pubblico. Alle persone offese il penalista milanese è disposto ad offrire un rimedio meno invasivo, in caso di inerzia del p.m.: un ricorso gerarchico come quello previsto dal codice germanico, mentre l'azione privata sussidiaria prevista dal regolamento austriaco e l'azione privata principale del codice germanico gli sembrano « varcare la giusta misura; perché coll'*unicità* dell'azione privata si offende il carattere pubblico di questa » ⁽¹¹⁶⁾.

Tra coloro che pur si dichiarano soddisfatti del monopolio del p.m., solo Enrico Pessina non si pronuncia apertamente contro i privati e le loro passioni, limitandosi a dedurre dall'ordinamento positivo l'esclusione degli stessi dall'esercizio dell'azione penale: il pubblico ministero è « la personificazione vivente dell'azione penale », « il privato ed ogni altro pubblico ufficiale non possono essere considerati mai come l'organo dell'azione penale », « l'azion

⁽¹¹⁶⁾ A. BUCCELLATI, *Il nihilismo e la ragione del diritto penale*, in « Memorie del Regio Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, Classe di Lettere e Scienze morali e storiche », XV (1885), pp. 303-304. Cenni in Id., *Istituzioni di diritto e procedura penale secondo la ragione e il diritto romano*, Milano-Napoli-Pisa, Hoepli, 1884, pp. 448-449.

penale [...] è indipendente da qualsiasi arbitrio sì degli individui privati e sì dello stesso organo sociale che la rappresenta, cioè del Pubblico Ministero » (117).

Il sostituto procuratore generale della Corte d'appello di Napoli Filippo Manduca nel 1888 è forse l'avversario di fine secolo dai toni più impetuosi e apocalittici nei confronti dei privati nel processo penale: « la esperienza, grande maestra della vita, ci apprende che l'offeso è spinto dalla vendetta nel perseguire il suo offensore [...] nei reati perseguibili ad istanza privata ed in quelli nei quali avvii costituzione di parte civile, spesso l'accusa privata non resta mai soddisfatta della giustizia punitiva, brontola sempre nell'applicazione della pena. È la esagerazione personificata », mentre « la giustizia punitiva è qualche cosa di superiore ed all'individuo ed allo Stato stesso » (118).

Un conservatore a *oltranza* o *intransigente*, per usare il pungente lessico carrariano, ostile anche all'azione popolare: « l'accusa degenererebbe in arma di privati rancori: schiuderebbe l'adito a vessazioni ingiustificate, turberebbe la pace delle famiglie, scalzerebbe il principio dell'istituto del Pubblico Ministero, attenterebbe ai diritti dello Stato » (119). Peggio ancora se essa fosse concessa per la repressione dei reati politici: « tanto la penale, che la civica sussidiaria azione pei reati politici non la crediamo una garanzia costituzionale [...] né a dir breve una potente garanzia a difesa del diritto pubblico, perché nel reato politico vi sta, oltre dell'odio, del rancore, della passione, il fanatismo e la potente convinzione del principio » (120).

Opposta è la rappresentazione del pubblico ministero, funzionario mosso esclusivamente dalla legge del dovere, « che il Pubblico Ministero senza passione, alla luce della pubblicità, col coraggio del diritto, sotto il controllo della pubblica opinione, esplica in tutti i suoi momenti costitutivi » (121). Decisamente a Manduca si attaglia

(117) E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, v. II, Napoli, Stamperia della Regia Università, 1871, p. 347.

(118) F. MANDUCA, *La procedura penale e la sua evoluzione scientifica*, Napoli, Anfossi, 1888, p. 85.

(119) *Ivi*, p. 86.

(120) *Ivi*, p. 91.

(121) *Ibidem*.

un giudizio stilato da Gabriele Napodano qualche anno prima, con riferimento a coloro che erano adusi a fare l'apologia dell'istituzione: « mostruose esagerazioni di coloro, che, per troppo amore, ne vorrebbero formare un Nume »⁽¹²²⁾.

Tra i positivisti, mentre alla fine del secolo sembrerebbe una voce isolata quella autorevolissima di Garofalo che (anche in coppia con Carelli) dichiara la sua diffidenza nei riguardi dei privati e la sua preferenza per il ricorso giurisdizionale alla tedesca, piuttosto che per l'azione privata sussidiaria di tipo austriaco, si registrano aperture verso una maggiore partecipazione dei privati all'esercizio dell'azione penale, confermando la presenza di una pluralità di orientamenti ideologici non riconducibili ad unità nell'evoluzione della scuola.

Nelle rivendicazioni di un'azione popolare, quindi, finiscono per impegnarsi giuristi di estrazione politica e giuridica eterogenea.

Dopo il socialista Berenini, attivista dell'azione popolare, un tentativo di rilancio dell'azione popolare si deve al radicale Pozzolini. In seguito toccherà soprattutto a Ferri di insistere a favore della necessità di istituire una doppia azione, privata e popolare⁽¹²³⁾.

Un'altra voce acutissima nel denunciare i difetti sociali del codice di procedura penale sarà, nel nuovo secolo, quella di Antonio Guarnieri-Ventimiglia il quale, nel 1912 su *Critica sociale*, osserverà

⁽¹²²⁾ G. NAPODANO, *Del pubblico ministero nei popoli civili e delle sue condizioni in Italia*, Napoli, tip. di G. Argenio, 1880, p. 141.

⁽¹²³⁾ Nel 1914 Ferri sosterrà anche la funzione pubblica della parte civile, portando così a compimento il rovesciamento dello stereotipo della vittima. Cfr. *Il nuovo Codice di Procedura Penale. Prime impressioni*, in « La Scuola positiva », XXIV (1914), pp. 1-7, pp. 6-7: « La parte civile nel processo penale è dunque [...] il terzo protagonista, oltre lo Stato e l'imputato; ed il nuovo Codice che ne mutila i diritti e le facoltà costituisce in questo un vero regresso, a cui non tarderà la reazione della realtà vivente. La parte civile nel processo penale ha, sì, lo scopo di ottenere il risarcimento del danno sofferto, ma per giungere a questo scopo deve anzitutto coadiuvare alla prova del fatto delittuoso e della responsabilità dell'imputato. Essa vi compie, per ciò, una funzione pubblica e di giustizia sociale. E tutti sanno come lo zelo e la sagacia della parte civile siano assai più solerti dell'opera abitudinaria del pubblico ministero. [...] Certo i diritti dell'imputato sono sacri, ma quelli della parte civile lo sono altrettanto! L'imputato è un probabile malfattore: il danneggiato è un cittadino onesto. Ed è veramente iniquo, oltretutto improvvido, il sacrificio che il nuovo Codice ha consumato dei più doverosi riguardi dovuti alla vittima del delitto ».

molto francamente che, finché non cambierà la mentalità e il processo penale non si adegnerà ai postulati della sociologia criminale, l'atteggiamento di sfiducia del popolo nei confronti della giustizia penale rimarrà tale e renderà inattuabile l'auspicato ricorso all'azione popolare: « oggi la pena, unica sanzione giudiziaria, non diviene che creatrice di delitti e di delinquenti [...] circonda di avversione e di paura l'ambiente in cui la giustizia dovrebbe amministrarsi grave, serena e benefica; provoca reazioni di odio e di vendetta [...] le folle hanno assai scarsa fiducia nell'azione della giustizia penale » (124).

E nel 1917 scriverà che « l'azione popolare [...] è il tipo, anzi il prototipo, del problema *giuridicamente* insolubile. Oggi non è possibile, né ammettere, né escludere l'azione popolare senza gravi inconvenienti, danni e pericoli. L'unica soluzione è nella valutazione *sociale* del delitto, del delinquente, della responsabilità penale, quando il delitto non sarà più questa miccia che desti un incendio di ira, di odio e di terrore ma, semplicemente, il fatto umano e naturale di un ammalato o di un disgraziato da curare, da assistere o da ricoverare [...] l'azione popolare cesserà di sembrare un pericolo od una minaccia e sarà invece la naturale, utile e benefica cooperatrice, nell'opera altissima di miglioramento degli individui e di difesa della società » (125).

L'approdo, tuttavia, sarà ben diverso. Nel ridefinire gli obiettivi della politica positivista nel campo criminale, Eugenio Florian nel 1912 esalterà la concezione rigidamente pubblicistica e statualistica del processo penale, della quale è logico corollario l'esclusione di ogni ingerenza dei privati. La forma più opportuna di controllo degli eventuali abusi negativi del procuratore non sta quindi nel concedere ai privati il potere di esercitare l'azione penale, così inquinando il processo di interessi privatistici e parziali, ma nel concentrarne la gestione nelle mani del rappresentante pubblico dell'accusa, seppure sotto controllo giudiziale: nella fattispecie, il

(124) A. GUARNIERI-VENTIMIGLIA, *I difetti sociali del progetto della Procedura penale*, in « Critica sociale », XXII (16 giu. 1912), 12, pp. 188-190, p. 189.

(125) A. GUARNIERI-VENTIMIGLIA, *Introduzione generale*, in A. Gismondi, A. Guarnieri-Ventimiglia, D.A. Tommasi, *Il nuovo codice di Procedura Penale Italiano illustrato*, V. I, Milano, Società Editrice Libreria, 1917, p. 27.

mezzo più efficace consiste nell'obbligo, da parte del p.m., di sottoporre al giudice la richiesta di archiviazione ⁽¹²⁶⁾.

Sono contraddizioni che emergeranno anche nel corso dei lavori preparatori del nuovo codice di procedura penale, tra colpi di scena, tradimenti e pentimenti, anche di coloro che, nella fase d'oro della penalistica riformista, avevano esaltato l'azione penale privata e popolare come una imprescindibile garanzia costituzionale.

⁽¹²⁶⁾ E. FLORIAN, *Degli organi per l'esercizio dell'azione penale e gli scopi del processo*, in «Rivista di Diritto e Procedura Penale», III (1912), pp. 398-430, pp. 448-471. È lo stesso anno in cui vede la luce il *Manuale di procedura penale italiana* di Vincenzo Manzini.

FERDINANDO MAZZARELLA

DIALOGHI A DISTANZA
IN TEMA DI SOCIALITÀ E STORICITÀ DEL DIRITTO.
ITALIA, FRANCIA E GERMANIA
TRA FINE OTTOCENTO E PRIMO NOVECENTO

1. La « Scuola sociale del diritto ». Percezioni italiane di un contesto in trasformazione. — 2. 'Eterodossie' europee al volgere dell'Ottocento. L'incompiuta consapevolezza di un orizzonte comune. — 3. La riconfigurazione delle coordinate culturali e la ricollocazione del punto d'osservazione del giurista. — 4. Pluralità di formule, affinità di sostanza: diritto storico-sociale, diritto vivente, diritto libero, diritto naturale. — 5. Oltre la legge. Ripensare il quadro delle fonti. — 6. Scelte di metodo e dottrine dell'interpretazione. — 7. 'Niente di personale': parametri obiettivi e rifiuto del soggettivismo tra libera ricerca e diritto libero. — 8. « Il giudice sta sotto la legge ».

1. *La « Scuola sociale del diritto ». Percezioni italiane di un contesto in trasformazione.*

Non sempre l'incontro tra civiltà giuridiche segue le leggi della geometria. Il più delle volte elegge itinerari tortuosi, scanditi dalle relazioni internazionali e dagli scambi commerciali, dalle affinità linguistiche e dalle convergenze costituzionali. Riannodare i fili di una rete culturale, che implica la circolazione di tendenze e indirizzi, l'assimilazione di modelli e figure, la condivisione di tecniche e filosofie, significa, pertanto, non solo esplorare i canali attraverso i quali dialogano personaggi lontani, ma anche decifrare le ragioni, mediate o immediate, che spiegano l'origine dei contatti o l'assenza di confronti, l'inconsapevole sintonia di vedute o l'inadeguata considerazione di avanguardie.

In quest'ordine di idee, le proiezioni della « Scuola sociale del diritto », maturata in Italia nell'ultimo ventennio dell'Ottocento, offrono uno scenario paradigmatico, ricco di contaminazioni, derivazioni e suggestioni, corrispondenze e coincidenze, ma anche si-

lenzi e indifferenze ⁽¹⁾. Quando nel 1881, in un contesto ancora egemonizzato dall'ortodossia esegetica, Vadalà-Papale (1854-1921), Cimbali (1855-1887), Gianturco (1857-1907) e Brini (1856-1941) vibravano i primi colpi di un'offensiva destinata a scuotere le certezze della tradizione napoleonica ⁽²⁾, si profilava, per la cultura giuridica europea, una nuova era, l'alba di una « nuova tendenza », « positiva » e « sociale » ⁽³⁾, di una « nuova fase del diritto civile » ⁽⁴⁾. Pur nella diversità dei toni, dei temi e delle appartenenze disciplinari, al cuore di questi primi interventi, simultanei benché indipendenti, stavano la ridefinizione in senso pluralistico del quadro delle fonti, la rifondazione dello statuto epistemologico del giurista e il ripensamento in chiave solidaristica del diritto privato, quali dirette conseguenze dell'inadeguatezza di un assetto legislativo, assiologico e culturale superato dai cambiamenti sociali, dallo sviluppo economico, dai progressi della scienza ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Già in F. MAZZARELLA, *Darwinismo, storicismo, socialità. La « nuova tendenza » di Giuseppe Vadalà-Papale*, in « Quaderni fiorentini », 41 (2012), pp. 583-626, si è proposta questa denominazione di « Scuola sociale del diritto » (p. 591), anziché quella tradizionale di « Socialismo giuridico », proprio per neutralizzare le implicazioni derivanti da una mistificante classificazione di carattere politico-ideologico. Sul punto, e più in generale per una visione d'insieme del movimento, P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* ». *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo. 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 95-99.

⁽²⁾ G. BRINI, *Saggio d'istituzioni del diritto civile italiano. Introduzione e programma*, in « Archivio giuridico », 26 (1881), pp. 544-580; E. CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*, Prolusione letta nella Regia Università di Roma il 25 gennaio 1881, Roma, Bocca, 1881, poi in Id., *Studi di diritto civile*, Torino, Utet, 1900², pp. 1-29; E. GIANTURCO, *Gli studii di diritto civile e la quistione del metodo in Italia*, 1881, in Id., *Opere giuridiche*, Roma, La Libreria dello Stato, 1947, vol. I, pp. 3-19; G. VADALÀ-PAPALE, *Il Codice civile italiano e la scienza*, Napoli, Morano, 1881. La coincidenza temporale degli interventi caduti nel 1881 è stata in più occasioni rilevata dalla storiografia: si vedano ad esempio P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 13-22, e N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, Utet, 1990, pp. 10-25.

⁽³⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *La nuova tendenza del diritto civile in Italia*, in « Rivista di Giureprudenza di Trani », 8 (1883), poi Trani, Giovinazzo, 1883.

⁽⁴⁾ E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali* (1885), Torino, Utet, 1895³.

⁽⁵⁾ Deliberatamente, avendo con il presente lavoro inteso privilegiare i profili metodologici, si è scelto di non entrare nel campo dei temi, dei contenuti e delle

Intrisa di sociologia e darwinismo, positivismo e storicismo, evoluzionismo e organicismo, la « civilistica neoterica » (6) si incuneava tra Egesi e Pandettistica, rivendicando per l'Italia una svolta metodologica e sollecitando un allontanamento « dagli estremi opposti in cui si rompono la dottrina francese e la tedesca », al fine di trovare principi congeniali « all'indole del nostro spirito e delle nostre tradizioni nazionali » (7). Riguadagnato un posto di primo piano tra le fonti, il giurista avvertiva la responsabilità della sua funzione sociale, si affiancava al legislatore quale organo di manifestazione del giuridico, strumento di lettura del diritto e di adeguamento della legge. Con la conseguenza, in primo luogo, di sentirsi legittimato a propugnare, mediante scritti, note, decisioni e progetti, una riforma della legislazione in grado di rispecchiare l'evoluzione dei rapporti economico-sociali, di risolvere « i problemi in rispondenza alle esigenze scientifiche, economiche e sociali della vita contemporanea » (8).

Che non si fosse in presenza di semplici anticipazioni, pre-

proposte di riforma, di ispirazione solidaristica, avanzate dagli esponenti della « Scuola sociale ». Per un quadro esemplificativo si rinvia a MAZZARELLA, *Darwinismo, storicismo, socialità*, cit., pp. 612-626. Sulle origini della « doctrine du solidarisme », decisamente ramificate ma comunemente ricondotte a L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, Colin et C^{ie}, 1896, si vedano, per farsi un'idea, P. RÉMY, *La genèse du solidarisme*, e P. MAZET, *Le courant solidariste*, entrambi in *Le solidarisme contractuel*, sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, Paris, Economica, 2004, rispettivamente pp. 3-11 e 13-24. Cfr. inoltre M. BORGETTO, *La doctrine solidariste de Léon Bourgeois: une nouvelle définition des rapports entre le politique, le social et le droit*, in *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République*, sous la direction de C.-M. Herrera, Paris, Kimé, 2003, pp. 35-56, e J. DONZELOT, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1984, specialmente pp. 73-120.

(6) GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., pp. 15-16.

(7) CIMBALI, *Lo studio del diritto civile*, cit., pp. 17-18. Sulle inquietudini, dalla fine dell'Ottocento, di una parte della civilistica italiana, divisa tra fedeltà alla tradizione e ricerca di un metodo 'nazionale', si vedano in particolare A. CAVANNA, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento*, in *Studi di storia del diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 719-753, e G. CAZZETTA, *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, in « *Quaderni fiorentini* », 40 (2011), *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, pp. 781-812.

(8) A. TORTORI, *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, in « *La scienza del diritto privato* », 3 (1895), p. 569.

messe di un movimento di là da venire, ma degli elementi fondanti di una Scuola in piena regola, sostenuta da decine di giuristi, attraversata da correnti e orientamenti, dotata di periodici e riviste, apparve chiaro fin dal principio, in primo luogo a coloro che la classificarono, forse anche per 'esorcizzarne' la portata 'eversiva', sotto la « falsante » etichetta di « Socialismo giuridico » (9). Quella lanciata dai « neoterici » era una pietra che agitava le acque calme dello stagno legalistico, sollevando un'onda destinata a incrociare le omologhe tendenze che andavano germogliando, a cavallo del secolo, nei diversi angoli del continente europeo. Un incontro obbligato, sul piano delle suggestioni, dei contenuti e del metodo, ma non sempre consumato, dichiarato, formalizzato; un dialogo 'a distanza', non perché tra luoghi geograficamente lontani, ma perché in buona parte maturato senza la piena consapevolezza dei suoi protagonisti.

2. *'Eterodossie' europee al volgere dell'Ottocento. L'incompiuta consapevolezza di un orizzonte comune.*

Nell'intrecciare i motivi del positivismo scientifico, dello storicismo, della sociologia e dell'organicismo, l'esperienza italiana abbracciava molti di quegli stessi temi e forniva molti di quegli stessi spunti che avrebbero contraddistinto la « libera ricerca scientifica » e il « movimento del diritto libero », celebrati quali prodotti della cultura francese e tedesca (10). Ma nonostante le prime significative riflessioni di Ehrlich (1862-1922) risalgano al 1888 (11), i cosiddetti manifesti del « Freirecht » al 1903 e al 1906 e i primi lavori

(9) « Falsante » è l'aggettivo suggerito da GROSSI, *“La scienza del diritto privato”*, cit., p. 95, per qualificare la formula coniata da A. LORIA, *Socialismo giuridico*, in « La scienza del diritto privato », 1 (1893), pp. 519-527, poi in Id., *Verso la giustizia sociale (idee, battaglie ed apostoli)*, Milano, Sel, 1908², pp. 485-491. Sulle « strategie immunitarie » attivate dalla civilistica italiana P. FEMIA, *Sulla civilistica italiana del primo Novecento. Alcuni quadri e una cornice*, in *Novecento giuridico: i civilisti*, a cura di P. Perlingieri e A. Tartaglia Polcini, Napoli, ESI, 2013, pp. 33-103.

(10) L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 209-211, e Id., *Diritto libero*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, vol. VI, Torino, Utet, 1990, pp. 279-284.

(11) E. EHRLICH, *Über Lücken im Rechte*, in « Juristische Blätter », 17 (1888), pp. 447-630.

metodologici di Saleilles (1855-1912), Lambert (1866-1947) e Géný (1861-1959) al 1890, al 1893 e al 1899, i riferimenti ai giuristi italiani, a parte qualche sporadica citazione, sarebbero stati assai marginali, per non dire assenti ⁽¹²⁾.

Ancora nel 1910, a quasi trent'anni dall'inizio della scuola italiana, Kantorowicz (1877-1940) avrebbe ritenuto, dopo aver ricostruito le origini della « Freirechtsbewegung » e ricordato i nomi dei « moderni » giuristi provenienti dalla Germania e dalla Francia, di poter sorvolare, in ragione della scarsa notorietà, su « die italienischen, belgischen, holländischen, russischen Namen » ⁽¹³⁾. Qualche anno prima, nel 1903, Ehrlich aveva annoverato fra i 'compagni' stranieri il solo Géný ⁽¹⁴⁾, mentre nel 1906 lo stesso Kantorowicz aveva concluso che soltanto dopo Stammler (1865-1938) ed Ehrlich « erheben sich von allen Seiten, aus Theorie und Praxis, in Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, im öffentlichen und Privat-Recht, in Deutschland und Frankreich Stimmen, die, täglich an Zahl und Entschiedenheit zunehmend, der Jurisprudenz die Umkehr predigen » ⁽¹⁵⁾.

Il punto è che, esaminando in controluce i nessi fra le tendenze italiane, quelle francesi e quelle tedesche, emergono talmente tanti

⁽¹²⁾ Qualche 'timida' citazione soprattutto nei francesi, ad esempio in É. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, tome I, *Les Conceptions étroites ou unilatérales*, Paris, Giard & Brière, 1903, p. 59, in F. GÉNY, *Science et Technique en droit privé positif*, Première Partie, Paris, Sirey, 1914, p. 35, nota 2, e in R. SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, in *Le Code civil. 1804-1904. Livre du centenaire* (Paris, Rousseau, 1904), Paris, Dalloz, 2004, pp. 111-114.

⁽¹³⁾ H. KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, in *Verhandlungen des Ersten deutschen Soziologentages vom 19.- bis 22. Oktober 1910 in Frankfurt am Main*, Tübingen, Mohr, 1911, p. 275 e ss., poi in Id., *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, herausgegeben von T. Würtenberger, Karlsruhe, Müller, 1962, p. 125. A p. 134, nota 27, egli avrebbe ricordato solo, quali esponenti della « concezione sociologica del diritto », Brini e « die italienischen Anhänger der „soziologischen“ Strafrechtsschule, Ferri, Garofalo ».

⁽¹⁴⁾ E. EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903, Leipzig, Hirschfeld, 1903, pp. IV-V.

⁽¹⁵⁾ GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Winter, 1906, poi in Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, cit., p. 14.

punti di contatto, concreti, specifici, costitutivi e sostanziali, che non sembra di poter classificare le prime in termini di isolate e occasionali intuizioni, come si usa fare ad esempio per gli spunti di Bülow (1837-1907) ⁽¹⁶⁾ e di Jhering (1818-1892) ⁽¹⁷⁾, né considerare gli italiani come meri « precursori » della « Freirechtsbewegung » ⁽¹⁸⁾, come si fa per Adickes (1846-1915) ⁽¹⁹⁾ e Kohler (1849-1919) ⁽²⁰⁾. Cimbali non è Ehrlich, Vadalà-Papale non è Gény, D'Aguzzo (1862-1908) non è Kantorowicz e Simoncelli (1860-1917) non è Fuchs (1859-1929), ma tutti percepiscono la complessità di un universo — reale, sociale, economico, storico o etico — che sfugge alla semplicistica uniformità abbozzata dal legislatore, tutti condividono le stesse premesse storicistiche, tutti chiedono di tornare a un diritto che sia sostanza, di rivitalizzare il collegamento fra il giuridico e il sociale: l'orizzonte nel quale si muovono è quello di un diritto che trascende l'involucro legislativo, affinché la legge cessi di essere fonte e diventi specchio di un diritto che vive di vita propria,

⁽¹⁶⁾ O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt* (Leipzig, Duncker & Humblot, 1885), Berlin, BWV, 2003, pp. 1-43. Si veda, volendo, la traduzione *Legge e ufficio del giudice*, a cura e con postfazione di P. Pasqualucci, in « Quaderni fiorentini », 30 (2001), pp. 199-254. Come « un precursore » del movimento del diritto libero lo scritto del 1885 di Bülow è considerato da K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, Springer, 1960, trad. it. *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 82. Ma sulle ragioni di una sua possibile 'mitizzazione' cfr. T. HENNE, C. KRETSCHMANN, *Ein Mythos der Richterrechtsdiskussion: Oscar Bülow, Gesetz und Richteramt (1885)*, in « Ius Commune », 26 (1999), pp. 211-237.

⁽¹⁷⁾ In particolare R. VON JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1891⁴, trad. it. *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, Sansoni, 1954, specialmente pp. 269-408. È proprio in ragione della sua attenzione verso il « tatsächliches Recht », infatti, che Jhering è sovente considerato come « il fondatore della giurisprudenza sociologica », come il precursore tanto del « movimento del diritto libero » quanto della « giurisprudenza degli interessi » (M. LOSANO, *Introduzione a R. von Jhering, Lo scopo nel diritto*, Torino, Einaudi, 1972, pp. XLI e LXIV-LXIX).

⁽¹⁸⁾ « Generazione dei precursori » è espressione di LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 229.

⁽¹⁹⁾ F. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, Cassel & Göttingen, Wigand, 1872.

⁽²⁰⁾ J. KOHLER, *Über die Interpretation von Gesetzen*, in « Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart », 13 (1886), pp. 1-61. Si veda, su questo ruolo di Kohler, K. RIEBSCHLÄGER, *Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, pp. 27-32.

all'interno di un quadro delle fonti per forza di cose improntato alla pluralità e alla giurisprudenzialità ⁽²¹⁾.

Si è dunque dinanzi a un contesto storico, con i suoi risvolti economici, politici, sociali e scientifici, che impone ai giuristi, almeno ai « juristes inquiets », una riflessione non più procrastinabile, dalla quale discendono scelte metodologiche, proposte di riforma, nuove concezioni dello Stato ⁽²²⁾. Al di là delle citazioni e dei reciproci riconoscimenti, le componenti eterodosse della cultura giuridica europea convergevano su un terreno comune, condividevano, forse inconsapevolmente, il disagio per ogni forma d'immobilismo (« si agitano pure, spargendo dappertutto grida di allarme e di spavento, gl'*immobilisti* della scienza », era la sfida di Cimbali) ⁽²³⁾, l'insofferenza per un quadro 'assolutizzato' dalla fonte legislativa, la critica verso un diritto improntato all'individualismo ⁽²⁴⁾. Potrà forse non palesarsi un formale dialogo tra i protagonisti, ma esistono eccome una sensibilità comune, una convergenza di metodo, una contaminazione d'idee, che impongono di misurare, prima dell'influenza che il movimento del diritto libero ebbe in Italia, quella che la neoterica italiana ebbe, se non diretta-

⁽²¹⁾ Interessante, in questo senso, la prospettiva d'insieme adottata già da E. DI CARLO, *Dei nuovi metodi d'interpretazione della norma positiva di diritto*, in « Il Circolo giuridico », 42 (1911), pp. 253-283; ivi, 43 (1912), pp. 80-94 e 329-337; ivi, 45 (1914), pp. 66-74.

⁽²²⁾ M.-C. BELLEAU, *Les juristes inquiets: classicisme juridique et critique du droit au début du XX^e siècle en France*, in « Les Cahiers de Droit », 40 (1999), pp. 507-544.

⁽²³⁾ E. CIMBALI, *Le obbligazioni civili complemento e funzione della vita sociale*, Prolusione letta il 25 gennaio 1887 nella R. Università di Messina, in Id., *Studi di diritto civile*, cit., p. 318. Su Cimbali, oltre a GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., pp. 20-24 e 35-39, cfr. A. DI MAJO, *Enrico Cimbali e le idee del Socialismo giuridico*, in « Quaderni fiorentini », 3-4 (1974-75), *Il "Socialismo giuridico". Ipotesi e letture*, tomo I, pp. 384-429.

⁽²⁴⁾ « Una profonda ispirazione comune, più importante dei dissensi », basata sulla « scoperta della non sopprimibile né rifiutabile, necessaria libertà del giurista nel trovare il diritto », come scrive LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 209-216. Utile, per districarsi tra formalismo interpretativo e varianti del gius-realismo, M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 1-21.

mente sul movimento del diritto libero, per lo meno sul clima culturale dell'Europa di fine Ottocento (25).

3. *La riconfigurazione delle coordinate culturali e la ricollocazione del punto d'osservazione del giurista.*

Ferma restando l'originalità, in ciascun indirizzo e perfino in ciascun interprete, del quadro culturale di riferimento, sembra affiorare, nella considerazione del giurista 'moderno', un diverso ordine di priorità, all'interno del quale, 'smontate' le semplificazioni del feticcio statualistico, i fatti economici e sociali tornano ad assumere una posizione di preminenza (26). All'origine delle sollecitazioni che innescavano la ricerca d'indirizzi alternativi a quelli dominanti era in primo luogo la « disarmonia » tra « leggi » ed « esigenze della moderna società » (27), lo scarto tra l'impianto normativo di tradizione napoleonica, pensato per un'economia agraria-

(25) Sembra invece radicata l'idea, esposta ad esempio da K. MUSCHELER, *Relativismus und Freirecht. Ein Versuch über Hermann Kantorowicz*, Heidelberg, Müller, 1984, p. 132 e nota 184, o da N. BOBBIO, *Introduzione* a H. Kantorowicz, *La definizione del diritto*, Torino, Giappichelli, 1962, pp. 5-14, secondo la quale la cultura giuridica italiana avrebbe solo raccolto, nel Novecento, gli spunti dei giuristi francesi e tedeschi; l'idea, sintetizzata già da R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, Einaudi, 1987, pp. 84-90 e 103-132, secondo la quale i « movimenti di rivolta contro il formalismo » che più avrebbero contribuito all'affermarsi di una concezione sociologica del diritto avrebbero avuto la loro patria in Francia e in Germania, solo dopo seguiti dagli italiani (Ascarelli, Ascoli, Cesarini Sforza, Mossa), mentre quelle del cosiddetto « socialismo giuridico » sarebbero state anticipazioni, al più « un precedente dell'odierna sociologia del diritto » (p. 86).

(26) Per una prospettiva storica tesa a ripercorrere il mutevole atteggiarsi del rapporto tra fatto e diritto cfr. M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, con le precisazioni, volendo, che si è avuto modo di suggerire in F. MAZZARELLA, *Fatto e diritto. Tradizione e progetto. « Territori di confine »*, in « Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo », 54 (2010-2011), pp. 181-199. Sulle semplificazioni vagheggiate dal modello liberale di Stato di diritto sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *La semplicità immaginaria. Apogeo e crisi dello Stato liberale di diritto*, in « Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica », 16 (2011), *Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*, pp. 57-79, e Id., *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*, in « Quaderni fiorentini », 41 (2012), pp. 329-397.

(27) Come si legge nelle pagine introduttive al primo numero de « La scienza del diritto privato » (1893), vergate dai due Direttori Giuseppe D'Aguianno e Alfredo Tortori.

ria, imperniato sulla proprietà e cucito a misura di individuo, e una realtà socio-economica di impronta industriale, articolata in classi sociali e gruppi d'interesse, attraversata da logiche organizzative e collettive, pluralisticamente divisa, come notava Gianturco, in identità soggettive differenziate e « disuguali »: « usurai » e « popolani », « proprietari » e « contadini », « imprenditori » e « operai » (28). La rivoluzione culturale ottocentesca — che attraverso il positivismo scientifico e la sociologia, il darwinismo sociale e l'evoluzionismo, l'analisi economica e il socialismo, spostava il punto d'osservazione dall'idea al fatto, dai concetti alla realtà, dalla legge alla società — metteva a nudo « l'errore del nostro Codice di porre l'individuo come centro di tutti i diritti » e di considerare « tutti i rapporti d'ordine pubblico e privato e tutti i vari istituti giuridici [...] esclusivamente sotto il punto di vista dell'utilità che possono rendere all'individuo » (29).

Deposte le lenti deformanti dell'individualismo giuridico (la « metafisicheria » dell'« individuo isolato » (30)), gli 'evoluzionisti' italiani 'misuravano' i cambiamenti della società, la cui fisionomia, in continua trasformazione al pari di qualunque organismo vivente, usciva stravolta dal processo d'industrializzazione, rinnovata dai « progressi dell'industria e dei mezzi di comunicazione », ammodernata dall'« introduzione delle macchine » e della « grande indu-

(28) E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, 1891, poi in Id., *Opere giuridiche*, cit., vol. II, pp. 262-269. Significative, per misurare il cambiamento, le riflessioni d'inizio secolo di E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912. Sulla figura di Emanuele Gianturco cfr. gli scritti contenuti in *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, Liguori, 1987. Si rinvia inoltre a F. TREGGIARI, *Emanuele Gianturco*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, ottava appendice, *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 413-416, e Id., *Emanuele Gianturco: l'educazione di un giurista (Aspetti dell'insegnamento del diritto in Italia tra Otto e Novecento)*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 1986, pp. 1235-1276.

(29) G. D'AGUANNO, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile secondo le risultanze delle scienze antropologiche e storico-sociali con applicazioni pratiche al Codice vigente*, Torino, Bocca, 1890, p. 19.

(30) TORTORI, *Individualismo e socialismo*, cit., p. 592. Su Tortori GROSSI, «La scienza del diritto privato», cit., pp. 75-88.

stria »⁽³¹⁾. « Anziché individui fisici che operino isolatamente e di per sé » — sottolineava Cimbali — « l'apparato fisiologico del corpo sociale » presentava « istituzioni conformate alla guisa di altrettanti organi, il cui tessuto è composto di persone e di beni, d'individui e di patrimonio ai medesimi aderente e coagulato, come le membra e i tessuti dei corpi organici constano, senza eccezione, di cellule e di materie intercellulari »⁽³²⁾.

L'individuo conservava un ruolo primario « nella composizione dei tessuti ed organi sociali », ma si realizzava ora all'interno di gruppi e di organizzazioni, di « unità socialmente attive », consistenti in « combinazioni di personale e di patrimonio »⁽³³⁾. « La tendenza all'associazione del capitale e del lavoro », « le manifestate società del capitale e dell'industria, le continue associazioni per il maggiore sviluppo individuale » legittimavano la profezia di una « civiltà moderna », nella quale « l'individualismo andrà a scomparire per cedere il posto alle *istituzioni sociali* »⁽³⁴⁾. Senza collegarsi « ad altri individui » — sintetizzava perciò D'Aguanno — la « persona singola » sarebbe stata « tanto più insufficiente [...] quanto più l'organismo sociale è complesso »: solo organizzandosi in « molteplici associazioni proponentisi scopi industriali, scientifici, letterari, commerciali, di beneficenza, di mutuo soccorso », l'individuo avrebbe acquistato « nuova forza per lottare nelle battaglie della vita », mentre « coi principii puri dell'individualismo, col selfgovernment a cui pare informato il nostro codice », si sarebbe caduti « inevitabilmente nel dominio della forza »⁽³⁵⁾.

Nel 1892, intervenendo sul tema della 'socializzazione' del

⁽³¹⁾ G. D'AGUANNO, *La riforma integrale della legislazione civile*, in « La scienza del diritto privato », 1 (1893), p. 43.

⁽³²⁾ E. CIMBALI, *La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria*, in « Archivio giuridico », 1 e 2 (1884), poi in Id., *Studi di diritto civile*, cit., p. 52.

⁽³³⁾ Ivi, pp. 52-53.

⁽³⁴⁾ G. VADALA-PAPALE, *Darwinismo naturale e darwinismo sociale. Schizzi di scienza sociale*, Roma-Torino-Firenze, Loescher, 1883, p. 393.

⁽³⁵⁾ D'AGUANNO, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, cit., pp. 157-158. Sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *D'Aguanno Giuseppe*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, curato da E. Cortese, I. Biocchi, A. Mattone e M. Miletti, Bologna, il Mulino, 2013, vol. I, pp. 627-628.

diritto privato, Ehrlich sembrava muovere dalle medesime premesse, confermava la distanza tra « Rechtsordnung » e « Geiste der Zeit », tra la « archaisierende Tendenz der Rechtsordnung » e l'inarrestabile evoluzione di tutto ciò che non aveva forma legislativa: « der Körperbau, die Intelligenz und das Gefühlsleben, die Religion, Sprache, Literatur, Sitten und Gebräuche »⁽³⁶⁾. La società industriale presentava una struttura profondamente diversa da quella idealizzata al principio del secolo e « die heutige Privatrechtsordnung » risultava chiaramente in contrasto « mit der Produktionsweise und den sozialen Verhältnissen unserer Zeit »⁽³⁷⁾: « die Fortschritte der Technik und Ökonomik », come Ehrlich sarebbe andato ripetendo fino alla *Grundlegung* del 1913, avevano accresciuto il potere della classe proprietaria e spinto i lavoratori a riunirsi in associazioni, in un contesto gremito di fabbriche, ferrovie, imprese⁽³⁸⁾; un tessuto connettivo intersecato da « Käufe, Mieten, Pacht-, Dienst- und Lohnverträge »⁽³⁹⁾; uno spazio sociale popolato non solo da famiglie, ma da « Aktiengesellschaften, Transportunternehmungen, Genossenschaften, Banken, Börse, Terminhandel », nel quale « anders als einst steht heute der Herr dem Diener, der Unternehmer dem Eigentümer, der Erzeuger dem Kunden gegenüber »⁽⁴⁰⁾.

Le « créations d'ordre économique », come tra il 1899 e il 1904 constatava Saleilles, avevano sconvolto « les rapports juridiques entre le capital et le travail, entre ceux qui produisent et ceux qui consomment », generando diritti e bisogni nuovi, determinando, secondo un processo causale che dipendeva in pari misura da « certaines découvertes sociologiques », il delinarsi di un ordine

⁽³⁶⁾ E. EHRLICH, *Die soziale Frage im Privatrechte*, in « Juristische Blätter », 21 (1892), pp. 97-135, poi in Id., *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, herausgegeben von M. Reh binder, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, p. 24.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 26.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*.

⁽³⁹⁾ E. EHRLICH, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, Inaugurationsrede, gehalten am 2. Dez. 1906, Leipzig und Wien, 1907, poi in Id., *Gesetz und lebendes Recht*, cit., p. 129.

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*. Concetti ancora ripetuti in E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1913), unveränderter Neudruck München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1929, cap. XVII, p. 316.

sociale sempre più improntato a logiche di « solidarité », anziché a spazi d'« indépendance » governati da isolate « individualités » (41). Con le sue coagulazioni organizzative, la struttura sovra-individuale della società rendeva la persona « conditionnée et délimitée par l'intérêt collectif du groupe », postulando una rete protettiva indirizzata « non plus à l'individu abstrait, considéré sous le rapport de son développement virtuel, mais aux êtres vivants et concrets dont se compose le groupe qui la constitue » (42).

In questo contesto — proseguiva Saleilles — anziché piegarsi al « monde nouveau », alle « transformations économiques et sociales », il diritto sembrava rimanere immobile, la dottrina e la giurisprudenza avvitarci intorno alla « volonté stricte du législateur de 1804 » (43). Mentre il modello codicistico rimaneva aggrappato « fermement au règne exclusif et suffisant de la loi (écrite) » (44), riproducendo l'immagine di una società agraria, semplice e individualistica — rilanciava nel 1900 Gény — « tous les progrès de l'industrie et du commerce contemporains, les transformations d'ordre économique, les suggestions des besoins actuels » avevano determinato nel XIX secolo « tout un renouveau d'organisation sociale » (45), evidenziando « l'immense complexité », « la mouvance incessante », « l'inépuisable richesse et la prestigieuse variété », « l'essence complexe et mouvante de la vie sociale » (46). Era a fronte di « cette fondamentale discordance entre le Droit positif et la vie soumise à son empire », che diventava indispensabile ridefinire

(41) R. SALEILLES, *Préface* a F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Chevalier-Maresq, 1899, pp. II-III. Si veda, su questi specifici profili, F. TELLIER, *Le droit à l'épreuve de la société. Raymond Saleilles et l'idée du droit social*, in « Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique », 20 (1999), pp. 147-177. E sul rinnovamento della scienza giuridica francese, al « tournant » del secolo, C. JAMIN, *L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles*, in « Revue trimestrielle de droit civil », 1994, pp. 815-827.

(42) SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., pp. 110-111.

(43) SALEILLES, *Préface*, cit., p. III.

(44) F. GÉNY, *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle. Discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de l'Université de Dijon. Le 8 novembre 1900*, Dijon, Venot, 1900, p. 15.

(45) Ivi, p. 11.

(46) Ivi, pp. 14, 21 e 27.

il quadro delle fonti ⁽⁴⁷⁾, riformulare il concetto di « droit positif », ripensare la stessa nozione di diritto, non più concepibile « comme une discipline simplement autoritative », « un ensemble arbitraire, mis en œuvre par un art de chicane » ⁽⁴⁸⁾.

« La solidarité sociale » — annotava dunque nel 1904 Lambert — imponeva ai giuristi di diffondere « l'inquiétude du devenir social » ⁽⁴⁹⁾. Il giurista non poteva chiudersi in una torre eburnea, vivacchiare « entre les murs d'un amphithéâtre universitaire », indifferente alle « manifestations de la vitalité mobile des groupes sociaux », incapace di neutralizzare le « multiples causes d'erreur qui risquent de fausser les résultats de l'observation sociologique », di comprendere « les origines et les raisons d'être des malaises de l'organisme social », di registrare « les effets produits pour chaque intervention législative » ⁽⁵⁰⁾. Chiamato a un ruolo da protagonista, egli avrebbe dovuto governare il nuovo quadro economico-sociale

⁽⁴⁷⁾ Ivi, p. 10.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, p. 11. Ha messo puntualmente a fuoco il nesso tra « coscienza della complessità del reale » ed esigenza di rinnovamento epistemologico e metodologico P. GROSSI, *Ripensare Gény*, in « Quaderni fiorentini », 20 (1991), poi in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 157-170. Per un quadro introduttivo C. JAMIN, *Dix-neuf cent: crise et renouveau dans la culture juridique*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, publié sous la direction de D. Alland et S. Rials, Paris, Puf, 2003, pp. 380-384, e N. HAKIM, F. MELLERAY, *La Belle Époque de la pensée juridique française*, in *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, études réunies par N. Hakim et F. Melleray, Paris, Dalloz, 2009, pp. 1-12.

⁽⁴⁹⁾ É. LAMBERT, *Le droit civil et la législation ouvrière. La fonction dynamique de la jurisprudence et l'interprétation sociologique du droit*, in « Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger », 1904, pp. 152-166, 241-249 e 451-463, ora in É. Lambert, N. Hakim, *Le droit civil et la législation ouvrière*, Paris, Dalloz, 2013, p. 3. Ma sulla distinzione, anche in Francia, tra « socialismo giuridico », contraddistinto dalla matrice ideologica, e tendenze sociali e sociologiche del solidarismo, cfr. A.-J. ARNAUD, N. ARNAUD, *Le socialisme juridique à la 'Belle Époque': visages d'une aberration*, in « Quaderni fiorentini », 3-4 (1974-75), *Il "Socialismo giuridico"*, cit., pp. 26-54. Si legga, per un'introduzione sui giuristi 'militanti' francesi, F. AUDREN, *Pistes pour une histoire intellectuelle des juristes socialistes sous la III^e République*, in « Cahiers Jaurès », 156 (avril-juin 2000), *Socialismes des juristes*, pp. 5-12. E da ultimo D. DI CECCA, « Il socialismo dei giuristi ». *Per una ricerca sul socialismo giuridico francese*, in « Historia et ius », 3 (2013), pp. 1-10.

⁽⁵⁰⁾ LAMBERT, *Le droit civil et la législation ouvrière*, cit., p. 8.

immergendosi nella realtà, contaminandosi con i fatti, aprendosi alle scienze sociali sdoganate dal positivismo: avrebbe dovuto essere « économiste », « sociologue », « politiciens du droit » ⁽⁵¹⁾.

A distanza di qualche anno, nel 1908, Fuchs poteva così suggerire di intraprendere un viaggio immaginario « durch Deutschland vor hundert Jahren », per misurare quanto fosse lontano il contesto economico e sociale del primo Ottocento — con la lentezza del servizio postale e dei mezzi di trasporto, il « dorfähnlichen Charakter » degli insediamenti urbani, il sistema chiuso della produzione agraria, l'« handwerksmäßigen Charakter der Großindustrie und des Handels » — da quello d'inizio Novecento, rinnovato dai progressi « der Technik und Industrie, des Verkehrswesens, der Eisenbahnen und Seeschiffahrt, der Telegraphie und Telephonie », trasformato dall'incremento « der Eisen-, Stahl- und Steinkohleproduktion », complicato dallo sviluppo « des Großhandels und des Bankwesens », dall'aumento « der literarischen und künstlerischen Produktion », dalla « moderne Arbeiter- und Gewerkschaftsbewegung » ⁽⁵²⁾. Erano cambiati « der wirtschaftliche und soziale Organismus der modernen Völker, ihr Handel, ihre Industrie, ihre Krediteinrichtungen, ihre Vergesellschaftungen im weitesten Sinn » ⁽⁵³⁾. Era cambiata, insieme all'economia, la fisionomia sociale, che si era allontanata da un modello basato su relazioni unilineari tra individui per articolarsi in formazioni sociali complesse e assestarsi su una « Neuordnung, die an Stelle lebendiger Beziehungen von Person zu Person innerhalb eines kleinen Kreises einander bekannter Menschen ein kunstvolles System von unpersönlichen Beziehungen setze und die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit in eine Summe von Vertragsabschlüssen auflöste » ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵¹⁾ Ivi, pp. 7-8. Cfr. S. CAPORAL, *Édouard Lambert, Théoricien de la Jurisprudence Sociologique*, in « Acta Universitatis Danubius. Juridica », 2009, 5, pp. 185-218.

⁽⁵²⁾ E. FUCHS, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, Berlin, Heymanns, 1908, poi in Id., *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre*, Karlsruhe, Müller, 1965, p. 66. Un autentico « pioneer in the *Freirechtsschule* », come definito da J. BOARDMAN, *Fuchs, Ernst (1859-1929)*, in *Encyclopedia of Law & Society. American and Global Perspectives*, edited by D.S. Clark, Thousand Oaks, California, Sage, 2007, vol. II, pp. 606-607.

⁽⁵³⁾ FUCHS, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 65.

⁽⁵⁴⁾ Ivi, p. 66.

Quello che obiettivamente sembrava non mutare — conveniva anche Fuchs — era il diritto, non solo sul piano della disciplina legislativa, ma anche e soprattutto sul piano della metodologia, delle categorie, delle tecniche. Mentre il mondo cambiava, l'economia progrediva, i trasporti acceleravano e gli scambi si intensificavano, la cultura giuridica rimaneva abbarbicata ai vecchi canali di produzione giuridica, ferma a logiche e tecniche « risalenti al Medio Evo ». Anziché aprirsi alle mutevoli esigenze della società, alla ricerca di processi di evoluzione giuridica che la rendessero « modern-naturwissenschaftlich und erfahrungsgemäß-induktiv », la scienza giuridica rimaneva « historisch-philologisch und konstruktiv-deduktiv », ancora succube dei paragrafi, ancora vittima dell'antica metodologia « des mos Italicus: Praemitto, scindo, summo casumque figuro. Perlego, do causas, connoto, objicio »⁽⁵⁵⁾.

4. *Pluralità di formule, affinità di sostanza: diritto storico-sociale, diritto vivente, diritto libero, diritto naturale.*

Sono queste premesse, scaturite dall'incontro tra il nuovo statuto scientifico e la realtà economico-sociale, a favorire lo sviluppo di una concezione dinamica del diritto, incentrata, in omaggio a un principio storico-evolutivo, sui canoni della concretezza e del movimento. L'immagine del « diritto vivente », legata a doppio filo alle figure di Ehrlich e di Géný, non era che la conseguenza di una diversa considerazione della realtà, della promozione dei fatti economici e sociali a punto di partenza dell'indagine giuridica, dell'applicazione al diritto delle nuove conoscenze scientifiche⁽⁵⁶⁾. Non era che l'autorevole prosecuzione, sotto questo profilo, dell'itinerario riflessivo avviato dai 'moderni' italiani, ai quali geneticamente apparteneva, per formazione scientifica e sensibilità culturale, l'idea di un diritto in movimento, di un giuridico in divenire.

« Il diritto è la vita » — era una delle massime care a Cimbali — « e come nella vita, essendo questa sempre in continuo divenire »,

⁽⁵⁵⁾ Ivi, pp. 66-68.

⁽⁵⁶⁾ Se ne possono apprezzare i caratteri salienti nella voce *Droit vivant*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la direction de A.-J. Arnaud, Paris, LGDJ, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, pp. 118-120.

mutavano il « numero », la « qualità », il « grado d'integrazione e di specificazione » degli « elementi » che la costituivano, « del pari, nell'organismo del Diritto, debbono riflettersi con perfetta rispondenza cotali mutamenti: esso perciò deve, per virtù di continua evoluzione, trasformarsi continuamente »⁽⁵⁷⁾. In quanto « prodotto sociale », « fluido nerveo dell'organismo »⁽⁵⁸⁾, « fenomeno della vita sociale »⁽⁵⁹⁾, manifestazione « dello spirito umano », il diritto ubbidiva alle leggi del « continuo movimento », del « successivo ed indefinito progresso », la sua trasformazione scorrendo parallela a quella della società, variando e progredendo, in ragione « dei bisogni della vita sociale », « in armonia colla storia e collo sviluppo della civiltà dei popoli »⁽⁶⁰⁾. Alla continua evoluzione della società, speculare a quella della natura, corrispondeva dunque il continuo adattamento del diritto, che viveva « nel popolo, nella coscienza sociale, allo stato dinamico » e che in quanto creato dalla « coscienza giuridica sociale » avrebbe dovuto riflettere le trasformazioni della realtà⁽⁶¹⁾. Il diritto era un « organismo vivente », da studiare e scoprire, mediante la sociologia e la storia, la psicologia e la scienza,

⁽⁵⁷⁾ CIMBALI, *Lo studio del diritto civile*, cit., p. 22.

⁽⁵⁸⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *La filosofia del diritto a base sociologica*, in « Il Circolo giuridico », 16 (1885), p. 176. Sull'immagine dello « stato fluido » del diritto si rinvia a F. MAZZARELLA, *Un diritto « allo stato fluido »*. Note storico-giuridiche su aequitas e ragionevolezza, in « Giornale di Storia costituzionale », 11 (2006), 1, pp. 121-144, e Id., « Stato fluido » del diritto e ragionevolezza fra età moderna ed età contemporanea, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di Studi, Roma « La Sapienza », 2-4 ottobre 2006, Roma, Aracne, 2007, vol. II, pp. 359-377.

⁽⁵⁹⁾ G. D'AGUANNO, *Sull'efficacia pratica della scuola positiva di filosofia giuridica*, in « La Scuola Positiva », 1 (1891), 2, pp. 58-64.

⁽⁶⁰⁾ I. VANNI, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, 1877, dissertazione letta nell'Università di Perugia nell'anno accademico 1875-76, poi in Id., *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, a cura di G. Marabelli, Bologna, Zanichelli, 1906, p. 24. Cfr. G. D'AMELIO, *Positivismo, storicismo, materialismo storico in Icilio Vanni*, in « Quaderni fiorentini », 3-4 (1974-75), *Il "Socialismo giuridico"*, cit., pp. 431-455, e da ultimo S. BERNI, *L'evoluzionismo giuridico in Italia nel XIX secolo. Intorno ad una lettera inedita di Icilio Vanni su Salvatore Fragapane*, in « Studi Senesi », 124 (2012), pp. 124-141.

⁽⁶¹⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, in « Antologia giuridica », 7 (1893), pp. 137-173 e 201-217, poi Catania, Pansini, 1893, specialmente pp. 3-4.

« come si svolge realmente ed obbiettivamente, a traverso la molteplicità e mutabilità dei singoli rapporti, nella vita dei popoli e degli individui »; un « organismo vivente », che al pari di ogni altro organismo — naturale, biologico, sociale — respirava, progrediva, cresceva ⁽⁶²⁾.

In virtù di un arsenale scientifico rivoluzionato, dischiuso in pari misura alle scienze sociali e a quelle naturali, diventava dunque possibile, messi da canto gli idealismi e le astrattezze « in favore dell'osservazione e dell'analisi », elaborare un « nuovo concetto del diritto »: grazie all'indagine sociologica e alla ricerca storica, il fenomeno giuridico recuperava la sua profondità volumetrica e la sua forza dinamica, concretandosi, come voleva Salvioi (1857-1928), in un « processo organico e naturale il quale cresce e si sviluppa come gli idiomi, le religioni e le letterature », « un organismo prodotto da una serie di fatti e di esperimenti, legato alla società, alle abitudini, ai costumi e alla costituzione stessa di ogni nazione, all'indole dei luoghi » ⁽⁶³⁾.

Si era già chiaramente dentro quella « conception vraiment vivante du Droit positif » che avrebbe contraddistinto il pensiero di Géný ⁽⁶⁴⁾. Le sparse voci degli 'evoluzionisti' italiani, che vedevano nel diritto « una forza vivente dentro il Corpo sociale » ⁽⁶⁵⁾, preannunciavano le parole con cui, nel 1899, l'allora professore di Dijon rinnovava l'auspicio a lasciare il diritto « chose vivante », intendendo, per « vivre », « se mouvoir et se transformer »: il che, in particolare per il diritto, implicava una « parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale » ⁽⁶⁶⁾. Dall'abbraccio tra il giuridico e il sociale, chiave di volta delle nuove tendenze, procedeva quello tra il diritto e la vita, suggestivamente evocato,

⁽⁶²⁾ CIMBALI, *Lo studio del diritto civile*, cit., p. 19.

⁽⁶³⁾ G. SALVIOLI, *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano*, Prolusione al corso di storia del diritto nell'Università di Palermo, in « Il Circolo giuridico », 16 (1884), p. 84. Sia consentito rinviare, anche per la bibliografia, a F. MAZZARELLA, *Giuseppe Salvioi*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., pp. 417-421.

⁽⁶⁴⁾ GÉNY, *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 14.

⁽⁶⁵⁾ VADALÀ-PAPALE, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., p. 11.

⁽⁶⁶⁾ GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., n. 185, p. 584.

talvolta più talatra meno esplicitamente, dall'immagine del « diritto vivente ».

A pochi anni dalla sortita di Gény, nel 1903, anche Ehrlich, che del « diritto vivente » avrebbe fatto un vessillo, tornava non a caso sulla dimensione storico-sociale del fenomeno giuridico, sull'essere, il diritto, la « Grundlage der gesellschaftlichen Organisation », « nicht ein starres Dogma, sondern eine lebendige Kraft » (67). Come Cimbalì e Vadalà-Papale, D'Aguanno e Salvioli, anche Ehrlich esaltava il collegamento tra la sfera dei fatti e quella del diritto, rilevando come la « „Tatsache“ ist dem Juristen alles, was nicht oder noch nicht Recht und Rechtsverhältnis ist; aber diese Tatsachen sind bereits keimende und werdende Rechte und Rechtsverhältnisse » (68). Riferirsi ai fatti, in altri termini, significava riferirsi alla società, alla storia, al diritto innervato nelle organizzazioni sociali, perché « die erste Tatsache des gesellschaftlichen Lebens ist die Menschengruppe », di modo che tutto il diritto, da quello consuetudinario a quello giurisprudenziale, da quello legislativo a quello dottrinale, costituiva, « im Gierkeschen Sinne », prima di tutto, nelle sue radici, un diritto 'comunitaristico-sociale' (69).

La metafora del « diritto vivente », in questa prospettiva,

(67) EHRlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., pp. 9 e 27, poi di nuovo p. 34. Su questi profili, tra gli altri, A. FEBBRAJO, *E. Ehrlich dal diritto libero al diritto vivente*, in « Sociologia del diritto », 1982, pp. 137-159, e G. ROBLES MORCHÓN, *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 29-48. Più in generale M. REHBINDER, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, R. TREVES, *Introduzione alla sociologia del diritto*, Torino, Einaudi, 1980², pp. 65-84, e S. VOGL, *Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich*, Baden-Baden, Nomos, 2003, nonché, sulla diffusione della sociologia del diritto di Ehrlich, i saggi raccolti in *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, edited by M. Hertogh, Oxford and Portland, Oregon, Hart, 2009.

(68) EHRlich, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, cit., p. 105. Si è avuto modo di soffermarsi su questa 'ontologica' compenetrazione tra sfera del diritto e sfera dei fatti in MAZZARELLA, *Fatto e diritto*, cit.

(69) EHRlich, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, cit., pp. 108 e 122. Ha molto insistito su questa complementarità, nel concetto di diritto vivente, della dimensione storica e di quella sociologica, FEBBRAJO, *E. Ehrlich dal diritto libero al diritto vivente*, cit.

esprimeva al meglio, per la sua capacità di evocare i nessi con la vita, la cifra del nuovo corso storico-sociale intrapreso dalla cultura giuridica europea: il diritto era « etwas Lebendiges » — argomentava Fuchs nel 1908 — « also sich von selbst Bewegendes und sich Umbildendes »⁽⁷⁰⁾; avrebbe dovuto seguire e riflettere l'evoluzione sociale, adattarsi continuamente « den fortschreitenden Bedürfnissen des sozialen Lebens »⁽⁷¹⁾. Proprio come in passato, argomentava perciò Ehrlich, « das ganze lebende Recht auch unserer heutigen Gesellschaft läßt sich nicht in Paragraphen sperren, ebensowenig wie ein Strom in einen Teich gefaßt werden kann »⁽⁷²⁾. Il « lebende Recht » era altro dal « Gesetz »⁽⁷³⁾; era « das noch nicht in Satzungen festgelegte Recht, das aber doch das Leben beherrscht », talché le fonti della sua conoscenza erano « vor allem die moderne Urkunde, aber auch die unmittelbare Beobachtung des Lebens, des Handels und Wandels, der Gewohnheiten und Gebräuche, dann aber aller Organisationen, sowohl der rechtlich anerkannten als auch der von dem Rechte ignorierten, ja sogar der rechtlich mißbilligten »⁽⁷⁴⁾.

Il movimento del « Freies Recht », riconsiderato in questa cornice generale, si andava dunque ad attestare sulla stessa linea della « Scuola sociale del diritto », perdendo il suo specifico connotato eversivo. Come traspare già nel manifesto di Kantorowicz, il « diritto libero » scaturiva dai processi di trasformazione sociale, rappresentava, in quanto « nicht staatliches Recht », il nuovo « Naturrecht », ma in un senso profondamente diverso da quello classico, perché mentre i « giusnaturalisti moderni » avevano pensato a massime da scolpire nell'eternità, i « moderni giusnaturalisti » ipotizzavano un

(70) FUCHS, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, cit., p. 73.

(71) Ivi, p. 74.

(72) E. EHRLICH, *Die Erforschung des lebenden Rechts*, in « Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich », 35 (1911), pp. 129-147, poi in Id., *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, ausgewählt und eingeleitet von M. Rehbinder, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, p. 14.

(73) Così, a distanza di anni, ancora E. EHRLICH, *Gesetz und lebendes Recht*, in « Högaku Kyokai Zasshi », 40 (1922), 2, pp. 1-22, poi in Id., *Gesetz und lebendes Recht*, cit., pp. 228-240.

(74) EHRLICH, *Die Erforschung des lebenden Rechts*, cit., p. 19.

giuridico in costante mutamento, conformemente ai cambiamenti di una realtà socio-economica complessa come quella dei secoli XIX e XX ⁽⁷⁵⁾. La concezione di Kantorowicz era intrisa di storicismo, accoglieva « die verlassene Erbschaft aus den besseren Anfängen der historischen Schule », rifiutava la « papierene Jurisprudenz », poggiava espressamente « auf dem Boden *geschichtlicher Auffassung*..., die der Dogmatismus unwissentlich verleugnet », propugnava l'idea che tutto il diritto, incluso il « staatliches Recht », derivasse dal « libero » progredire del fenomeno giuridico ⁽⁷⁶⁾.

Era il medesimo approccio storico-sociale già adottato da Stammler, che aveva parlato di diritto naturale (« aber ein Naturrecht mit wechselndem Inhalt », vale a dire « diejenigen Rechtssatzungen, welche unter empirisch bedingten Verhältnissen das theoretisch richtige Recht enthalten ») ⁽⁷⁷⁾, e da Saleilles, che aveva ipotizzato, lungo un itinerario riflessivo maturato tra il 1890 e il 1911, l'esistenza di « un droit naturel à contenu variable », non astratto e immutabile, ma camaleontico e mutevole, non rivelato dall'alto, ma generato dai « faits sociaux », che « changent, évoluent et se transforment » ⁽⁷⁸⁾, « un droit de la nature, qui, loin de reposer sur une conception philosophique, se relierait à de pures données sociologiques » ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁵⁾ GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 16. Si veda ora, sulle forme di reviviscenza del diritto naturale tra XIX e XX secolo, l'ampio affresco di F. VIOLA, *Natural Law Theories in the Twentieth Century*, in *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 12, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, edited by E. Pattaro, C. Roversi, Berlin, Springer, 2015, pp. 1-102.

⁽⁷⁶⁾ GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., pp. 29, 27, 18.

⁽⁷⁷⁾ R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, Leipzig, Veit & Comp., 1896, p. 185.

⁽⁷⁸⁾ R. SALEILLES, *École historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, in « Revue trimestrielle de droit civil », 1 (1902), p. 99.

⁽⁷⁹⁾ SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 107. Su Saleilles ci sembrano tuttora insuperate le pagine di P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, in « Rivista di diritto civile », 39 (1993), poi in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 193-261. Fondamentale, ora, l'ampio e approfondito studio di M. SABBIONETTI, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, Giuffrè, 2010. Per un profilo biografico, scandito dalle diverse fasi dell'itinerario scientifico, A.

Nel clima culturale d'inizio Novecento, anche il diritto naturale finiva dunque per intrecciarsi con il « *droit social, dérivant du fait de la société* », procedeva dai « *rappports naturels issus de la vie sociale* », « *adéquat aux lois qui régissent la société elle-même* »⁽⁸⁰⁾; « *un droit incessamment variable et changeant* », dal momento che « *la première de toutes les lois sociales est la loi d'évolution progressive* »⁽⁸¹⁾. Giorno dopo giorno, frammento dopo frammento, il « *droit naturel* » si sarebbe trasformato sotto l'azione « *des forces sociales incessamment changeantes, sous l'influence débordante des intérêts en conflit, et des classes toujours en lutte pour la satisfaction de leurs aspirations économiques* »⁽⁸²⁾. Non c'era spazio per un catalogo astratto e definitivo, una « *idée de justice* » basata su « *un principe de vérité absolue* »⁽⁸³⁾, « *ein unbedingtes Ideal für alle Zeiten und alle Völker* », dovendosi piuttosto « *die Richtigkeit eines Rechtssatzes* » desumersi dalla conformità dei rapporti empirici « *dem allgemeingültigen Endziele des sozialen Lebens* »⁽⁸⁴⁾.

5. *Oltre la legge. Ripensare il quadro delle fonti.*

Il collegamento tra fenomeno giuridico e dimensione storico-sociale, sul quale convergevano gli evoluzionisti e i giusliberisti, i neoterici e i modernisti, rappresentava il punto di partenza, logico e scientifico, di una serie di cambiamenti di rilievo costituzionale e metodologico. La 'denuncia' del profondo iato tra piano legale e piano reale, origine e conseguenza del rinnovamento epistemolo-

ARAGONES, *Recht im Fin de siècle. Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2007, pp. 11-19, e ID., *Un jurista del Modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Madrid, Universidad Carlos III, 2009, pp. 21-64. Per comprendere l'importanza assunta dal 'cattolicesimo sociale' nel pensiero del giurista borgognone P. ROLLAND, *Un « cardinal vert »: Raymond Saleilles*, in « *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques* », 28 (2008), pp. 273-305.

⁽⁸⁰⁾ SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 107. Le « *lois de la nature* » null'altro essendo che le « *lois sociologiques* » (ID., *École historique*, cit., p. 81).

⁽⁸¹⁾ SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 108.

⁽⁸²⁾ SALEILLES, *École historique*, cit., p. 94.

⁽⁸³⁾ Ivi, p. 97.

⁽⁸⁴⁾ STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, cit., pp. 184-185. Cfr. anche ID., *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin, Guttentag, 1902.

gico, implicava la ricerca di canali di manifestazione del giuridico idonei a riflettere le concrete trasformazioni della realtà economico-sociale ⁽⁸⁵⁾. Ne discendeva una serie di conseguenze, che sarebbero nel tempo maturate, sotto forme e specificità diverse, in tutte le esperienze nazionali: la tensione verso un quadro delle fonti pluralistico, speculare alla complessità del reale e funzionale a esprimere il senso storico-sociale del fenomeno giuridico; il rifiuto del duplice carattere della legge, quale fonte esclusiva e quale prodotto di un'insindacabile volontà politica; la valorizzazione del ruolo dell'interprete, emancipato dal giego esegetico e capace, per la sua contaminazione con il sociale, ora di vivificare il testo legislativo, ora di supplire alla sua mancanza; il rinnovamento, nel segno delle scienze economiche, storiche e sociali, della formazione e del profilo culturale del giurista.

Non solo ogni forma di monismo, ma anche la tentazione di assegnare alla fonte legislativa una posizione di superiorità ideologica svanivano di fronte alla constatazione di un universo complesso, intersecato da identità categoriali e individualità differenziate, attraversato da processi evolutivi profondi e articolati. Più forte era la convinzione che l'origine del diritto allignasse nella concretezza dei rapporti economici e sociali, meno plausibile sarebbe stato il primato politico (e ancor di più il monopolio) di una fonte del diritto caratterizzata dalla generalità e dall'astrattezza, dall'arbitrio e dall'imperatività; più evidenti si facevano le differenze sociali e soggettive, meno credibile risultava la concezione di un diritto improntato all'« uniformità », anziché alla « specialità », un diritto « legge di eguaglianza », anziché « di proporzione, in quanto dovrà appunto proporzionarsi alle svariate condizioni dei cittadini » ⁽⁸⁶⁾. Accanto ai Codici, dei quali non a caso si reclamava una moltiplicazione in

⁽⁸⁵⁾ Soggetto come ogni altro ente alla « gran legge dell'evoluzione », anche il Codice — chiarivano VADALÀ-PAPALE, *Il Codice civile italiano e la scienza*, cit., p. 26, e I. VANNI, *I progressi della legislazione civile in Italia dopo la Rivoluzione*, Discorso letto nella libera Università di Perugia nel giugno del 1878, in Id., *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, cit., pp. 161-162 — avrebbe dovuto essere « in ogni tempo l'espressione della sua epoca », non « una formula matematica, assoluta, immutabile », ma « il prodotto della storia e della civiltà »; non, « come altri legislatori » avevano « preteso, un domma immutabile e chiuso », ma « il punto di partenza e la fonte dei progressi futuri ».

⁽⁸⁶⁾ GABBA, *Trenta anni di legislazione sociale*, cit., p. 16.

grado di riflettere la varietà degli àmbiti economico-sociali, la « Scuola sociale del diritto » esaltava perciò le « leggi civili speciali »⁽⁸⁷⁾, le consuetudini, la scienza teorica e la giurisprudenza pratica. Anziché una fonte unica, con le sue « astratte eguaglianze » e le sue « regole generali », una pluralità di fonti, capaci di riflettere « le diversità indimenticabili della sostanza sociale »⁽⁸⁸⁾; anziché una fonte politica, procedente dalla volontà del legislatore e destinata ad un progressivo scollamento dai dati positivi, un insieme di fonti sociali, idonee a esprimere il diritto vivente « nel popolo, nella coscienza sociale, allo stato dinamico »⁽⁸⁹⁾. Il quadro delle fonti cambiava in senso pluralistico, dinamico, giurisprudenziale: « la consuetudine, la legislazione e la scienza » tornavano a essere « le tre forme nelle quali si origina e si sviluppa il diritto di un popolo »⁽⁹⁰⁾.

Anche quando il legislatore avesse considerato tutte le possibili sfaccettature della società — riecheggiavano dalla Francia le parole di Lambert — sempre ci sarebbero stati nuovi bisogni e imprevedibili sviluppi, perché « à côté des besoins qui se sont déjà définis à la pleine et nette clarté de la conscience sociale, et auxquels le législateur peut donner facilement satisfaction, il est une infinité de besoins encore inaperçus ou mal précisés, encore inavoués ou

(87) C. CAVAGNARI, *Leggi civili speciali*, in « La scienza del diritto privato », 1 (1893), pp. 93-116, 229-235 e 275-283, e C. GHIGI, *Appunti ed osservazioni sul diritto civile extravagante*, in « Giurisprudenza italiana », 42 (1890), IV, cc. 124-156.

(88) B. BRUGI, *Eguaglianza di diritto e diseguaglianze di fatto*, in « Rivista italiana di sociologia », 1908, pp. 49-55. Per un'analisi che, districandosi attraverso le diverse anime di Brugi (sociologica, storicista, positivista, evoluzionistica, legalistica), ricostruisca l'evoluzione della scienza giuridica italiana tra fine Ottocento e primo ventennio del Novecento, nei suoi intrecci con la cultura francese, tedesca e svizzera, cfr. M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi*, in « Quaderni fiorentini », 30 (2001), pp. 361-476. Si vedano inoltre, scorrendo l'ampia bibliografia, GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., pp. 177-186; G. MARINO, *Positivismo e Giurisprudenza. Biagio Brugi alla congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Napoli, ESI, 1986; Id., *Biagio Brugi e il « metodo storico » nella determinazione dei principi del diritto*, in « Index », 16 (1988), pp. 299-325; P. BENEDEUCE, *La volontà civilistica. Giuristi e scienze sociali in Italia tra '800 e '900*, Napoli, Newprint, 1990, pp. 225-242.

(89) VADALÀ-PAPALE, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., pp. 2-4.

(90) VANNI, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, cit., p. 23.

incompris, restés inconscients ou semi-conscients », che « la loi d'aujourd'hui ne peut pas (les) prévoir; elle est condamnée à disparaître demain, si elle les empêche de se faire jour » ⁽⁹¹⁾. L'unico modo per esprimere questo « mouvement continu et toujours intense de la vie », questo « droit qui devient », questo « droit qui se dégage chaque jour des multiples manifestations de la vie juridique », non era certo quello di « mettre en mouvement la lourde et lente machine législative pour apporter à notre droit la plus légère modification », ma quello di riconoscere, come dimostravano gli esempi del contratto a favore di terzi e del contratto di lavoro, il ruolo suppletivo e correttivo della giurisprudenza ⁽⁹²⁾. La legge non era né l'unico, né il principale, né il miglior mezzo di esplicitazione del giuridico ⁽⁹³⁾. Accanto alla « législation » e alla « coutume », stava « la jurisprudence », che attraverso un lavoro « non moins fécond que le travail accompli à Rome par le préteur », avrebbe tradotto « (comme lui, elle traduit) les besoins nouveaux qui s'affirment chaque jour en développant le droit civil, en y suppléant, et quelquefois, si elle ne peut faire autrement, en le corrigeant lorsqu'elle constate que la vie, dans sa lente mais irrésistible ascension, en a brisé pour jamais le cadre trop étroit » ⁽⁹⁴⁾.

Inquadrata nel nuovo organigramma, anche legge subiva dun-

⁽⁹¹⁾ É. LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers. Son fonctionnement, ses applications actuelles*, Paris, A. Giard & E. Brière, 1893, p. VI. Per collocare la figura di Lambert nel contesto culturale della Francia di fine Ottocento primo Novecento, con particolare attenzione ai rapporti con Saleilles e Génny, cfr. C. PETIT, *Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la Belle Époque*, in *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, a cura di A. Padoa Schioppa, Milano, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 2001, pp. 53-98, e ID., *Absolutismo jurídico y derecho comparado. Método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Edouard Lambert*, in *De la ilustración al liberalismo. Symposium en honor al Profesor Paolo Grossi*, Madrid-Miraflores, 11-14 de enero de 1994, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 121-137.

⁽⁹²⁾ LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers*, cit., p. V; ID., *Le droit civil et la législation ouvrière*, cit., pp. 42-63.

⁽⁹³⁾ N. HAKIM, *Du chaudron magique à la science juridique: Édouard Lambert ou le désir politique du droit*, in É. Lambert, N. Hakim, *Le droit civil et la législation ouvrière*, cit., p. 18.

⁽⁹⁴⁾ LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers*, cit., pp. VI-VII. Cfr. CAPORAL, *Édouard Lambert*, cit., pp. 208-212.

que una metamorfosi profonda, passando da atto di volontà dello Stato persona a « determinazione positiva della coscienza giuridica sociale »⁽⁹⁵⁾. Nel transitare dallo stato grezzo alla « *forma positiva* » — ragionava Vadalà-Papale — il diritto si sarebbe manifestato « o senza la cosciente decisione della volontà collettiva del popolo, o dietro cosciente decisione. La prima forma appellasi *consuetudine* — l'altra *legge* »⁽⁹⁶⁾. Al pari della consuetudine, che prescindeva però da un atto di cosciente formalizzazione, la legge positiva esprimeva il diritto dell'organismo sociale, del corpo vivente del popolo, della comunità storica; ordinava e integrava, con « perpetuo dinamismo », le « forme dei fenomeni sociali del Diritto », null'altro essendo che il « riflesso » della « coscienza giuridica, incarnata nel popolo »⁽⁹⁷⁾. Il legislatore, avrebbe esplicitato Saleilles, non aveva « qu'un rôle de création apparente », ma a ben guardare non era « que l'interprète de coutumes préexistantes, se trouvant déjà au moins à l'état virtuel sous la surface plus ou moins mouvante des réalités de la vie »⁽⁹⁸⁾; la sua volontà non era « créatrice, mais révélatrice de droit », le uniche fonti del diritto essendo « celles qui viennent des lois positives du monde social », come la « solidarité », la « constatation expérimentale », il « droit naturel »⁽⁹⁹⁾. « Il contenuto del diritto » — era la conclusione di Vadalà-Papale — non sarebbe dunque

⁽⁹⁵⁾ VADALÀ-PAPALE, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., pp. 5-6. Cfr. MAZZARELLA, *Darwinismo, storicismo, socialità*, cit., pp. 602-607.

⁽⁹⁶⁾ VADALÀ-PAPALE, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., pp. 13-14. Non molto diverse le precedenti riflessioni, di dichiarata ascendenza savigniana, di VANNI, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, cit., pp. 16-19: « la legge non è che il riconoscimento autorevole, la sanzione del diritto nato dalla coscienza popolare, estrinsecatosi colle consuetudini, radicato nei costumi » e i « grandi legislatori [...] non fecero che descrivere fatti già esistenti, interpretare e ritrarre la vita nazionale che già s'era sviluppata ».

⁽⁹⁷⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Il processo dinamico della legge e delle codificazioni nell'organamento sociale*, in « Lo Spedaliere », 2 (1892), p. 363.

⁽⁹⁸⁾ SALEILLES, *École historique*, cit., p. 83.

⁽⁹⁹⁾ Ivi, p. 91. Ma per un punto di vista che vada oltre la comune idea di una cultura giuridica francese del primo Ottocento appiattita su « un simple culte de la loi » F. AUDREN, J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités. XIX^e-XX^e siècles*, Paris, CNRS, 2013, pp. 95-104.

scaturito dall'autorità dello Stato; soltanto sarebbe stato, « dall'autorità dello Stato », « formulato, sanzionato e protetto »⁽¹⁰⁰⁾.

6. *Scelte di metodo e dottrine dell'interpretazione.*

Su questo terreno, fecondato dalla moltiplicazione delle fonti e dalla riqualificazione della legge in senso storicistico, germogliavano, con sfumature e orientamenti diversi, le nuove dottrine dell'interpretazione⁽¹⁰¹⁾. Per un verso l'idea che i precetti formalizzati dal legislatore dovessero necessariamente riflettere la « coscienza giuridica sociale », seguendone, anche dopo il momento dell'emanazione, i mutamenti e le trasformazioni, autorizzava l'adozione di un metodo capace di adeguare e ravvivare il testo a contatto con la realtà; per altro verso la convinzione che non tutto il diritto fosse contenuto nella legge apriva 'liberi' spazi a una lettura diretta dell'ordine giuridico, nel rispetto del progredire storico, ma senza il filtro interposto dall'opera del legislatore.

« La legge di uno Stato » — era la prospettiva adottata da Simoncelli nel 1889 — « non accoglie tutto il diritto », perché « la massima parte di questo resta latente nel seno della società »⁽¹⁰²⁾; « concepito il diritto quale oggi si concepisce, non come una serie di disposizioni uscite dalla mente di un legislatore, ma come la vita sociale stessa guardata dal suo lato giuridico », la sua interpretazione, lungi dall'essere « la rivelazione della volontà del legislatore »,

⁽¹⁰⁰⁾ VADALÀ-PAPALE, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., p. 20.

⁽¹⁰¹⁾ Per una « classificazione sintetica » dei nuovi orientamenti in materia d'interpretazione M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), *Giudici e giuristi*, cit., pp. 722-745.

⁽¹⁰²⁾ V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, Discorso letto per l'inaugurazione dell'anno scolastico 1889-1890 nell'Università di Camerino il 17 novembre 1889, in Id., *Scritti giuridici*, raccolti ordinati e curati da D. Simoncelli, vol. I, Roma, Società editrice del « Foro italiano », 1938, p. 423. Sulla categoria del « diritto latente », da ultimo, FEMIA, *Sulla civilistica italiana del primo Novecento*, cit., specialmente pp. 72-86. Per approfondire il pensiero di Simoncelli P. GROSSI, *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 — Polacco versus Simoncelli)*, in « Rivista di diritto civile », 35 (1989), poi in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 33-68, e F. TREGGIARI, « *Questione del metodo* » e interpretazione delle leggi in uno scritto di Vincenzo Simoncelli, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 44 (1990), pp. 119-138.

sarebbe consistita nello « studio della stessa vita sociale », sicché, « dentro la elasticità consentita dal letterale significato della espressione legislativa, questa può e deve modificarsi in avvenire, adattandosi alle condizioni sociali e al sentimento comune » (103).

Dalla ridefinizione del quadro delle fonti, l'interprete usciva dunque rafforzato e rigenerato, ma anche gravato e responsabilizzato da un ruolo che presupponeva, prima ancora che la padronanza di commi e versicoli, lo studio della società e dell'economia, della psicologia e della natura. Se « la legge », spiegava Cimbali, costituiva « un istituto vivente ed un centro dinamico di forze », non potevano esserci dubbi sull'« ufficio e le funzioni esercitate dall'interprete come strumento necessario, perché si espliciti liberamente e naturalmente » la sua « azione » (104). Grazie alla mutevole e polivalente combinazione dei suoi elementi, la legge avrebbe seguito « una evoluzione progressiva », che si sarebbe rivelata « sotto la forma di una maggiore specificazione e di un maggiore integramento delle sue singole forze » (105). L'« interprete », che era « il ministro » della « vita » della legge e « della sua azione in continuo divenire », avrebbe perciò in un primo momento applicato « semplicemente, quali esse si presentano, le singole disposizioni »; colto, « in un secondo, la forza risultante dal primo e più semplice collegamento delle medesime a misura che cangiano le condizioni e i bisogni sociali »; sviluppato, « in altri periodi successivi, la forza occulta che si nasconde in tutti gli strati e le parti armonicamente congiunte ed operanti insieme della legge, per virtù di un processo continuo di adattamento e di equilibratura del suo organismo » (106).

A cavallo del secolo, in un'Italia attraversata dalla questione sociale e dal 'decollo industriale', risultava dunque attuale, per molti improcrastinabile, un ripensamento metodologico funzionale a restituire all'interprete un ruolo attivo, a « spastoiare le menti dallo studio pedante delle formole e delle parole » (107). Accantonati i

(103) SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, cit., pp. 423-424.

(104) CIMBALI, *Lo studio del diritto civile*, cit., p. 26.

(105) Ivi, p. 28.

(106) *Ibidem*.

(107) D'AGUANNO, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, cit., p. 15.

dogmi dell'« Esegesi », la dottrina avrebbe dovuto recuperare il ruolo e la funzione (« il sacerdozio ») che per primi avevano avuto i « giureconsulti romani »⁽¹⁰⁸⁾, abbandonare la « servile » sterilità che a seguito delle prime codificazioni aveva causato un'« anemia nello stesso sviluppo legislativo », elevarsi infine a scienza, « che non sarà il nudo commento della volontà » del legislatore, ma la « sintesi delle ricerche naturali intorno al fenomeno sociale-privato »⁽¹⁰⁹⁾. Superata l'idea che la legge positiva delimitasse « un'area santa immodificabile », anche la giurisprudenza pratica avrebbe potuto risolvere il caso concreto tenendo in considerazione l'evoluzione del contesto socio-economico, facendo ricorso all'analogia, applicando i giusti princìpi alle nuove fattispecie prospettate dalla realtà⁽¹¹⁰⁾: la « *tendenza positiva* » legittimava il magistrato a seguire « le oscillazioni della vita », chiamandolo a « estendere lo spirito del testo, se questo è insufficiente a regolare dei casi che devono essere decisi sotto l'azione delle nuove spinte sociali »⁽¹¹¹⁾.

La svolta metodologica, al principio del secolo, risultava ormai metabolizzata, stabilmente acquisita al patrimonio culturale dei « neoterici », dalle cui riflessioni affiorava nitida l'istanza di un « nuovo indirizzo al metodo d'interpretazione », valido sia per « lo studioso » che per « il magistrato », idoneo a rispondere « alla realtà della vita e dei bisogni sociali »⁽¹¹²⁾. Constatata l'insufficienza dell'interpretazione logica e analogica — protesa al ricamo teorico del dato testuale, ma poco sensibile al mondo reale dei fatti sociali e delle leggi naturali — Vadalà-Papale, nel 1903, rivendicava per l'Italia un metodo autoctono, in virtù del quale coniugare, conformemente a un « principio storico evolutivo », il momento storico dell'emanazione della legge con il processo dinamico di evoluzione sociale⁽¹¹³⁾. Le condizioni esistenti al momento dell'emanazione di una legge non sarebbero mai state eguali a quelle presenti al giurista

(108) CIMBALI, *Lo studio del diritto civile*, cit., pp. 3-5.

(109) VADALÀ-PAPALE, *La nuova tendenza*, cit., pp. 7-12.

(110) VADALÀ-PAPALE, *Dei metodi d'interpretazione giuridica per il novello indirizzo degli studi di diritto privato*, in *Atti del V. Congresso Nazionale Giuridico-Forense*, Palermo, 20-27 aprile 1903, Palermo, Barravecchia, 1904, p. 58.

(111) VADALÀ-PAPALE, *La nuova tendenza*, cit., pp. 16-17.

(112) VADALÀ-PAPALE, *Dei metodi d'interpretazione giuridica*, cit., p. 58.

(113) *Ibidem*.

e al magistrato al momento dell'interpretazione. Il nuovo metodo, « storico-evolutivo », avrebbe consentito di inquadrare nella legge tutti i « nuovi rapporti giuridici nascenti dai nuovi fenomeni sociali », di ricondurre « tutto questo diritto invadente che si esplica nella vita sociale nell'ordine della codificazione » ⁽¹¹⁴⁾.

Era la via che negli stessi anni additava Saleilles, quando invitava i giuristi ad abbandonare « la méthode syllogistique et dogmatique, qui tirait de la codification une vie toute factice et toute irréaliste, arrêtée dans son développement », e ad adottare « une méthode de vie organique, ou d'évolution historique », in virtù della quale considerare la « loi écrite » non « comme la seule source vivante du droit, mais comme le seul cadre scientifique et juridique qui lui serve en quelque sorte de passeport devant les tribunaux » ⁽¹¹⁵⁾; « une méthode d'évolution et de progrès » ⁽¹¹⁶⁾; una « méthode historique » (e però altra da quella della « école historique » di Savigny, « immobilisée dans sa recherche du passé et son respect de la coutume » ⁽¹¹⁷⁾), una « méthode scientifique », mediante la quale 'misurare' la legge con i « faits » e con le « réalités », così da « mettre le droit en conformité avec la vie » ⁽¹¹⁸⁾.

In sintonia con il manifesto programmatico della *Revue trimestrielle de droit civil*, firmato nel 1902 da Esmein (1848-1913), Saleilles coglieva nel binomio giurisprudenza-dottrina il motore

⁽¹¹⁴⁾ *Ibidem*. Sul metodo proposto in Italia da Vadalà-Papale e sulle differenze da quello sviluppato negli stessi anni in Francia da Gény P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 20 (1991), *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, pp. 403-405, e MAZZARELLA, *Darwinismo, storicismo, socialità*, cit., pp. 607-611.

⁽¹¹⁵⁾ SALEILLES, *Préface*, cit., p. VII. Cfr. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, cit., pp. 212-224. Per un'analitica esposizione delle critiche mosse da Saleilles al « classicisme juridique » BELLEAU, *Les juristes inquiets*, cit.

⁽¹¹⁶⁾ R. SALEILLES, *Méthode historique et codification*, in *Atti del congresso internazionale di scienze storiche (Roma, 1-9 aprile 1903)*, vol. IX, Roma, Tipografia della R. Accademia dei Lincei, 1904, p. 11.

⁽¹¹⁷⁾ *Ivi*, p. 12.

⁽¹¹⁸⁾ SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 99. Sul carattere legicentrico ma antilegalista dell'impostazione metodologica di Saleilles SABBIONETTI, *Democrazia sociale e diritto privato*, cit., pp. 295-352.

evolutivo del sistema ⁽¹¹⁹⁾. Nel presupposto che il diritto scaturisse dai fatti economici e sociali, giusta l'osservazione « des lois sociales » e l'applicazione « des lois sociologiques », e che la scienza giuridica fosse di conseguenza « une science de faits, une science du dehors, qui, comme toutes les sciences, puise dans la nature des choses » ⁽¹²⁰⁾, l'interprete avrebbe dovuto, anziché inchinarsi « à un texte mort », « développer un texte incessamment vivant », « ramener au texte les germinations spontanées que lui offre la pratique des affaires », « plier le texte aux nécessités nouvelles » e infine « fondre le tout dans une harmonie d'ensemble » ⁽¹²¹⁾. Fuori da sterili soggettivismi, giudice e giurista avrebbero « conosciuto » il diritto attenendosi alla « objectivité résultant des réalités économiques et sociales » ⁽¹²²⁾, ricorrendo, come sociologi ed economisti, a elementi « extérieurs » fissati « dans la réalité objective de lois existant en dehors de la pensée de celui qui les applique » ⁽¹²³⁾.

Né puro evoluzionista né radicale gius-liberista, Saleilles condivideva con gli italiani le premesse storico-sociologiche, faceva sua l'equiparazione tra « matière sociale », « matière organique » e materia legislativa, riproponeva l'immagine della legge come « organisme permanent, qui, comme tout organisme, progresse et se transforme » ⁽¹²⁴⁾, così da accentuare il ruolo assunto dall'interprete, la sua legittimazione a vivificare il diritto legislativo e ad

⁽¹¹⁹⁾ A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, in « Revue trimestrielle de droit civil », 1 (1902), pp. 5-19. Cfr. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato*, cit., pp. 338-352. Per mettere a fuoco lo sfrangiato orizzonte nel quale si muove Esmein, tra metodo storico e sociologia, motivi evoluzionistici e positivistici, J.L. HALPÉRIN, *Adbémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit*, in « Revue historique de droit français et étranger », 75-3 (1997), pp. 415-433. Cfr. inoltre, con specifico riferimento al suo orientamento politico-costituzionale, J. BOUDON, *Une doctrine juridique au service de la République? La figure d'Adbémar Esmein*, in « Historia et ius », 2012, 2, pp. 1-9. Sull'idea che va maturando nella cultura giuridica francese tra Otto e Novecento circa « l'inéluctable mariage de la doctrine et du Palais », N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 199-249 e 327-338.

⁽¹²⁰⁾ SALEILLES, *Préface*, cit., p. XII.

⁽¹²¹⁾ Ivi, p. VIII.

⁽¹²²⁾ SALEILLES, *Méthode historique*, cit., pp. 19 e 21.

⁽¹²³⁾ SALEILLES, *École historique*, cit., p. 102.

⁽¹²⁴⁾ SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (Art. 116 à 144)*, Paris, Pichon, 1901, pp. 214-216.

applicarlo mediante l'« adaptation évolutive du texte »⁽¹²⁵⁾. Non solo in Svizzera, con il nuovo ZGB, ma anche in Germania, con il controverso BGB, e in Francia, con il vecchio *Code civil*, l'interprete avrebbe quindi potuto e dovuto, elevandosi a « organe toujours vivant d'individualisation du droit, d'évolution et de progrès », « adapter les solutions législatives à des conceptions sociales différentes », seguire le trasformazioni della società, « dans le cadre d'une législation souple et flexible », una legislazione sensibile « à toutes les complexités de la vie sociale d'un peuple qui n'entend pas s'immobiliser dans une formule hiératique »⁽¹²⁶⁾.

Se il « droit » non era la « loi abstraite » — osservava Saleilles — ma « la loi dans l'interprétation vivante que lui donne la jurisprudence »⁽¹²⁷⁾, se il « Recht » non era l'« Absicht des Gesetzgebers » — gli faceva eco Ehrlich in quello stesso 1903 — ma la concreta vita della legge, l'essenziale non sarebbe stato « was ein Rechtssatz bedeutet, sondern wie er lebt, wie er wirkt, wie er sich in verschiedenen Verhältnissen bricht »⁽¹²⁸⁾. L'identificazione tra legge e diritto, spiegava infatti Kantorowicz, si basava sulla falsa aspettativa, « daß der Jurist jeden beliebigen Rechtsfall durch Subsumption unter das Gesetz entscheiden könne und eben deshalb auch allein aus ihm entscheiden müsse », nell'assurdo presupposto che l'applicazione del « Gesetz » fosse « ein Automat »: « oben steckt man den Fall hinein, unten zieht man die Entscheidung heraus »⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁵⁾ SALEILLES, *Méthode historique*, cit., p. 14.

⁽¹²⁶⁾ SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., pp. 102-103. Merita di essere ricordata, a proposito del rapporto tra Codice e interpretazione, la convergenza di vedute tra Saleilles (e tramite questi Gény) ed Eugen Huber (alle prese con la codificazione civile svizzera), documentata da uno scambio epistolare che è stato magistralmente illustrato da P. CARONI, *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber (1895-1911)*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), *Giudici e giuristi*, cit., pp. 265-302.

⁽¹²⁷⁾ SALEILLES, *Méthode historique*, cit., p. 17.

⁽¹²⁸⁾ EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., p. 34.

⁽¹²⁹⁾ KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 120.

7. *‘Niente di personale’: parametri obiettivi e rifiuto del soggettivismo tra libera ricerca e diritto libero.*

L’approdo a un quadro delle fonti a ‘trazione giurisprudenziale’ era a questo punto a portata di mano, il risultato di un processo di affrancazione durato anni. A differenza di coloro che puntavano sull’elasticità e sulla malleabilità del testo legislativo, Gény restringeva il campo della legge al solo ambito dell’‘esplicito’ e rimeditava il quadro delle fonti intervenendo sul tema delle lacune, delle fattispecie non previste, ipotizzando, nel 1899, una « libre recherche scientifique », protesa alla lettura del diritto insito nelle cose, nei fatti, nella società ⁽¹³⁰⁾. Contro il « fétichisme de la loi écrite et codifiée », tratto saliente e distintivo « de la méthode traditionnelle » ⁽¹³¹⁾, il maestro di Nancy proponeva una « méthode d’investigation sincère, qui, reconnaissant ouvertement les lacunes de la loi écrite, cherchera à y pourvoir au moyen de procédés scientifiques indépendants, scrutant, en toute franchise, la nature des choses objective, et cherchant notamment à produire l’équilibre des intérêts » ⁽¹³²⁾.

⁽¹³⁰⁾ GÉNY, *Méthode*, cit., nn. 155-176, pp. 457-552. Illuminante il filo ricostruttivo seguito da GROSSI, *Ripensare Gény*, cit., pp. 143-192. Ci si limita inoltre a ricordare, attingendo a una storiografia significativa, J. BOULAIRE, *François Gény et le législateur*, in *Le renouveau de la doctrine française*, cit., pp. 69-94, J. MAJDA, *François Gény and modern jurisprudence*, Baton Rouge and London, Louisiana State University Press, 1978, e A. TANZI, *François Gény tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 1990, ma soprattutto i saggi raccolti nei seguenti volumi monografici: *François Gény, Mythes et réalités. 1899-1999, Centenaire de Méthode d’interprétation et sources en droit privé. Essai critique*, éditée par C. Thomasset, J. Vanderlinden, Ph. Jestaz, Québec, Yvon Blais-Bruylant-Dalloz, 2000; *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, « Quaderni fiorentini », 20 (1991); *Le centenaire du doyen François Gény*, Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962, Paris, Dalloz, 1963; *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Gény*, Paris, Recueil Sirey, 1934, 3 voll.

⁽¹³¹⁾ GÉNY, *Méthode*, cit., n. 35, p. 61.

⁽¹³²⁾ Ivi, n. 174, p. 545. Fondamentali, per il collegamento logico tra « *pars destruens* » e « *pars costruens* » del discorso di Gény, tra « déconstruction du légicentrisme et reconstruction d’un pluralisme », le riflessioni di BOULAIRE, *François Gény et le législateur*, cit., pp. 76-86, e di COSTA, *L’interpretazione della legge*, cit., pp. 367-495. Sui significati dell’espressione « nature des choses » e sulle sue implicazioni sociologiche cfr. per tutti N.A. POULANTZAS, *Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, Paris, LGDJ, 1965, e M. VILLEY, *La nature des choses dans l’histoire de la philosophie du droit*, in *Droit et Nature des Choses*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 69-88.

Messa da canto ogni forma di legolatria, denunciata l'« insuffisance irrémédiable de la loi », Gény invocava l'« activité individuelle de l'interprète » per dare risposta alle istanze di una società in trasformazione, ma fissava saldamente, alla base dell'attività giurisprudenziale, « les exigences de la nature des choses et les conditions de la vie » (133). Se la concezione della legge e il metodo dell'interpretazione differivano da quelli propugnati da Vadalà-Papale e da Saleilles, l'esigenza di fondo rimaneva quella di esplicitare il giuridico guardando (ancora una volta) i « rapports de la vie sociale », « les éléments de fait de toute organisation juridique » (134), i « faits humains » (135), i « faits » e « la nature des choses » (136), così da basare la « décision juridique » non su convinzioni soggettive, ma « sur des éléments de nature objective », e « de procurer l'adaptation des règles latentes du Droit à tous les faits de la vie sociale » (137). Una « libre recherche scientifique »: « libre, puisqu'elle se trouve ici soustraite à l'action propre d'une autorité

(133) GÉNY, *Méthode*, cit., n. 84, p. 179. Cfr. J. DABIN, *François Gény, le Savant*, in *Le centenaire du doyen François Gény*, cit., pp. 16-25. Sul 'giusnaturalismo' di Gény, da e con punti di vista diversi, B. OPPETT, *François Gény et le droit naturel*, in « Quaderni fiorentini », 20 (1991), *François Gény*, cit., pp. 89-117; V. PETRUCCI, *François Gény*, « l'irriducibile diritto naturale », Napoli, ES, 1995; M. VILLEY, *François Gény et la renaissance du droit naturel*, in « Archives de Philosophie du droit », 1963, pp. 197-211; VIOLA, *Natural Law Theories*, cit., pp. 31-32.

(134) GÉNY, *Méthode*, cit., n. 159, p. 469.

(135) Ivi, n. 169 p. 519.

(136) Ivi, n. 158, pp. 466-467.

(137) Ivi, n. 156, pp. 460-461. Sulle differenze tra la proposta metodologica di Gény, basata sul 'depotenziamento' della legge e sull'« emancipazione » dell'interpretazione, e quella di Saleilles, fondata sull'inquadramento dei nuovi casi nell'ordine legislativo, cfr. BOULAIRE, *François Gény et le législateur*, cit., pp. 80-83, GROSSI, *Ripensare Gény*, cit., pp. 175-176, PETRUCCI, *François Gény*, cit., pp. 63-72, e SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato*, cit., pp. 322-338. Non va dimenticato, come in più occasioni rilevato dallo stesso R. SALEILLES, ad esempio in *Préface*, cit., p. XII, o in *École historique*, cit., p. 102, che i due giuristi francesi si muovevano però dentro lo stesso orizzonte, puntavano con i loro metodi al conseguimento del medesimo risultato, demolivano — come in un discorso unitario ricostruisce BELLEAU, *Les juristes inquiets*, cit. — le fondamenta del « classicismo giuridico ». Due giuristi diversi, ma complementari, come sottolineato da E. GAUDEMET, *L'œuvre de Saleilles et l'œuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit*, in *Recueil d'études sur les sources du droit*, cit., vol. II, pp. 5-15.

positive»; « scientifique, en même temps, parce qu'elle ne peut rencontrer ses bases solides que dans les éléments objectifs, que la science peut seule lui révéler » (138).

Quindici anni dopo, grazie a un'angolazione retrospettiva, Gény avrebbe ormai avuto chiaro, come illustrava nel suo secondo fondamentale lavoro, che per uscire dal cono d'ombra del legalismo le molte anime del 'dissenso' avevano privilegiato soluzioni diverse, ancorché connesse e complementari: « soit accepter de la loi écrite une notion plus objective et plus vivante, soit admettre, à côté d'elle, des sources moins formelles et plus plastiques, la coutume, la jurisprudence, soit même s'adresser plus haut encore et chercher à pénétrer l'essence propre de la vérité juridique, vérité insaisissable d'un coup et en son entier, fuyante et variable à raison des modalités infinies qui la conditionnent, mais à laquelle nous ramène inéluctablement une aspiration instinctive vers le but suprême du droit » (139).

A prescindere dalle differenze — emergeva in virtù di questa visione d'insieme — la cifra del nuovo secolo era il « *rejet franc et définitif de l'illusion que la loi écrite contiendrait tout le droit positif en vigueur* » (140). Ma per chi avesse visto nell'interpretazione il « propulseur » del processo di formazione del diritto (141), la questione non avrebbe più potuto essere come « adapter » la « loi écrite », bensì come l'« organisation juridique » avrebbe potuto « trouver quelque part la plénitude que requiert son but ultime, il faut donc, en dehors et au-dessus de la loi, chercher un principe ou un ensemble de principes, qui permette d'en suppléer les lacunes » (142). La legge — come anche i « neoterici » italiani erano andati nel tempo ripetendo — conteneva solo una parte del « droit

(138) GÉNY, *Méthode*, cit., n. 156, p. 460. Sul rifiuto di ogni soggettivismo alla 'Magnaudo' e sul richiamo di elementi obiettivi di decisione BOULAIRE, *François Gény et le législateur*, cit., pp. 79-92, GROSSI, *Ripensare Gény*, cit., pp. 173-181, PETRUCCI, *François Gény*, cit., pp. 30-44, e TANZI, *François Gény*, cit., 153-163.

(139) GÉNY, *Science et Technique*, cit., p. 27. Sulle tappe di avvicinamento a *Science et Technique* TANZI, *François Gény*, cit., pp. 70-86.

(140) GÉNY, *Science et Technique*, cit., p. 37.

(141) L.J. DE LA MORANDIÈRE, *François Gény et la jurisprudence française*, in *Le centenaire du doyen François Gény*, cit., p. 74.

(142) GÉNY, *Science et Technique*, cit., p. 39.

positif », di quelle « règles du droit » che rispondevano alla « notion du juste », consistendo in un « équilibre à établir entre des intérêts en conflit » (143). Il « droit positif » esprimeva « l'ordre juridique se réalisant effectivement au sein de la vie sociale » ed era questo diritto positivo, fondato sulla « réalité des choses », a dover essere scoperto e conosciuto attraverso la « méthode du droit », attraverso la « science » e la « technique » (144).

In questo modo, sferrando un colpo decisivo al monismo legalistico, Géný scardinava il vecchio impianto delle fonti senza degenerare in anti-legalismo, senza far proprie quelle derive anarchoidi che, 'affibbiate' comunemente al gius-liberismo, lo stesso gius-liberismo avrebbe in realtà sempre disconosciuto (145). Nel 1906 — dopo aver demolito « das Dogma von der Lückenlosigkeit des Gesetzes » mediante la semplice constatazione secondo la quale « nicht weniger Lücken als Worte da sind » — anche Kantorowicz avrebbe infatti esplicitamente puntualizzato che il ricorso alla discrezionalità da parte dell'interprete sarebbe stato solo residuale e che « discrezionalità » non equivaleva comunque ad « arbitrio » (146). Il giudice, « durch seinen Eid verpflichtet », avrebbe dovuto decidere, « wie nach klarem Wortlaut des Gesetzes zu entscheiden ist », ma quando « das Gesetz ihm eine zweifellose Entscheidung nicht zu bieten scheint » o quando fosse apparso probabile che al tempo della decisione il legislatore non avrebbe adottato la soluzione indicata nella legge, egli avrebbe dovuto « die

(143) Ivi, p. 50.

(144) Ivi, pp. 54-55. Cfr. DABIN, *François Géný, le Savant*, cit., pp. 25-37.

(145) LOMBARDI VALLAURI, *Diritto libero*, cit., pp. 280-281. Sulle ambiguità del rapporto di Géný con la legge, tali da alimentare il 'sospetto' che dietro le questioni « d'ordre méthodologique » si celasse in realtà solo il tentativo di « faire front contre la menace que représente le 'socialisme' » e di salvare il « vieux droit civil individualiste et libéral », si veda BOULAIRE, *François Géný et le législateur*, cit., pp. 73-76.

(146) GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 18. Sul dibattito sorto nella Germania del primo Novecento intorno al problema della completezza della legge, con particolare riferimento alla prassi seguita dai giudici per colmare in concreto le lacune (incidenti ferroviari, concorrenza sleale, cartelli, trusts) e agli indirizzi dottrinali impegnati a sostenere scientificamente il rafforzamento del ruolo dell'interprete, cfr. R. SCHRÖDER, *Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende: Wissenschaftstheoretische Präzisierungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz*, in « Rechtstheorie », 19 (1988), pp. 323-367.

Entscheidung treffen, die, seiner Überzeugung nach, die gegenwärtige Staatsgewalt, falls der einzelne Fall ihr vorgeschwebt hätte, getroffen haben würde »⁽¹⁴⁷⁾. Solo quando fosse risultato impossibile immaginare la volontà del legislatore contemporaneo, « so soll er nach freiem Recht entscheiden », e, « endlich, in verzweifelt verwickelten oder nur quantitativ fraglichen Fällen, wie Schadenersatz für immateriellen Schaden, soll — und muß er — nach Willkür entscheiden »⁽¹⁴⁸⁾.

L'incontro fra scienza giuridica e scienze sociali — Kantorowicz avrebbe osservato quattro anni dopo — si manifestava dunque nel campo « des Judizierens *sine lege* »⁽¹⁴⁹⁾. In caso di lacuna, verificata quindi l'assenza di una norma legislativa o consuetudinaria, la soluzione del caso concreto sarebbe stata raggiunta in via giurisprudenziale, attraverso il « freies Recht », nel senso che sarebbe stata ricavata dai principi della coscienza giuridica sociale, « auf *soziologischen Wege* »⁽¹⁵⁰⁾. Il punto di partenza stava come sempre nella distinzione tra legge e diritto, nella constatazione, rinnovata da Ehrlich nello stesso torno di anni, di quanto poco « der Wust der Gesetze die ganze bunte Mannigfaltigkeit des Lebens umfassen kann »⁽¹⁵¹⁾. Un caso che non fosse stato previsto dalla legge e che « sich unter keine bekannte Entscheidung oder Verallgemeinerung bringen lässt », sarebbe caduto « in den „rechtsleeren Raum“ »: la decisione « muss frei gefunden werden. Das ist der Weg, der zur schöpferischen Jurisprudenz geführt hat »⁽¹⁵²⁾.

Come suggerito da Cimbali, Lambert e Vadala-Papale, il processo genetico del diritto si riallacciava, tra Otto e Novecento, al

⁽¹⁴⁷⁾ GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 34.

⁽¹⁴⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁴⁹⁾ KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 126. È, questo delle lacune e dei vuoti normativi, il campo privilegiato dal movimento del diritto libero, come confermato a distanza di tempo da E. FUCHS, *Was will die Freirechtsschule?*, Rudolstadt, Greifen, 1929, poi in Id., *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., pp. 26-28: cfr. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 245-370.

⁽¹⁵⁰⁾ KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 127.

⁽¹⁵¹⁾ EHRLICH, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, cit., p. 106. Sul progressivo sviluppo della teoria di Ehrlich in tema di « Lückenfüllung » cfr. VOGL, *Soziale Gesetzgebungspolitik*, cit., pp. 241-260.

⁽¹⁵²⁾ EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., p. 3.

modello giurisprudenziale dell'antica Roma, ai « responsa prudentium », al « prätorische Edikt », ma anche « dem common law der Engländer und Amerikaner »⁽¹⁵³⁾; tutti casi, come quello del 'diritto libero', nei quali il giudice enucleava una regola che non era personale, individuale, « bursalis » (come i glossatori avevano connotato un certo tipo di « aequitas »), ma fondata sul diritto della società: « durch seine Mund spräche nicht seine persönliche Ansicht, sondern das Recht »⁽¹⁵⁴⁾. Anche « die schöpferische Findung freien Rechtes » — esplicitava Kantorowicz — necessitava pertanto « rechtssoziologischer Begründung »⁽¹⁵⁵⁾.

Il « juristische Modernismus », riepilogava Fuchs nel 1910, si fondeva dunque sull'idea che il diritto non potesse desumersi dall'astratta analisi dei concetti, dall'« Apriorismus » della sistemazione dogmatica delle idee, ma prima di tutto dall'osservazione, mediante la psicologia e la sociologia, di una realtà in continuo divenire⁽¹⁵⁶⁾. Anche quando la prospettiva fosse stata rivolta agli interessi, come in Heck (1858-1943) e in Stampe (1856-1941), la dimensione sociale avrebbe rappresentato l'elemento centrale dell'ordine giuridico: in caso di lacuna, il giudice avrebbe dovuto decidere non secondo astratte costruzioni concettuali, ma sulla base di considerazioni di carattere sociale⁽¹⁵⁷⁾. Il giurista avrebbe dovuto rispondere alle concrete aspettative della società, riscoprire « den Zusammenhang

⁽¹⁵³⁾ Ivi, pp. 3 e 20.

⁽¹⁵⁴⁾ Ivi, p. 28.

⁽¹⁵⁵⁾ KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 128. Sull'interdipendenza tra legislazione, giurisprudenza e dottrina nel sistema delle fonti, cfr. H. MOHNHAUPT, *Das Verhältnis zwischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft als Rechtsquellenproblem (18.-bis 20. Jahrhundert)*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), *Giudici e giuristi*, cit., pp. 19-52.

⁽¹⁵⁶⁾ FUCHS, *Die soziologische Rechtslehre*, cit., c. 283.

⁽¹⁵⁷⁾ Così E. STAMPE, *Rechtsfindung durch Interessenwägung*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 10 (1905), n. 15, c. 717, ma cfr. anche Id., *Rechtsfindung durch Konstruktion*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 10 (1905), n. 9, cc. 417-422. Più radicale la posizione dello stesso Stampe in *Gesetz und Richtermacht*, ivi, p. 1017 e ss., tanto da indurre P. HECK, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 10 (1905), n. 24, cc. 1140-1142, poi in *Gesetzesbindung und Richterfreiheit. Texte zur Methodendebatte. 1900-1914*, herausgegeben und mit einem Anhang versehen von A. Gängel und K.A. Mollnau, Freiburg-Berlin, Haufe, 1992, pp. 77-81, a prendere le distanze.

des Rechts mit den Lebensinteressen », armonizzare gli interessi contrastanti ⁽¹⁵⁸⁾.

La crociata contro la « Begriffsjurisprudenz », di conseguenza, non era « gegen die Begriffe als solche », ma « gegen die Begriffspräponderanz » ⁽¹⁵⁹⁾, contro l'approccio dogmatico, la tecnica filologica, il metodo sistematico, tutte le vuote speculazioni che, derivazioni della « Pandektologie » e del « Paragraphenschachspiel », spostavano l'asse del giuridico dalla realtà alle parole, dall'esperienza alle idee ⁽¹⁶⁰⁾; non « gegen die gesetzliche Begriffsbildung oder gegen die Bindung des Richters an das vorhandene Gesetz », ma contro un modo di fare diritto ermeticamente chiuso in un mondo di concetti astratti ⁽¹⁶¹⁾. « Wir bekämpfen die „Begriffsjurisprudenz“ » — avrebbe chiarito lo stesso Kantorowicz — « genau in dem Sinn, in dem *Ihering* das Wort geprägt hat »: vale a dire nel senso di combattere quella giurisprudenza, che « ihre Begriffe ohne Erwägung der Konsequenzen ins Blaue hinein konstruiert » e che nel decidere una questione giuridica « die nunmehr vorhandenen Rechtsbegriffe ohne Rücksicht auf die Brauchbarkeit des Ergebnisses anwendet » ⁽¹⁶²⁾.

Il discorso dei gius-liberisti ripartiva pertanto dalle conquiste della « Scuola sociale », ne condivideva le premesse sulla separazione tra legge e diritto, sul pluralismo delle fonti, sull'origine storico-sociale del fenomeno giuridico, sul potere dell'interprete di decifrare il diritto impresso nei fatti economici e sociali; si ispirava dichiaratamente al 'classicismo giurisprudenziale', raffigurato dalla

⁽¹⁵⁸⁾ P. HECK, *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 14 (1909), n. 24, cc. 1457-1461, poi in *Gesetzesbindung und Richterfreiheit*, cit., p. 128. Per un breve profilo T. KEISER, *Philipp Heck*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Band 2, Lieferung 12, herausgegeben von A. Cordes, H. Lück, D. Werkmüller, R. Schmidt-Wiegand und C. Bertelsmeier-Kierst, Berlin, Schmidt, 2012², cc. 842-844.

⁽¹⁵⁹⁾ FUCHS, *Die soziologische Rechtslehre*, cit., cc. 283-284.

⁽¹⁶⁰⁾ E. FUCHS, *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, Karlsruhe, Braunschen, 1909, p. 73, ma più ampiamente pp. 1-26.

⁽¹⁶¹⁾ HECK, *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz*, cit., p. 125.

⁽¹⁶²⁾ H. KANTOROWICZ, *Methodenreform und Justizreform*, in « Deutsche Richterzeitung », 11 (1911), cc. 349-356, poi in *Gesetzesbindung und Richterfreiheit*, cit., pp. 265-266.

consueta immagine del pretore romano; seguiva Gény e Lambert sul terreno delle lacune, non solo al momento di restringere lo spazio della legge e di accentuare la 'libertà' del giudice, ma anche quando si trattava di ribadire il principio di legalità, di rifiutare ogni forma di arbitrio giurisprudenziale, di aderire a un modello 'vincolante' di diritto oggettivo. Anziché la legge, l'astrattezza delle norme e « il cielo dei concetti giuridici », secondo la celebre metafora di Jhering ⁽¹⁶³⁾, l'interpretazione giurisprudenziale, la concretezza delle decisioni e la realtà dei rapporti sociali ⁽¹⁶⁴⁾.

Come in Francia Gény aveva invitato a lavorare « par le code civil mais au delà du code civil », così in Germania Ehrlich, Stammler e Stampe avevano invitato a lavorare « durch das Bürgerliche Gesetzbuch aber über das Bürgerliche Gesetzbuch hinaus » ⁽¹⁶⁵⁾. Anno dopo anno, libro dopo libro, la cultura giuridica aveva assimilato la coscienza della nuova era, la consapevolezza che accanto alla legge c'erano « Tausende von Konstellationen, an die das Gesetz nicht gedacht hat » ⁽¹⁶⁶⁾. La vecchia visione secondo la quale il giudice avrebbe dovuto cercare la soluzione esclusivamente all'interno dell'ordine legislativo, avvalendosi della « Methode des Syllogismus », come se « das Gesetz » non avesse « Lücken » e il giudice fosse « ein Subsumptions-Automat », che fruga nel testo, « deduzieret und konstruieret », strideva con una realtà in continuo movimento, rinnovata dalle mutevoli necessità della vita ⁽¹⁶⁷⁾. L'interprete avrebbe dovuto leggere le dinamiche sociali, bilanciare gli opposti interessi, ricavare la norma dalla « Natur der Sache », conformare la sua decisione « den Grundsätzen der sozialen Ge-

⁽¹⁶³⁾ JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, cit., pp. 269-354.

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr., anche per una critica, LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 87-95.

⁽¹⁶⁵⁾ FUCHS, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 70. Si legga il profilo, non solo biografico, ma anche scientifico e teorico, tracciato da A.S. FOULKES, *Ernst Fuchs und die Freirechtslehre. Ein Lebensbild*, in E. Fuchs, *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., pp. 225-259, e *Vorwort* a E. Fuchs, *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, herausgegeben von A.S. Foulkes, Band 1, *Schreibjustiz und Richterkönigtum. Die Gemeinschaftlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz sowie vier kleinere Abhandlungen*, Aalen, Scientia Verlag, 1970, pp. 7-27.

⁽¹⁶⁶⁾ E. FUCHS, *Die soziologische Rechtslehre. Eine Erwiderung*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », 15 (1910), n. 5, c. 284.

⁽¹⁶⁷⁾ FUCHS, *Recht und Wahrheit*, cit., pp. 70-71.

rechtigkeit und Billigkeit » (168). Non, ovviamente, creare la norma arbitrariamente, secondo un suo credo personale, ma decidere in conformità con il « Rechtsgefühl », con quel sentire giuridico che il solo giurista di professione — arricchito dall'esperienza, dal contatto « mit der Lebenspraxis », dagli studi sociologici e psicologici — avrebbe potuto sviluppare (169). Solo attraverso questa « schöpferische Auslegungsmethode », il diritto avrebbe potuto adempiere la sua cruciale « Mission » di aprirsi « den allmählich durchdringenden Fortschritten des sozialen und wirtschaftlichen Lebens »; solo attraverso « diese schöpferische Methode », la scienza giuridica sarebbe nuovamente tornata « zu ihrem hohen Platz in der Rangordnung der Wissenschaften » (170).

8. « *Il giudice sta sotto la legge* ».

Nessuna eversione, nessun messaggio rivoluzionario, dunque, solo la constatazione di un universo reale più ampio e complesso di quello che qualunque legislatore avrebbe potuto prevedere (171). Specialmente dopo le prime reazioni critiche, i « Modernisti » avrebbero puntualizzato di non aver mai ipotizzato l'indipendenza del giudice dalla legge, l'arbitrio dell'interprete, il primato della volontà giudiziale; di non aver mai voluto avallare un'oligarchia giudiziaria, ma di aver solo inteso riconoscere al giudice, nel vasto spazio lasciato dalle lacune e dalle insufficienze della legge, un potere interpretativo basato sulla lettura dell'ordine sociale ed eco-

(168) Ivi, p. 72. Sulle origini sociologiche e sul potenziale polemico della dottrina della « Natur der Sache » cfr. già N. BOBBIO, *Über den begriff der „Natur der Sache“*, in « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », 1958, pp. 305-321.

(169) E. FUCHS, *Freirechtleri und soziologische Rechtslehre*, 1910, poi in Id., *Gesammelte Schriften*, cit., pp. 467-472.

(170) FUCHS, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 74.

(171) Poiché il « moderne Leben » non avrebbe aspettato « bis der gesetzgebende Apparat mit periodischen Revisionen oder, wie bei den Römern, mit prätorischen Edikten, eingreift » — argomentava FUCHS, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 74 — il « juristische Leben » avrebbe dovuto cercare e trovare « in sich selbst ein Instrument », che fosse « immer für diese Angleichung tätig »: tale strumento, appunto, era « die schöpferische Rechtsauslegung ».

nomico, anziché sul ricamo delle idee e dei concetti (172). Già in quell'anno denso di eventi che fu il 1903, Ehrlich era stato chiaro nel considerare il giudice « an Gesetz [...] gebunden », sebbene chiamato ad adattare le regole « den Umständen des einzelnen Falles » (173). Il « Freirecht » non era un'idea rivoluzionaria, ma semplicemente un modo, come avrebbe spiegato Fuchs, per definire il « Recht » rimasto fuori dalla sfera statale (174): non era « frei vom Gesetz » che la « soziologische Rechtsschule » immaginava l'interprete, « sondern frei von der theoretisch und im „allgemeinen Teil“ verpönten, aber praktisch herrschenden Begriffssklaverei » (175). Il giudice — Fuchs spiegava richiamando Gény, Ehrlich, Stammeler e Stampe — « steht unter dem Gesetz. Niemand bestreitet, daß überall da, wo das Gesetz einen Fall ausgesprochen und klar entscheidet, ihm der Richter unterworfen ist » (176). Il suo ruolo sarebbe stato decisivo solo quando « das Gesetz unklar ist oder schweigt », quando « es also eine jener hundertfältigen Verschlingungen des praktischen Lebens nicht trifft » (177).

Il modello adottato nel 1907 dal ZGB era dunque non solo la perfetta rappresentazione, a livello normativo, della nuova concezione metodologica, ma anche la prova che le idee della « Frei-

(172) Sul ruolo del giudice nelle proposte dei « Freirechtler » e sugli sviluppi del dibattito sul metodo SCHRÖDER, *Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende*, cit., pp. 345-367. Cfr. inoltre RIEBSCHLÄGER, *Die Freirechtbewegung*, cit., pp. 47-49. Le critiche, com'è noto, avrebbero peraltro suggerito a Kantorowicz di apportare alcune modifiche al suo manifesto *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* nella traduzione italiana *La lotta per il diritto*, con prefazione e note del giudice R. Majetti, Milano-Palermo-Napoli, Sandron, 1908.

(173) EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., p. 1.

(174) Così, ancora, FUCHS, *Was will die Freirechtsschule?*, cit., p. 27. Lo avrebbe compreso bene L. MOSSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, in « Rivista del diritto commerciale », 1926, I, p. 242, quando spiegava che « diritto libero non » era « libertà sconfinata del giudice per l'applicazione e la creazione del diritto, secondo la propria concezione o addirittura il proprio arbitrio » [questa sarebbe stata « la scuola del giudice libero »], ma l'idea « che il diritto formale, la legge e la consuetudine nel senso tradizionale, non sono tutto il diritto, né può formalisticamente credersi che legge e diritto, diritto e volontà dello Stato siano una cosa sola ».

(175) FUCHS, *Die soziologische Rechtslehre*, cit., c. 284.

(176) FUCHS, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 70.

(177) *Ibidem*.

rechtsbewegung » non fossero né rivoluzionarie né anarchiche ⁽¹⁷⁸⁾. Quando con il suo primo articolo stabiliva che nei casi non disciplinati dalla legge o dalla consuetudine, il giudice si sarebbe attenuto alla dottrina e alla giurisprudenza più autorevoli, decidendo, infine, secondo la regola che egli avrebbe adottato come legislatore, il Codice civile svizzero da un lato prendeva realisticamente atto dell'incompletezza del sistema legislativo, dall'altro riconosceva alla dottrina e alla giurisprudenza la funzione di autentiche fonti del diritto ⁽¹⁷⁹⁾. Nel 1911, respingendo le accuse di « rechtsphilosophischen Anarchismus », Kantorowicz avrebbe perciò potuto definire « eine Fabel » l'idea secondo la quale « die Freirechtler — oder ihr (angeblich existierender) „radikaler Flügel“ — die unbedingte Verbindlichkeit des Gesetzes bestritten und dem Richter gestatten wollten — sei es grundsätzlich, sei es im Bedürfnisfalle —, gegen das Gesetz zu entscheiden » ⁽¹⁸⁰⁾. In poche, colorite pagine, egli riportava quei brani nei quali proprio i « Freirechtler » più 'sospetti' avevano inequivocabilmente affermato il principio della soggezione del giudice alla legge e condensava in poche, calibrate parole il vero messaggio del movimento: la « freie Rechtsfindung » aveva « ihre Stelle eben da, wo die bloÙe Auslegung an ihre Grenze gelangt ist »;

⁽¹⁷⁸⁾ GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., pp. 33-34; FUCHS, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 72.

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. M. AMSTUTZ, *Der Text des Gesetzes. Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB*, in « Zeitschrift für Schweizerisches Recht », 126 (2007), II, pp. 233-282. Sull'influenza esercitata da Gény sulla redazione dell'art. 1 cfr. CARONI, *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber*, cit., pp. 283-293, e O. GAUYE, *François Gény est-il le père de l'article 1^{er}, 2^e alinéa, du Code civil suisse?*, in « Zeitschrift für Schweizerisches Recht », 92 (1973), I, pp. 271-281. Ma sul fatto che, nella pratica, l'esercizio da parte dei giudici svizzeri delle facoltà loro riconosciute dall'art. 1 sarebbe stato tutt'altro che eversivo M. LUMINATI, *Giudici-legislatori, alla maniera elvetica*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), *Giudici e giuristi*, cit., specialmente pp. 327-329.

⁽¹⁸⁰⁾ H. KANTOROWICZ, *Die Contra-legem Fabel*, in « Deutsche Richterzeitung », 8 (1911), cc. 258-263, poi in *Gesetzesbindung und Richterfreiheit*, cit., p. 234. Ma già l'anno prima, in *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 124, Kantorowicz aveva parlato di « Fabel ». Cfr. sul punto MUSCHELER, *Relativismus und Freirecht*, cit., pp. 125-141, e RIEBSCHLÄGER, *Die Freirechtsbewegung*, cit., pp. 103-105.

il « freies Recht » « da, wo Lücken des Gesetzes auszufüllen sind » (181).

Lo stesso anno, Kantorowicz precisava che « wer die Anerkennung der subsidiären Geltung freien *Rechts* fordert, fordert noch lange keinen vom Gesetze freien *Richter* » (182). La « Freirechtsbewegung » valorizzava « die Bedeutung des *Gerechtigkeitsgefühls* » e « die Notwendigkeit seines Mitwirkens bei allen juristischen Operationen », purché fosse chiaro che non c'era alcun riferimento al « Gefühl » dell'uomo comune, ma solo a quello « des Berufsjuristen, das am Studium der dem positiven Rechte innewohnenden Wertungen geschult ist » (183). Ogni allusione al « *Wollen* » del giudice, pertanto, avrebbe dovuto intendersi in senso lato, 'disinnescando' il « Mißverständnis » generato da chi aveva inteso scorgere « in dieser „voluntaristischen“ Lehre eine Empfehlung der Willkürjustiz »: il giudice non avrebbe mai dovuto decidere soggettivamente, ma « unter der Herrschaft des Gerechtigkeitsgefühls » e « nach einem allgemeinen Prinzip » (184). Questo era il « freies Recht »: « alles Recht, das nicht förmliches Recht, d.h. Gesetz oder formuliertes Gewohnheitsrecht [ist] » (185); il punto di partenza di una teoria, connessa alla sociologia, alla « Interessenjurisprudenz » e al « Modernismus », volta a spiegare come riempire gli innegabili « Lücken im förmlichen Rechte » alla luce di un criterio interpretativo ancorato al sentimento giuridico della comunità (186).

Al netto dei toni e degli accenti — iperbolici, parossistici — il movimento del diritto libero canalizzava pertanto le stesse insoddisfazioni che scuotevano la scienza giuridica italiana, proseguiva sul sentiero tracciato da Géný, che nel 1899 « das erste große Feuer in

(181) KANTOROWICZ, *Die Contra-legem Fabel*, cit., p. 240. Sui rapporti tra Kantorowicz e gli altri esponenti del movimento K. MUSCHELER, *Hermann Ulrich Kantorowicz. Eine Biographie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, pp. 25-31.

(182) KANTOROWICZ, *Methodenreform und Justizreform*, cit., pp. 263-264.

(183) Ivi, p. 266.

(184) Ivi, p. 267. Ma sulla rilevanza e le forme assunte dal volontarismo nelle dottrine del metodo d'ispirazione tedesca LARENZ, *Storia del metodo*, cit., pp. 82-87, e J. SCHRÖDER, *Zur Geschichte der juristischen Methodenlehre zwischen 1850 und 1933*, in « Rechtsgeschichte », 13 (2008), pp. 160-175.

(185) KANTOROWICZ, *Methodenreform und Justizreform*, cit., p. 267.

(186) Ivi, p. 268.

dieser Geisternacht anzündete »⁽¹⁸⁷⁾. Sotto traccia, quasi scorressero dentro cavità carsiche, le fibrillazioni della « Scuola sociale del diritto » incrociavano le inquietudini del ‘rinascimento giuridico’ francese e le provocazioni del gius-liberismo tedesco, sovrapponendosi le une alle altre, percorrendo itinerari contigui, attingendo a un patrimonio scientifico comune. Il diritto della « coscienza giuridica sociale » si faceva « diritto vivente », « diritto libero », « diritto naturale ». Si riscopriva testimone di un’era, di un rinnovamento che non conosceva confini, ma che seguiva, come si era avvertito all’inizio, traiettorie e logiche non sempre conformi alle leggi della geometria. Dalla società alla natura delle cose, dall’evoluzione storica alla vita organica, dal senso di giustizia di nuovo alla società. Talvolta, come avvertiva il Galilei di Brecht, davvero « la linea più breve tra due punti può essere una linea curva »⁽¹⁸⁸⁾.

⁽¹⁸⁷⁾ FUCHS, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 70.

⁽¹⁸⁸⁾ B. BRECHT, *Leben des Galilei*, Berlin, Suhrkamp, 1955, trad. it. *Vita di Galileo*, Torino, Einaudi, 1963, p. 123.

GIOVANNI BISOGNI

I GIURISTI E IL SINDACATO GIUDIZIARIO SUL CONTENUTO DELLE LEGGI DALL'ETÀ LIBERALE AL FASCISMO

Introduzione. — 1. Il *Commento allo Statuto del Regno* sul sindacato giudiziario. — 2. Un rappresentante della dottrina dominante: Santi Romano. — 3. Il problema del controllo considerato in maniera sostanziale: Vittorio Emanuele Orlando... — 4....Gaetano Mosca e Lodovico Mortara. — 5. Il dibattito durante il fascismo: tesi (Carlo Esposito)... — 6. ...e antitesi (Costantino Mortati). — 7. Conclusioni.

Introduzione.

È comune l'opinione secondo cui dall'unità d'Italia fino alla Costituzione repubblicana il controllo giudiziario di legittimità *sostanziale* della legge ⁽¹⁾ — altra questione riguarda il controllo sugli atti aventi forza di legge ⁽²⁾ — fu sempre impedito a causa della cd.

⁽¹⁾ Si potrebbe anche discorrere di controllo di « validità » o di « costituzionalità » sostanziale o materiale della legge, se non fosse — come si vedrà nel corso del saggio — che questi termini furono adoperati con significati precisi, i quali impediscono un loro uso sinonimico.

⁽²⁾ Per evidenti ragioni di spazio non è possibile qui trattare del problema della validità della decretazione d'urgenza e della delegazione legislativa, che peraltro riguardava, più che la flessibilità dello Statuto, l'equilibrio tra esecutivo e legislativo, in breve, la forma di governo com'era venuta atteggiandosi nella storia costituzionale statutaria. Non è un caso, infatti che la giurisprudenza sotto la vigenza dello Statuto Albertino, mentre è assai rarefatta circa il controllo di legittimità sostanziale della legge (cfr. F. ROSELLI, *Giudici e limiti al potere legislativo vigente lo Statuto Albertino*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », XL (1986), p. 510 e ss.; J. LUTHER, *Idee e storie della giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 189; M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 27 e ss.), è di gran lunga più significativa relativamente alla validità di decreti-legge e decreti legislativi delegati (cfr. LUTHER, *Idee e storie*, cit., p. 184 e ss. e 192 e ss.; BIGNAMI, *Costituzione flessibile*, cit., p. 43 e ss.; M.

flessibilità dello Statuto Albertino, ‘parametro’ in base al quale quel controllo si sarebbe dovuto svolgere ⁽³⁾. Persino durante il fascismo — quando, a seguito delle ben note leggi n. 2693 del 1928 e n. 4 del 1929, si iniziò a discutere se davvero fosse stata introdotta qualche forma di « rigidità » costituzionale — non solo fu assai controverso che tali leggi autorizzassero un sindacato sulle leggi ad esse presuntivamente contrastanti, ma soprattutto, qualora fosse stata data una risposta affermativa, si trattava di un controllo estrinseco, di sicura natura formale e non sostanziale ⁽⁴⁾.

MECCARELLI, *Le Corti di cassazione nell'Italia unita*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 238 e ss.; Marco FIORAVANTI, *Le potestà normative del Governo. Dalla Francia d'Ancien régime all'Italia liberale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 171 e ss.).

⁽³⁾ Sulla flessibilità costituzionale, da un punto di vista sia storico che teorico, cfr. almeno U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologna, il Mulino, 1989, p. 407 e ss.; J. VARELA SUANZES, *Riflessioni sul concetto di rigidità costituzionale*, in « Giurisprudenza costituzionale », XXXIX (1994), p. 3313 e ss.; A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 2002; F. SODDU, *Lo Statuto Albertino: una Costituzione “flessibile”?*, in *Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali ottocenteschi*, a cura di A.G. Manca e L. Lacchè, Bologna-Berlin, Il Mulino-Duncker & Humblot, 2003, p. 425 e ss.; O. CHESSA, *La legge di Bryceland. Saggio sulle costituzioni rigide e flessibili e sulla sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in « Quaderni costituzionali », XXXII (2012), p. 769 e ss.

⁽⁴⁾ Infatti, circa la l. 2693/28, quand’anche si fosse sostenuta l’opinione più avanzata ovvero l’ammissibilità del controllo da parte del giudice comune, esso comunque si risolveva in un accertamento di natura squisitamente formale (l’opinione della dottrina sul punto era quasi del tutto concorde, come precisava C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale* (1934), Milano, Giuffrè, 1964, pp. 160-162), non estesa a tutte le leggi, ma limitate a quelle che disponessero in una delle materie elencate dall’art. 12, per accertare che fosse stato rilasciato il parere del Gran Consiglio del fascismo prescritto dalla legge (tant’è che il sindacato era ritenuto ammissibile anche da parte di chi — come A. FERRACCIU, *Norme e riforme costituzionali in Italia (a proposito del nuovo concetto di legge costituzionale)*, in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranalletti nel 35° anno d’insegnamento*, Padova, Cedam, 1931, vol. I, p. 395 e ss. — metteva in guardia dall’imitare il modello statunitense).

Di analogo tenore era il tipo di esame previsto dalla l. 4/29. Rispetto alla l. 2693/28 essa manifestava l’indubbio pregio di contemplare esplicitamente un controllo sulla legislazione; tuttavia, tale controllo si riduceva, anche in tal caso, in una indagine, sì, contenutistica, ma di natura essenzialmente estrinseca, tesa ad accertare che la legge posteriore avesse posto mano ad una modifica o ad una abrogazione espressa della l. 4/29 (cfr. M. D’AMELIO, *La Corte di cassazione come giudice di prima istanza*, in « Rivista di

Ciò che al massimo fu ritenuto ammissibile era, appunto, un controllo sulla validità formale della legge ovvero un controllo sul rispetto della procedura regolante la formazione della legge, ma certo fu sempre avvertito come un tema non particolarmente spinoso. Non che il dibattito sia mancato — oscillante fra chi riteneva che il giudice dovesse limitarsi a verificare solo la corretta pubblicazione della legge e chi, invece, pretendeva un sindacato più penetrante ⁽⁵⁾ —, ma l'ipotesi di una legge mal pubblicata o addirittura viziata nel suo *iter* di approvazione era comprensibilmente giudicata come un'eventualità remota, il che comprova quanto — come è stato giustamente notato — le prescrizioni disciplinanti la « forma » della legge, « benché si possa ben considerarle come norme giuridiche, non è necessario qualificarle come 'limiti' » ⁽⁶⁾.

Dinanzi ad un quadro del genere ⁽⁷⁾ si potrebbe concludere,

diritto processuale civile », VII (1930), p. 9 e ss.; C. VITTA, *Limitazioni formali dell'attività legislativa e relativi giudizi della Corte di Cassazione*, in « Rivista di diritto processuale civile », VII (1930), p. 143 e ss.; G. LAMPIS, *L'attività legislativa in materia finanziaria e il sindacato della Corte di cassazione*, in *Studi in onore di Mariano D'Amelio*, Roma, Foro italiano, 1933, vol. II, p. 299 e ss.; ESPOSITO, *La validità*, cit., pp. 183-184 — sotto il profilo storiografico cfr. BIGNAMI, *Costituzione flessibile*, cit., p. 83 e ss.).

⁽⁵⁾ Che, però, nella sua versione più estrema — e, quindi, decisamente minoritaria (F. RACIOPPI, *Il sindacato giudiziario sulla costituzionalità delle leggi*, in « La legge », XLV (1905), col. 705 e ss.) —, si spingeva al massimo al controllo giudiziario del rispetto solo di alcune norme espresse dallo Statuto, con esclusione dei cd. *interna corporis*, e sempre sulla base di una certificazione rilasciata dal presidente della Camera, inibito qualsiasi accertamento probatorio autonomo. Sul controllo formale cfr. l'ampia rassegna offerta sempre da ESPOSITO, *La validità*, cit., p. 29 e ss. e 273 e ss., e — dal punto di vista storiografico — ROSELLI, *Giudici*, cit., p. 113 e ss.; LUTHER, *Idee e storie*, cit., p. 190 e ss.; BIGNAMI, *Costituzione flessibile*, cit., p. 37 e ss.; MECCARELLI, *Le Corti*, cit., p. 250 e ss. nonché del medesimo autore, *Il grande assente? Controllo di costituzionalità e giurisdizione suprema nell'Italia post-unitaria*, in « Giornale di storia costituzionale », IV (2002), p. 172 e ss.

⁽⁶⁾ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), con un poscritto dell'autore, a cura di M.A. Cattaneo, Torino, Einaudi, 2002, p. 82.

⁽⁷⁾ Che può forse spiegare anche la scarsità della letteratura storiografica sul tema: oltre ai contributi già citati in precedenza di Roselli, Luther, Bignami e Meccarelli, cfr. i pochi cenni offerti da G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte Costituzionale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981, p. 25 e ss. e A. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali: art. 134*, in *Commentario della Costituzione. Artt. 134-139: garanzie costituzionali*, a cura di G.

allora, che un'attenta analisi della trattazione riservata a questo tema dalla scienza giuridica italiana nel medesimo lasso di tempo — ciò che costituisce l'oggetto del presente contributo — non sia sorretta da buone ragioni a proprio favore, ma in realtà non è così.

Non è così non solo e non tanto perché, come noto, stante il silenzio dello Statuto circa la sua revisione, nulla vietava di interpretarlo in direzione diametralmente opposta alla flessibilità ⁽⁸⁾ — ipotesi che, peraltro, non prese mai piede —; ma non è così soprattutto perché una parte di quella scienza giuridica — sicuramente la minoranza — non fu mai persuasa della presunta « oggettività » del ragionamento, del tutto dominante, per il quale « silenzio dello Statuto, ergo sua flessibilità, ergo impossibilità tecnica del sindacato ». Ed invero — come si vedrà nel prosieguo di questa ricerca —, alcuni di quella minoranza giunsero a dimostrare che la flessibilità statutaria non escludesse affatto la configurazione — quantomeno in via astratta — di limiti giuridici materiali sindacabili da parte del giudice; altri, invece, preferirono negare quel sindacato, ma sulla base di una prospettiva in cui la flessibilità non era la soluzione del problema, ma — al contrario — il prodotto finale di una prospettiva incentrata sul ruolo del giudice, sulla sua posizione politico-costituzionale in seno all'apparato dei poteri pubblici, sulla sua *ratio essendi* nella teoria del diritto e dello Stato sul continente europeo.

Orbene, scopo del presente saggio consiste nel seguire il dibattito dei giuristi sul giudizio delle leggi per il loro contenuto

Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1981, p. 1 e ss. In chiave comparata si vedano almeno H. WENDENBURG, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und die Methodenstreit der Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik*, Göttingen, Schwartz, 1984; P. CRUZ, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987; e da ultimo il numero monografico della rivista « Ratio juris », XVI (2003), 2, dedicato alla giustizia costituzionale (in particolare, i contributi di W. Heun, T. Öhlinger, S.L. Paulson, G. Schmitz, M. Stolleis).

⁽⁸⁾ Cfr. *inter alia* R. GUASTINI, *Fonti del diritto*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, Torino, Giappichelli, 2013, p. 138, il quale giustamente ricorda che, nei casi in cui la costituzione taccia sulle modalità della propria modifica, « la flessibilità non è un carattere 'oggettivo', indiscutibile, della costituzione, ma è frutto di una costruzione dottrinale dei giuristi ».

proprio dal punto di vista di questa minoranza, nella piena convinzione che gli argomenti forse più decisivi che hanno impedito lo sviluppo di una funzione del genere in Italia provengano proprio dalla prospettiva suaccennata. Una prospettiva che — non casualmente — quasi sempre non riesce ad essere contenuta nei limiti di un'indagine tipicamente dogmatica e, anzi, risveglia le inclinazioni giusteoriche e filosofico-politiche dei partecipanti al dibattito; ed è una prospettiva che non verte solo sul significato da attribuire al concetto di giurisdizione, ma che, data la capacità del quel concetto di stimolare potentemente le opzioni valoriali di fondo di ciascun interprete, giunge persino ad investire il metodo adoperato — la sua natura giuridica, la sua presunta purezza, i pregi e i limiti di un approccio formale.

Una ricostruzione del genere ovviamente ha un carattere storico(-concettuale). Può leggersi come un modo per dimostrare come le dottrine dello Stato e della costituzione fra Stato liberale e regime fascista, al di là delle divergenze anche cospicue che le separavano, avevano un proprio comune terreno d'intesa proprio in una certa concezione della giurisdizione: una sorta di « lato oscuro » di quelle dottrine, che — è bene sottolinearlo — rimase pressoché intatto dalla cultura giuridica liberale fino ai teorici della costituzione della prima metà del Novecento — e non solo in Italia ⁽⁹⁾.

È certamente anche una via per spiegare perché in Costituente « l'idea di adottare un sistema analogo a quello americano, che può chiamarsi della 'giurisdizione diffusa', non venne neanche in discussione » ⁽¹⁰⁾. La cultura giuspolitica media dei partiti seduti in Costituente era troppo condizionata da quella concezione per poter

⁽⁹⁾ La concezione della giurisdizione cui si fa riferimento emergerà gradualmente nel corso della trattazione, ma — per fornirne qualche indizio — può trovarsi magistralmente sintetizzata nella *Verfassungslehre* di Carl Schmitt. Si tratta, in particolare, di quella concezione descritta nel cap. II, dedicato all'analisi de « L'elemento dello Stato borghese di diritto nella costituzione moderna » (cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984, p. 171 e ss.), e che — a testimonianza di quanto sostenuto nel testo — rimase anche in lui immutata, nonostante la sua ben nota avversione verso la giuspubblicistica liberale (cfr. C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (1931), a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981).

⁽¹⁰⁾ C. MORTATI, *La Corte Costituzionale e i presupposti per la sua vitalità* (1949), in Id., *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 1972, vol. III, pp. 682-683.

tollerare che i giudici comuni potessero valutare la compatibilità di una legge con la Costituzione: l'unica possibilità di istituire questo potere senza, però, stravolgere la funzione giurisdizionale consisteva nel confinarne l'eccentricità in un organismo *ad hoc*, in una giurisdizione speciale ⁽¹¹⁾.

Ma tale ricostruzione ha anche un suo spessore teorico. Può aiutare a capire che, quando ci si domanda in via astratta se la legge possa essere sottoposta ad un controllo giurisdizionale di validità, sarebbe concettualmente più opportuno prima chiedersi se i giudici abbiano sufficiente legittimazione politico-costituzionale per farlo e poi interrogarsi sulla natura rigida o flessibile del parametro di giudizio; ma soprattutto serve ad illustrare proprio quella concezione di giurisdizione: una concezione che non sembra — come dovrebbe essere — estranea al modello oggi dominante dello « Stato costituzionale di diritto », se uno dei suoi più autorevoli rappresentanti è convinto della « necessità di riflettere sul futuro del costituzionalismo e di ripensare, sul piano teorico, il ruolo della giurisdizione » ⁽¹²⁾.

1. *Il Commento allo Statuto del Regno sul sindacato giudiziario.*

« In Italia qualsiasi legge è legale, ossia costituzionalmente valida e inattuabile, perocché tutte le leggi emanano da quello stesso organo il quale può legittimamente modificare, abrogare, derogare, sospendere a sua posta le norme della Costituzione. Tale è il nostro diritto pubblico: né per imitazione delle consuetudini d'Inghilterra (come generalmente si ripete), ma per la ragione giuridica e tutta nostra che lo Statuto, non avendo istituito un organo apposito per le sue modificazioni, ha *voluto* ed ha imposto che tale organo sia lo stesso Parlamento. Cosicché, in quella mede-

⁽¹¹⁾ Con un'interessante eterogeneità dei fini della giurisdizione accentrata, che — come si vedrà meglio *infra* — non è stata mai presa in considerazione dalla scienza giuridica pre-repubblicana come possibile forma di sindacato *giudiziario* di legittimità sostanziale della legge. Sulla concezione dei costituenti in tema di giustizia costituzionale rimane ancora fondamentale C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente*, Milano, Giuffrè, 1979.

⁽¹²⁾ L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo e giurisdizione*, in « Questione giustizia », 3 (2012), p. 13.

sima guisa che negli Stati Uniti è *dovere* del Giudiziario d'indagare sulla costituzionalità delle leggi) in Italia è suo *dovere* d'astenersene» (13).

Si è deciso di esordire dal famoso *Commento allo Statuto del Regno* non solo per l'autorevolezza in sé dell'opera. In primo luogo, esso è indicativo della « forza » posseduta dall'argomento-principe sul quale fece leva — e si può dire quasi: si adagiò — la maggior parte degli interpreti in età liberale (ma sin dentro al fascismo), una « forza » tale da piegare persino giuristi — come gli autori del *Commento*, Francesco Racioppi e Ignazio Brunelli — animati da sincero spirito liberale e apertamente favorevoli ad introdurre qualche forma di garanzia avverso gli abusi del legislatore (14). E si è deciso di esordire da quest'opera soprattutto perché è esemplificativa della brevità e della « semplicità » dell'argomento stesso — la flessibilità dello Statuto — che giustificava pienamente un'attenzione al tema da parte della manualistica più autorevole confinata a pochi cenni e che spiega perché sotto il profilo quantitativo la letteratura dedicata *specificamente* al controllo giudiziario di legittimità sostanziale della legge sia stata tutto sommato scarsa (15).

(13) F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno. III. Dall'art. 48 all'Art. 84 ed ultimo*, Torino, Utet, 1909, p. 451.

(14) Cfr. *ivi*, pp. 442-450, ove l'autore del commento, Ignazio Brunelli — attingendo allo scritto del suo collega Racioppi, da poco deceduto, intitolato *Il potere giudiziario nel Governo costituzionale* — non solo dedicava molte più pagine per perorare la « causa » del sindacato giudiziario rispetto all'unica ritenuta sufficiente per negarlo, ma commentava amaramente e con notevole lungimiranza che, se la rigidità costituzionale poteva rappresentare un ostacolo per quegli « spiriti radicali » volti ad una profonda riforma dello Stato, invece « gli spiriti che giustamente si preoccupano degli eccessi del Parlamentarismo e aspirano allo 'Stato giuridico' dovrebbero cessare dalla inconseguenza di combattere la distinzione organica fra Legislativo e Costituente, perciocché solo distinguendo la Costituzione dalle leggi riesce possibile di perfezionare il controllo giuridico sino al punto di imporlo alle stesse assemblee politiche » (*ivi*, p. 450).

(15) Di fatto, oltre alla già citata opera di Esposito, *La validità delle leggi*, l'unica, altra monografia avente ampiezza tematica paragonabile si deve a G.B. UGO, *Sulle leggi incostituzionali*, Macerata, Mancini, 1887 (da leggersi insieme all'integrazione fornita dal medesimo autore dal titolo *Altre osservazioni sulle leggi incostituzionali*, Macerata, Mancini, 1888) il quale, sebbene sulla base di un impianto concettualmente di gran lunga meno rigoroso di quello espositiano, fornisce una sorta di catalogo di tutti quegli argomenti che i giuristi — nella indubbia varietà degli indirizzi scientifici che si

Era di fatto una questione più che altro astratta, con scarse ricadute operative, in un'ottica più *de iure condendo* che *de iure condito*. Le monografie e i saggi di dimensioni più contenute incentrati su questo tema erano pochi e sovente esso figurava come comprimario di un dibattito in cui il ruolo di protagonista era assolto da altre questioni: l'ipotizzabilità di un concetto giuridico di costituzione in senso sostanziale; le condizioni necessarie e sufficienti per aversi « legge » con la connessa distinzione fra legge in senso formale e legge in senso sostanziale; i termini entro cui si potesse giuridicamente discorrere di « onnipotenza » del legislatore... Tutte questioni assolutamente centrali nella giuspubblicistica sia in età liberale che durante il ventennio fascista, ma nelle quali la posta in gioco era l'ammissibilità non di un controllo giudiziario sulla legittimità sostanziale della legge — sempre preclusa dal « dato » della flessibilità dello Statuto —, ma al massimo di limiti giuridici *interni* alla funzione legislativa, nella piena consapevolezza della « performatività » del discorso dottrinario in un settore, quale quello del diritto pubblico, senza dubbio escluso da qualsiasi garanzia giudiziaria ⁽¹⁶⁾.

susseguirono — adoperarono, fino alla caduta del fascismo, per respingere qualsiasi ipotesi di controllo di legittimità sostanziale della legge: il timore di un imponderabile potere costituente (p. 3 e ss.); l'inadeguatezza culturale dei giudici comuni nonché la violazione del principio della divisione dei poteri (p. 37 e ss.); la minaccia alla certezza del diritto (p. 45 e ss.); la diffidenza — risalente alla Rivoluzione francese — nei confronti del potere giudiziario (p. 64 e ss.). Per Ugo, infatti, la migliore garanzia avverso gli abusi del legislatore stava nell'organizzazione interna della funzione legislativa e cioè nell'esistenza della sanzione regia e nel bicameralismo imperfetto; e non è un caso che l'esperienza nordamericana venisse additata come un esempio da non tener in conto e che non aveva dato migliore prova dei sistemi propri degli ordinamenti europeo-continentali (p. 106 e ss.). Per il resto, le uniche altre monografie dedicate al tema, ma di gran lunga più « agili », sono di C. LESSONA, *La legalità della norma e il potere giudiziario*, Firenze, Editrice Fratelli Cammelli, 1900, e di S. GRAZIANO, *Il sindacato costituzionale*, Roma, Loescher, 1914.

⁽¹⁶⁾ Cfr. MECCARELLI, *Il grande assente?*, cit., p. 184: « La scienza giuridica, mentre assicurava la subordinazione del giudice alla legge, si ricavava un ruolo di primo piano nella costruzione del sistema giuridico. Correlativamente, la costruzione del sistema sulla legge tramite la scienza serviva a difendere i principi dello Stato di diritto anche da eventuali interventi dello stesso legislatore politico ».

2. *Un rappresentante della dottrina dominante: Santi Romano.*

Un esempio in tal senso è costituito dalle *Osservazioni preliminari per una teoria dei limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* di Santi Romano ⁽¹⁷⁾ che può a buon diritto considerarsi rappresentativo non solo della risposta (negativa) che veniva data al problema, ma soprattutto del modo con cui una giuspubblicistica italiana ormai matura e consolidata vi giungeva. Quella risposta, infatti, non derivava da un'indagine precipua sui poteri del giudice circa la legge, ma appariva solo il corollario di una ricerca avente altro scopo — in tal caso, l'individuazione di limiti giuridici al legislatore in regime di costituzione flessibile —, quasi a testimonianza della semplicità della questione, che ben si prestava ad essere risolta senza eccessivo dispendio teorico ⁽¹⁸⁾. Basti notare, a dimostrazione di quanto tale questione non fosse l'oggetto delle premure di Romano, che, a suo avviso, il ruolo del giudice dinanzi alla legge costituiva addirittura una delle fonti — accanto alla flessibilità dello Statuto Albertino — della tesi da lui avversata, ma non come la via d'uscita dalla stessa ⁽¹⁹⁾.

Tale tesi desumeva dalla supremazia della legge raggiunta nello Stato moderno la conseguenza della sua necessaria intolleranza a qualsiasi limite di contenuto. Per Romano tale conseguenza era il frutto di una lettura intrinsecamente contraddittoria della tendenza attuale del moderno « Stato costituzionale » ⁽²⁰⁾, quella tendenza

⁽¹⁷⁾ Il saggio è del 1902 ed è reperibile in S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi — Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 117 e ss. Su questo importante contributo di Romano vd. Maurizio FIORAVANTI, 'Stato giuridico' e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano (1981), in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrina dello Stato e teoria della costituzione fra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, vol. I, p. 315 e ss.

⁽¹⁸⁾ Il che ha portato ROSELLI, *Giudici*, cit., p. 509, a sostenere che « nello studio di Romano qui esaminato l'esclusione del sindacato giudiziario non ha una vera e propria motivazione ».

⁽¹⁹⁾ « Due — principalmente, anzi quasi esclusivamente — sono stati i punti di vista da cui si è creduto di poter condurre ed esaurire l'esame del grave problema: la modificabilità, per mezzo degli organi legislativi ordinari, dello Statuto, e l'incompetenza dei giudici a sindacare gli atti che presentano, regolarmente osservate, le forme esteriori delle leggi » (ROMANO, *Osservazioni*, cit., p. 119).

⁽²⁰⁾ Ivi, p. 120.

che prendeva il nome di « Stato di diritto » e che voleva l'assoggettamento di tutti poteri pubblici al dominio del diritto. Il primato della legge nella gerarchia delle fonti del diritto aveva consacrato definitivamente l'avvento di tale principio, ma Romano era ben consapevole che di quest'ultimo non era ammissibile una interpretazione così lata da trasformare la massima garanzia dello Stato di diritto — la legge — nel suo esatto contrario ovvero nella riedizione moderna di un assolutismo giuridico (quello parlamentare) ⁽²¹⁾.

Lungo questo sentiero, Romano giungeva a concepire teoricamente e ad individuare praticamente limiti giuridici materiali alla funzione legislativa ⁽²²⁾; tuttavia, per il giuspubblicista siciliano ciò non autorizzava affatto a pensare che la garanzia dei medesimi dovesse essere affidata al sindacato dei giudici. E a tale *non sequitur* bastavano poche osservazioni, tra l'altro di stretto diritto positivo: in primo luogo, il mero dato della flessibilità costituzionale ovvero l'inesistenza di « un potere legislativo straordinario » ⁽²³⁾ in base al quale poter giudicare della legittimità sostanziale della legge; in secondo luogo, il principio della divisione dei poteri, il quale, se non vietava la configurabilità giuridica di limiti giuridici al legislatore, non consentiva di estendere l'area di operatività della giurisdizione al punto tale da conferirle un predominio che il principio in parola le vietava nel modo più netto ⁽²⁴⁾.

Per Romano, sostenere che i limiti giuridici alla funzione legislativa potessero essere fatti valere in giudizio sarebbe equivalso ad una piena incomprensione di quella nozione di « Stato di diritto »

⁽²¹⁾ Per Romano, « il principio per cui in ogni Stato è necessario che esista un organo sovrano, non subordinato a nessun altro, va retamente inteso e non portato a conseguenze, che da esso non discendono e che sono in contraddizione con i caratteri più spiccati del diritto pubblico moderno » (ivi, p. 122).

⁽²²⁾ Ad es., il divieto di esercitare la funzione giurisdizionale (cfr. ivi, p. 134 e ss.), oppure il divieto di modificare altre leggi mediante la legge di bilancio (cfr. ivi, pp. 138-139). Quanto allo Statuto, Romano rifiutava quelle dottrine che consigliavano di procedere a modifiche « solo quando esse sono rese inevitabili e dai mutati bisogni e da una matura e ben accertata opinione pubblica »: « di ciò si fa un semplice precetto di saggezza e di prudenza politica, e la figura del limite giuridico non trova alcun modo di concretarsi » (ivi, p. 141). A suo avviso, tali limiti giuridici potevano essere rinvenuti o nella necessità o a partire dalla figura della consuetudine (cfr. ivi, p. 142 e ss.).

⁽²³⁾ Ivi, p. 132.

⁽²⁴⁾ Cfr. ivi, pp. 132-133.

cui egli stesso aspirava e dalla quale faceva discendere un complesso di margini oltre il quale il legislatore non poteva andare. Lo « Stato » è « di diritto » perché ogni atto pubblico è ad esso imputabile ed è giuridicamente definito e definibile, ma ciò non voleva dire affatto che ogni atto statale potesse essere sottoposto all'esame di un giudice, giacché la giuridicità manifestantesi a livello legislativo — e che giustificava la ricerca di limiti sostanziali di diritto positivo al legislatore italiano — non importava affatto la giustiziabilità degli stessi (25).

3. *Il problema del controllo considerato in maniera sostanziale: Vittorio Emanuele Orlando...*

Tuttavia, che il giudizio sulle leggi per il loro contenuto non potesse essere respinto in maniera così celere e semplificante lo si evince proprio dal maestro di Santi Romano — Vittorio Emanuele Orlando —, il quale però, nonostante la propria autorevolezza, rimase a conti fatti uno dei pochi a non basarsi sulla circostanza per cui lo Statuto taceva sulla propria revisione (26).

(25) In breve, la nozione romaniana dello Stato di diritto non è « quella di uno Stato sempre più *limitato e dominato dal diritto* », bensì è « quello Stato che *lavora per il diritto* [...]». Nel primo caso, lo Stato di diritto è prima 'di diritto', e poi 'Stato', ed anzi, a rigore, è 'Stato' solo attraverso il diritto; nel secondo caso, all'opposto, lo Stato di diritto è prima 'Stato', e poi 'di diritto' » (Maurizio FIORAVANTI, *Costituzione e Stato di diritto* (1991), in Id., *La scienza*, cit., vol. II, p. 577). Su questa nozione tanto fortunata, quanto polisemica, cfr. almeno *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa, D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2002.

(26) Come fece la stragrande dei giuristi alle prese con questo tema: cfr. — senza pretesa di esaustività, ma con notevole costanza dall'età liberale al fascismo — P. GRIPPO, *Il potere giudiziario in rapporto alla costituzione dello Stato*, Napoli, Stab. tip. Lanciano, 1881, p. 66 e ss.; L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, Firenze, Pellas, 1881², vol. I, p. 189 e vol. II, pp. 279-280 e 546; G. SAREDO, *Trattato delle leggi nei loro conflitti di luogo e di tempo e della loro applicazione: commentario teorico-pratico del titolo preliminare del codice civile e delle leggi transitorie per l'attuazione dei codici vigenti*, Firenze, Pellas, 1886, §§ 27-36; V. MICELI, *Principii fondamentali di diritto costituzionale generale*, Milano, Società Editrice Libreria, 1898, p. 250 e ss.; LESSONA, *La legalità della norma*, cit., p. 31 e ss.; F. RACIOPPI, *Il sindacato giudiziario*, cit., coll. 705-706; G. ARANGIO-RUIZ, *Costituente*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, 1906, vol. III, parte IV, p. 432 e ss. nonché *Intorno al sindacato giudiziario delle leggi*, in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranalletti*, cit., vol. I, p. 17 e ss.; F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, Napoli,

Orlando affrontò la questione nel saggio *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* (27) e la chiuse nel senso di un'assoluta inammissibilità di un potere di tale genere in capo ai giudici, sulla base di un'argomentazione che era molto più problematica ed aveva il pregio di restituire in maniera più netta l'autentica posta in gioco posta al fondo di tale quesito.

Orlando, infatti, poneva il tema del controllo di legittimità sostanziale della legge come problema *giurisdizionale*: come problema, cioè, dei limiti entro i quali il giudice — e solo il giudice comune (28) — avrebbe potuto espletare la propria funzione di garanzia nei confronti dei massimi poteri pubblici, e — più in

Jovene, 1909, p. 228 e ss.; V. CRISAFULLI, *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, Cedam, 1940, vol. I, p. 663 e ss. nonché *Profili costituzionali del diritto processuale*, in « Stato e diritto », II (1941), p. 41 e ss.

(27) In *Biblioteca di scienze politiche A. Bruni*, 1890, sez. I, vol. V, p. 919 e ss. Su Orlando e la giustizia costituzionale si veda G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di Vittorio Emanuele Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 132 e ss.

(28) Per Orlando, infatti, la questione andava esaminata nella forma della giurisdizione diffusa e non in quella accentrata essenzialmente per due motivi — il secondo più importante del primo. In primo luogo, un controllo delle leggi per il loro contenuto svolto da un'apposita istituzione conduceva al di fuori della sfera della giurisdizione in quanto « qui vien meno l'argomento fondamentale di essi [i sostenitori del controllo], cioè il conflitto di una legge con un'altra nel *caso concreto*, e si tratta di fondare un'altra Camera legislativa, la cui utilità sarebbe tanto più contrastata, o di creare un potere supremo e vindice » (ORLANDO, *Teoria giuridica*, cit., p. 947). Ma soprattutto, il controllo di legittimità sostanziale della legge, proprio in quanto possibile — ma, a suo giudizio, inammissibile — « guarentigia giurisdizionale », non costituiva rimedio contro ipotesi di conflittualità politica che potessero mettere a repentaglio i diritti politici del cittadino e, dunque, la saldezza di tutta la convivenza civile: la lesione di una « libertà politica », in quanto « essenzialmente pertinente alla sfera del diritto pubblico », si traduceva in una minaccia per le fondamenta dello Stato e dell'obbligazione politica e postulava perciò dei mezzi di tutela del medesimo tenore, che potevano anche essere esercitati individualmente, ma il cui « contenuto è attinente al diritto popolare », ovvero le « guarentigie costituzionali » e, cioè, quel diritto — collettivo o individuale — di resistenza che conseguentemente « non può che costituire un diritto eccezionale » (ivi, pp. 1053-4 e in nota). Per Orlando, il giudizio sulle leggi era una *garanzia propria dello stato di normalità* e relativa ai rapporti giuridici instaurati dai privati — perciò giurisdizionale —, non un *rimedio proprio dello stato di eccezione* e attinente alla dimensione della forma di governo: ciò aiuta a capire non solo perché la dottrina giuspubblicistica sotto l'imperio dello Statuto Albertino abbia sempre trattato

generale — come problema del ruolo che la giurisdizione avrebbe dovuto assumere in seno alla statualità moderna. E Orlando, pur riconoscendole una certa importanza, non annetteva carattere pregiudiziale al principio della divisione dei poteri ai fini del rigetto di qualsiasi ipotesi di sindacato giurisdizionale della legge ⁽²⁹⁾. Anche l'attitudine dei giudici comuni a valutare la costituzionalità della legge non era argomento che poteva valere sul tavolo del giurista ⁽³⁰⁾; e persino il rischio che mediante tale controllo la giurisdizione finisse con il contrapporsi al legislativo non preoccupava specificamente Orlando ⁽³¹⁾.

Ciò che, a suo avviso, possedeva decisiva rilevanza era la distinzione fra flessibilità e rigidità costituzionali. Si badi: per Orlando non era sufficiente — come, invece, lo era e lo sarà per la dottrina dominante —, inferire dal silenzio dello Statuto circa la propria modifica la conclusione che esso era flessibile; come pure non bastava l'elementare constatazione per cui in ordinamenti costituzionali flessibili le antinomie fra leggi è regolata quasi esclusivamente dal criterio cronologico e non da quello gerarchico. Se ci si fosse limitati a questa osservazione, Orlando avrebbe dovuto ammettere che esiste un altro universo giusteorico — quello delle costituzioni rigide — in cui il controllo giudiziario della legge è (o può essere) una realtà.

Per Orlando, invece, quella distinzione aveva un significato sostanziale e la ragione principale della sua opposizione risiedeva su un piano generale e aveva a che vedere con i fondamenti dell'edificio statale. Il controllo giurisdizionale di legittimità sostanziale della legge era impossibile per la semplice ragione per cui non esisteva affatto il parametro di giudizio — la costituzione — quand'anche essa fosse contenuta in un documento avente tale intitolazione e quand'anche essa non fosse modificabile dal legislatore ordinario.

della questione quale aspetto dell'indagine concernente i limiti del potere giudiziario nello Stato moderno; ma anche quanto sia distante il dibattito weimariano sul « custode della costituzione » che era tutto condizionato, invece, dall'esigenza di individuare una garanzia per la stabilità politica di ordinamenti a forte tendenza disgregativa.

⁽²⁹⁾ Cfr. *ivi*, p. 955.

⁽³⁰⁾ Cfr. *ibidem*.

⁽³¹⁾ Cfr. *ivi*, p. 956.

Detto altrimenti, per Orlando, sul piano teorico e non semplicemente sul terreno di un'indagine di stretto diritto positivo, la *ratio* della flessibilità — ciò che segnava la sua superiorità rispetto ad ordinamenti in cui la costituzione è rigida — stava nella piena consapevolezza che « se noi ci facciamo a considerare queste odierne Costituzioni, troviamo che esse sono l'effetto di una preparazione precipitosa e quasi sempre sproorzionata alla loro importanza »⁽³²⁾ e che « il determinare il momento in cui un diritto pubblico diventa costituzionale (ammesso sempre che ciò sia possibile) sarà sempre arbitrario »⁽³³⁾.

Ora, alla base dell'ostilità orlandiana al controllo giurisdizionale della legge e della connessa interpretazione della flessibilità costituzionale non può non ravvisarsi la diffidenza tipicamente liberale verso il potere costituente che, figlio di quella stagione costituzionalmente instabile e improduttiva che fu il giacobinismo rivoluzionario, esprimeva quanto di più distante vi fosse dalla solidità raggiunta dalla dottrina giuridica tardo-ottocentesca con il concetto della personalità giuridica dello Stato e con il primato della legge⁽³⁴⁾. Per Orlando, permettere al giudice di controllarla equivaleva a porlo a diretto contatto con gli elementi portanti dell'ordine giuridico, in una parola, con la costituzione materiale: ciò che si profilava all'orizzonte non era tanto una crescita in termini politici della funzione giurisdizionale tale da alterarne la tradizionale fisiologia, ma piuttosto il rischio di dare ingresso ad istanze che avrebbero profondamente inciso su una giuridicità la cui principale forma di espressione al livello statale, per Orlando, non poteva essere che di natura legislativa.

⁽³²⁾ *Ibidem*.

⁽³³⁾ Ivi, p. 954. In Orlando, al contrario di Romano, la flessibilità dello Statuto è il punto di arrivo e non quello di partenza nel ragionare sul controllo giudiziario del contenuto delle leggi: a suo avviso, il giudice non può svolgere questo controllo non per l'elementare e tutto sommato semplicistica ragione per cui lo Statuto Albertino è flessibile, ma perché non esiste una costituzione a monte dello Statuto — ed è per questo che esso è flessibile.

⁽³⁴⁾ Sull'atteggiamento della cultura giuridica liberale nei confronti del potere costituente cfr. almeno Maurizio FIORAVANTI, *Potere costituente e diritto pubblico* (1992), in Id., *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 215 e ss. nonché *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2014³, p. 101 e ss.

Certo, si potrebbe derubricare la posizione di Orlando come un tipico atteggiamento liberale, propenso a vedere la propria *Verfassung* più nei codici che nelle carte costituzionali e aderente ad una concezione dell'unità politica e giuridica dello Stato che la storia successiva si sarebbe incaricata di smentire. In effetti — come si illustrerà successivamente —, tale diffidenza nei confronti del concetto di costituzione sarà ampiamente superata e non sarà più possibile trovare in essa la giustificazione della flessibilità costituzionale, la quale potrà essere adoperata contro il giudizio delle leggi per il loro contenuto solo in maniera estrinseca.

Tuttavia, non era solo questa diffidenza a motivare l'opposizione orlandiana al controllo giudiziario di legittimità sostanziale della legge. A suo avviso, infatti, tale controllo avrebbe sempre posseduto una connotazione che mal si conciliava con il rapporto di natura interpretativa che i giudici hanno con i testi normativi. Per Orlando non si trattava di discutere se esso fosse compatibile o meno con il principio della divisione dei poteri e con la presunta adeguatezza culturale e morale dei giudici a compiere tale sindacato: se ci si poneva da questo punto di vista, si poteva anche giungere a non ravvisare ostacoli insormontabili al riconoscimento di questa funzione, che in ipotesi avrebbe potuto persino conciliarsi con la supremazia del legislativo rispetto al giudiziario. Il problema era che « il diritto pubblico non si presta ad una codificazione »⁽³⁵⁾ e « la consuetudine, la quale in un popolo alquanto progredito diventa nei rapporti privati una parte di diritto di importanza infima e quasi nulla, nel diritto pubblico sarà sempre [...] una fonte principalissima di diritto »⁽³⁶⁾. In altri termini, secondo Orlando, al di là della diffidenza nei confronti del concetto di costituzione, un controllo del genere equivaleva, in fin dei conti, a sancire l'accesso ad una dimensione che si rivelava propriamente non giurisdizionale e che non era rimediabile con un *drafting* accurato e attento: anche con un parametro di giudizio ben scritto — cosa che, peraltro, Orlando escludeva in radice proprio per quella connotazione⁽³⁷⁾ — la legge

(35) ORLANDO, *Teoria giuridica*, cit., p. 952.

(36) *Ibidem*.

(37) Cfr. *ivi*, pp. 951-952: « Si replicherà che queste imperfezioni sono accidentali e transitorie, sicché quegli inconvenienti più non si verificherebbero quando le Carte

non era un atto di diritto pubblico che si limitava a tutelare i diritti individuali del cittadino, ma aveva anche una propria sostanza politica che era alla radice della « mancanza di criteri obbiettivi per determinare con giuridica precisione le caratteristiche di queste leggi incostituzionali »⁽³⁸⁾.

Dunque, una garanzia giurisdizionale contro gli abusi del legislatore per Orlando non riusciva a trovare legittimazione scientifica in seno alla nozione di « Stato di diritto ». Essa, infatti, recava con sé una *plusvalenza* che ne pregiudicava irrimediabilmente la compatibilità con i principi fondamentali di quella nozione. In Orlando, tale plusvalenza prendeva il nome di « potere costituente », rivelando in tal modo tutto il retaggio liberale nella risposta negativa che egli ne dava; al tempo stesso, però, essa evidenziava quanto il controllo giurisdizionale della legge costituisse una grandezza giuridico-costituzionale tale da non poter essere ridotto ad un procedimento nel quale il giudice non doveva fare altro che rilevare le cause d'invalidità della legge alla stessa stregua di un qualsiasi atto giuridico, sia esso pubblico che privato. Il problema, nella visione del giurista siciliano, assumeva proporzioni che mal tolleravano un'eccessiva formalizzazione e investiva direttamente la dottrina dello Stato e della costituzione: lo riprova la circostanza per la quale nell'argomentazione orlandiana il sindacato giurisdizionale della legge aveva ad oggetto non tanto la *validità* della legge, bensì la sua *costituzionalità*, alludendo in tal modo alle delicatissime implicazioni d'ordine generale che una competenza di tal genere inevitabilmente avrebbe comportato⁽³⁹⁾.

costituzionali fossero ben redatte. Ma, in primo luogo, ed è questo un argomento essenziale, noi neghiamo che quelle imperfezioni siano accidentali e rimediabili ». In termini teorico-interpretativi attuali si potrebbe dire che, per Orlando, nel giudizio sulle leggi la componente pragmatica dell'interpretazione — che fa leva su « considerazioni fondate su una valutazione della ragionevolezza pratica del risultato, giudicati in relazione a certe fondamentali valutazioni presupposte » (A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), a cura di G. Gavazzi, Torino, Einaudi, 1990, p. 137) — conti così tanto da rendere secondaria la precisione e la cura che si possa avere verso la componente semantica — che « corrisponde al 'senso linguistico normale secondo il significato usuale delle parole' » (ivi, p. 138).

⁽³⁸⁾ ORLANDO, *Teoria giuridica*, cit., p. 951.

⁽³⁹⁾ Orlando non muterà la propria contrarietà a qualsiasi forma di controllo giurisdizionale sulla legge anche dopo il tramonto della flessibilità ovvero con la (rigida)

4. ...*Gaetano Mosca e Lodovico Mortara.*

Al di fuori di Orlando, però, furono pochissimi gli altri interpreti che, nell'affrontare il problema di un controllo giudiziario delle leggi per il loro contenuto, preferirono spendere argomentazioni più robuste che constatare la mera mancanza di « un potere legislativo straordinario » o appellarsi genericamente al principio della divisione dei poteri.

Uno di questi — non a caso accomunato a Orlando da una considerazione nient'affatto formalistica del diritto ⁽⁴⁰⁾ — fu Gaetano Mosca. Mosca, per la verità, si occupò solo occasionalmente del tema — nel corso della sua tesi per la libera docenza in diritto costituzionale ⁽⁴¹⁾ —, ma, nonostante la brevità delle osservazioni, manifestò un'opinione che per contenuti e metodo non era dissimile da quella orlandiana.

In primo luogo, per Mosca, condizione per aversi sindacato giudiziario materiale delle leggi era la rigidità del parametro di giudizio ovvero che « il Parlamento non debba avere il Diritto di modificare la Costituzione, e che questa facoltà venga concessa ad un altro potere non già legislativo ma costituente » ⁽⁴²⁾; eppure, Mosca non chiudeva l'indagine semplicemente ricordando che quel « Diritto » non era espressamente contemplato dallo Statuto ⁽⁴³⁾, ma

Costituzione repubblicana: cfr. V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », I (1951), p. 5 e ss.

⁽⁴⁰⁾ Sulla consonanza fra Orlando e Mosca cfr. Maurizio FIORAVANTI, *Gaetano Mosca e Vittorio Emanuele Orlando: due itinerari paralleli (1881-1897)* (1982), in Id., *La scienza*, cit., vol. I, p. 181 e ss. e, da ultimo, M. FOTIA, *La formazione costituzionalista di Gaetano Mosca e i suoi rapporti con Vittorio Emanuele Orlando e Santi Romano*, in « Le Carte e la storia », X (2004), p. 217 e ss. Sulle osservazioni di Mosca in tema di giustizia costituzionale cfr. LUTHER, *Idee e storie*, cit., pp. 182-183 nonché F. MANCUSO, *Gaetano Mosca e la tradizione del costituzionalismo*, Napoli, Esi, 1999, p. 329 e ss.

⁽⁴¹⁾ G. MOSCA, *Dei rapporti fra il parlamento ed il potere giudiziario in ispecie in relazione ai giudizi di costituzionalità delle leggi, alla verifica dei poteri ed al sindacato delle Camere sull'azione del potere giudiziario* (1885), in Id., *Ciò che la storia potrebbe insegnare. Scritti di scienza politica*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 379 e ss.

⁽⁴²⁾ Ivi, p. 383.

⁽⁴³⁾ Significativamente Mosca lo ricorda in nota, affermando — più precisamente — che « si sa che in Italia *tacitamente* è stato riconosciuto nel Parlamento il Diritto di modificare la Costituzione » (ivi, p. 383 — corsivo aggiunto).

preferiva andare oltre. Da un lato, infatti — e in ciò non può non cogliersi l'eco della diffidenza liberale di cui si è detto poc'anzi avverso il potere costituente —, a suo avviso era sconsigliabile istituire un apposito potere per le modifiche della costituzione « che dovrebbero piuttosto succedersi lentamente ed in modo continuo sì, ma quasi insensibile » (44); dall'altro lato, quand'anche fosse stato possibile metter su « un organo costituente serio e ben organizzato » (45), da una franca considerazione della situazione politico-costituzionale italiana sarebbe emersa in tutta evidenza la difficoltà di creare un potere politicamente significativo, « che abbia realmente la forza d'infrenare la preponderanza parlamentare » (46).

Ma, per Mosca, la rigidità costituzionale era un requisito, sì, necessario, ma del tutto insufficiente se non si rivolgeva uno sguardo realistico nei confronti della giurisdizione. Per istituire un giudizio sulle leggi per il loro contenuto non bastava semplicemente un dettato normativo che esplicitamente lo prevedesse: in questo modo « ci pare che il credere che la Magistratura possa esercitare un controllo efficace sull'azione del Parlamento sia uno di quegli errori in cui cadono coloro che nelle costituzioni non vedono che il lato meccanico, lo scritto dell'articolo, e non sanno che affinché questo riesca efficace, bisogna che sia la manifestazione o meglio la legalizzazione di una forza sociale, di un organismo che agisce » (47). Anche in Mosca, quindi — al pari che in Orlando — v'era la piena consapevolezza che una novità del genere non potesse essere ristretta nell'ambito delle cd. *technicalities*, ma portasse con sé un *quid pluris* rispetto al ruolo rivestito dalla giurisdizione sul continente europeo e tale da richiederne uno totalmente nuovo dal punto di vista sia fattuale che concettuale. Per Mosca, purtroppo tale meta non era alla portata dell'Italia d'allora: non solo la magistratura del periodo versava in condizioni organizzative talmente deprecabili da non poter permettere un sindacato davvero efficace (48), ma soprattutto sarebbe stata necessaria un'altra concezione di giurisdizione,

(44) Ivi, p. 386.

(45) Ivi, p. 389.

(46) *Ibidem*.

(47) Ivi, p. 387.

(48) Cfr. ivi, pp. 386-387.

del tutto indipendente dall'esecutivo e dal legislativo ed espressiva di una propria forza politica capace di contrapporsi a quella del parlamento, e — ad avviso di Mosca — «l'attuazione di queste condizioni richiederebbe il completo rinnovamento della nostra organizzazione politica, cosa né facile, né prossima e per la quale non siamo ancora completamente maturi» (49).

Un altro autore sul quale pure vale la pena soffermare l'attenzione è il giusprocessualista Lodovico Mortara, e vale la pena non solo perché, nell'Italia liberale, può dirsi sia stato l'unico interprete di livello a dare al quesito in esame una risposta chiaramente affermativa — seppure in misura piuttosto limitata. Innanzitutto, Mortara giungeva a questo risultato non agitando affatto lo «spettro» di una costituzione sovraordinata al legislatore ordinario: in ciò dimostrò efficacemente che, per negare il sindacato, occorreva scontrarsi con argomenti come quelli prodotti da Orlando e non semplicemente far leva — come la maggioranza propendeva a fare — sul fatto che lo Statuto non aveva istituito alcun organo speciale per emendarlo; al tempo stesso, insinuò l'idea — da lui appena abbozzata, ma che sarà sviluppata successivamente da altri, in particolare da Esposito — che la flessibilità costituzionale non escludesse affatto la configurazione di vincoli giuridici materiali al legislatore sindacabili da parte del giudice. Ma Mortara è significativo soprattutto perché è la testimonianza della (tardiva) scoperta che il problema del controllo giudiziario sul contenuto delle leggi non aveva una ed una sola soluzione dettata dall'inesistenza di «un potere legislativo straordinario», ma implicava una decisione *pro* o *contra* di sicura rilevanza costituzionale.

Mortara, infatti, inizialmente era perfettamente allineato alla dominante dottrina sia per la risposta (negativa) che per gli argomenti a suo sostegno. Nella prima edizione (50) del volume I — relativo alla nozione di giurisdizione — del suo *Commentario del*

(49) Ivi, p. 389.

(50) Il *Commentario* uscì a fascicoli tra il 1898 e il 1909 e fu, poi, raccolto in 5 volumi, di cui solo l'ultima edizione — la quinta — reca impressa la data di pubblicazione (il 1923). Per le altre edizioni la data di pubblicazione è qui ricavata indirettamente grazie alla bibliografia di Mortara, curata da Cipriani e Carrata (F. CIPRIANI, N. CARRATA, *Bibliografia di Lodovico Mortara*, in «Quaderni fiorentini», XIX (1990), p. 121 e ss.).

Codice e delle leggi di procedura civile ⁽⁵¹⁾, il sindacato giudiziario sul contenuto delle leggi era escluso sulla base del consueto ragionamento per cui « la funzione legislativa non esercita ma assorbe tutti gli attributi della costituente; laonde viene meno la possibilità del sindacato sopra la costituzionalità delle leggi, venendone meno la stessa materia » ⁽⁵²⁾. Eppure, nella stessa edizione, ma nel volume II — dedicato alla competenza ⁽⁵³⁾ — iniziava a far capolino qualche dubbio circa la fondatezza di questa tesi. Lo stimolo di questa perplessità non era affatto teorico, ma del tutto pratico, in quanto prodotto dalla prassi dei comandanti militari in stato d'assedio di istituire tribunali eccezionali mediante proprio bando: è vero che per il codice penale militare dell'epoca i bandi militari avevano forza di legge, ma proprio per questo Mortara si chiedeva se la legge e qualsiasi atto ad essa equiparato — come i bandi militari — potessero derogare al principio del giudice naturale di cui all'art. 71 dello Statuto ⁽⁵⁴⁾. E, per Mortara, tale principio, in quanto riflesso processuale dell'eguaglianza dinanzi alla legge, costituiva « un limite a

⁽⁵¹⁾ L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile. I. Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, Vallardi, s.d. (ma tra il 1898 e il 1900), p. 148 e ss.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 148.

⁽⁵³⁾ L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile. II. Della competenza. I principii generali della procedura*, Milano, Vallardi, s.d. (ma tra il 1900 e il 1904), p. 375 e ss.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. ivi, pp. 376-378, anche in nota. Si badi che Mortara si poneva questo interrogativo solo in riferimento all'art. 71 e, inoltre, all'art. 31 dello Statuto, che dichiarava l'inviolabilità da parte dello Stato di ogni suo debito. Come si può notare, quindi, quest'apertura verso il sindacato era molto circoscritta, il che può forse spiegare perché sia passata quasi inosservata nella letteratura storiografica (cfr. in tal senso i brevi cenni offerti da BIGNAMI, *Costituzione flessibile*, cit., p. 35 e da A. MONTESANO, *Rapporti e "conflitti" tra giurisdizione civile e potere legislativo ed esecutivo nel primo volume del commentario di Lodovico Mortara e in dottrina e sentenze di ieri e di oggi*, in « Rivista di diritto processuale », LII (1997), p. 969 e ss.), la quale, invece, è stata comprensibilmente molto più attratta dalle sue tesi — sicuramente più articolate e dotate di maggiore risonanza — circa il controllo sull'uso della decretazione d'urgenza da parte dell'esecutivo (cfr. al tal riguardo N. PICARDI, *Lodovico Mortara magistrato*, in « Giustizia civile », XLVIII (1998), parte 2, p. 159 e ss. e M. MECCARELLI, *La questione dei decreti-legge tra dimensione fattuale e teorica: la sentenza della Corte di cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 riguardo al r.d. 22 giugno 1899 n. 227*, in « Historia constitucional », VI (2005), p. 263 e ss.).

possibili abusi degli organi supremi politici dello stato, ma eleva pure una barriera insuperabile alla podestà degli organi legislativi » (55). Si tratta, però, di affermazioni ancora contrassegnate da una certa timidezza. Mortara, infatti, non prendeva in considerazione gli aspetti operativi di un controllo del genere e precisava — quasi ad esorcizzare il rischio di dovervi fare davvero i conti — che « è estremamente verosimile che nessun parlamento di stato libero, e quindi nessun parlamento italiano fino a che dureranno le presenti istituzioni politiche delibererà mai l'abolizione del debito pubblico o la creazione di tribunali o commissioni straordinarie che sottraggano alcuna persona ai suoi giudici naturali » (56).

Invece, a partire dalla quarta edizione del volume I del *Commentario* (57) tale timidezza venne ampiamente superata. Ed invero, dopo aver reso omaggio alla tesi tradizionale secondo cui laddove vi sia flessibilità costituzionale ivi non può darsi giudizio sulle leggi per il loro contenuto, aggiunse una chiosa — assente nelle precedenti edizioni — secondo la quale « la regola, per altro, non è così assoluta da non ricevere qualche eccezione » (58). A suo avviso, lo Statuto andava preso sul serio e principi come quelle espressi dagli artt. 31 e 71 « non possono intendersi come semplici dichiarazioni di principi o di tendenze » (59). Certo, non era un'operazione facile: il diritto vigente non contemplava mezzi per la sua attuazione — e in questo senso, per Mortara, « troviamo una indicazione analogica (dico semplicemente una indicazione) nell'art. 5 della legge sul contenzioso amministrativo » (60) —; come pure non era da sottovalutare l'impatto sul ruolo del potere giudiziario — e per questo egli si affrettava a precisare che il giudice « non si arroga con ciò il potere di revocare la legge » (61). E tuttavia, erano perplessità da superarsi perché « sarebbe insano affermare che la garanzia giuri-

(55) L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile. II. Della competenza*, cit., p. 376.

(56) Ivi, p. 379 in nota.

(57) L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile. I. Teoria e sistema*, cit., p. 148 e ss.

(58) Ivi, p. 148.

(59) Ivi, p. 149.

(60) *Ibidem.*

(61) *Ibidem.*

sdizionale non si estenda anche all'osservanza delle norme statutarie » (62), giungendo persino a sostenere che nei limiti giuridici materiali al legislatore da lui ipotizzati « si contiene una attività, vorrei dire sopravvissuta, del potere costituente, in perpetua funzione per custodire certe zone dell'ordinamento giuridico inaccessibili all'azione legislativa ordinaria » (63).

5. *Il dibattito durante il fascismo: tesi (Carlo Esposito)...*

Quella di Mortara fu, però, proposta che, nell'immediato, rimase priva di seguito e, poco dopo, divenne anche irricevibile.

Non ebbe seguito perché l'opinione contraria al sindacato era ormai troppo consolidata per poter essere contestata e qualsiasi sua critica sarebbe apparsa di fatto « eretica » (64); inoltre, tale proposta era assai insidiosa perché avrebbe obbligato a riscrivere la storia costituzionale statutaria dalle sue origini. Se la flessibilità non escludeva la configurazione di taluni limiti giuridici materiali al legislatore; se questa flessibilità e questi limiti non erano un prodotto recente della storia dell'Italia unita, ma potevano essere riconosciuti nello Statuto, male aveva fatto la dottrina a respingere il giudizio sulle leggi per il loro contenuto e sarebbe emersa tutta la scarsa neutralità di una tesi del genere.

Divenne, poi, irricevibile a causa dell'avvento del fascismo. Innanzitutto, il regime fece capire ben presto di non tollerare alcun tentativo di porre limiti — come poteva essere, ad esempio, proprio

(62) *Ibidem*.

(63) Ivi, p. 150.

(64) Non è un caso, infatti, che in tutta la storia del pensiero giuridico sotto la vigenza formale dello Statuto Albertino solo pochissimi interpreti cercarono di accreditare il sindacato giurisdizionale di legittimità sostanziale della legge e nessuno di essi ebbe seguito: cfr. A. MALGARINI, *Della libertà civile nelle costituzioni moderne*, in « Archivio giuridico », XXXII (1884), p. 120 e ss., secondo cui lo Statuto poteva essere modificato solo per il tramite di plebisciti, sostenendo il controllo giudiziario su tutte le leggi ad esso contrastanti approvate in maniera difforme; GRAZIANO, *Il sindacato*, cit., il quale giunse alla (poco felice) soluzione di attribuire al legislatore il potere *formale* di modificare o abrogare le norme statutarie, ma di negarglielo sul piano *sostanziale* in relazione ad alcune « norme primarie » (ivi, p. 51 e ss.) dello Statuto, tutelanti i diritti fondamentali dei cittadini.

un controllo giudiziario sulla legittimità sostanziale delle leggi — al suo progetto di accentramento del potere — e non a caso a farne le spese fu proprio Mortara ⁽⁶⁵⁾. A ciò si aggiunga che la natura autoritaria del nuovo regime impedì al dibattito di aprirsi in chiave comparata, in direzione di quelle prime prove di giustizia costituzionale di cui stavano facendo esperienza le democrazie di massa nate dopo il primo conflitto mondiale ⁽⁶⁶⁾. Per di più la mancanza di una frattura costituzionale formale produsse l'effetto di non stravolgere l'agenda della dottrina su questo tema — che rimase saldamente imperniata sui poteri del giudice *comune* di controllare le leggi —, ponendo in tal modo ai margini tutti coloro i quali intendevano inquadrarlo secondo coordinate teoriche eccentriche ⁽⁶⁷⁾.

Tuttavia, potrà sembrare un paradosso, ma tutto ciò non

⁽⁶⁵⁾ Come noto, Mortara, nella sua veste di Primo Presidente della Cassazione romana, nel 1923 fu posto anticipatamente a riposo dal Governo Mussolini a causa di due sentenze — di cui egli stesso fu estensore — che avevano sanzionato con l'annullamento l'abuso della decretazione d'urgenza da parte di quel Governo (su questa vicenda cfr. N. PICARDI, *Lodovico Mortara nel centenario del suo giuramento in Cassazione*, in « Rivista di diritto processuale », LVIII (2003), p. 367 e ss.).

⁽⁶⁶⁾ « È stato talvolta affermato, in linea generale, che nei regimi dittatoriali non trova luogo una giurisdizione costituzionale intesa come garanzia dei diritti dei singoli e delle minoranze. Pur tenendo conto, comparatisticamente, che lo stesso fenomeno è stato riscontrato anche in ordinamenti per altri aspetti sicuramente democratici e nei quali l'esclusione si giustifica con altre ragioni o trova, comunque, un qualche correttivo in altre istituzioni, tuttavia l'affermazione richiamata può sostanzialmente accogliersi come connotazione generale di quel periodo della nostra storia istituzionale » (D'ORAZIO, *La genesi*, cit., pp. 39-40).

⁽⁶⁷⁾ Come, ad es., proposte quali quella di un Costamagna — volta ad istituire una « Alta Corte Costituzionale », custode dei principi politici fondamentali del regime (cfr. C. COSTAMAGNA, *Le garanzie dello Stato*, in « Lo Stato », I (1930), 2, p. 192 e ss.) — e quella di un Panunzio — tesa a rendere il Consiglio di Stato, presieduto dal Capo del Governo, quale organo deputato a dirimere i « conflitti di competenza tra gli organi legislativi dello Stato », dopo la messe di innovazioni introdotte dal regime al livello di fonti del diritto (cfr. S. PANUNZIO, *Rivoluzione e Costituzione: problemi costituzionali della rivoluzione*, Milano, Treves, 1933, in particolare p. 203 e ss. e 238 e ss., nonché *Riforma costituzionale. Le corporazioni; il Consiglio delle corporazioni; il Senato*, Firenze, La Nuova Italia, 1934, in particolare p. 34 e ss.) — proposte che, infatti, non ebbero pressoché alcuna eco nel dibattito relativo all'ammissibilità di un controllo *giurisdizionale* di legittimità sostanziale della legge (ad es., il saggio espositivo — che pure è pregevole per la ricchezza della bibliografia — non li menziona affatto).

produsse affatto un affievolirsi del dibattito. Vero è che, data l'impossibilità di tradurlo sul piano della politica istituzionale, esso assunse in larga parte un carattere « espositivo-informativo » (68), ben attento a non trarne ricadute operative. Eppure, proprio questa impossibilità permise di continuare a discutere della questione in termini più astratti, sottoponendo a vaglio quei dogmi su cui la scienza giuridica d'età liberale si era appoggiata per negare il sindacato giudiziario, e giungendo persino a porre le premesse — ma solo le premesse — per una sua attuazione. Detto altrimenti, il fascismo creò un clima che esimeva dal trarre conseguenze pratiche da un'analisi sui poteri del giudice di valutare la legge per il suo contenuto, propiziando in tal modo indagini teoretiche, il che era di aiuto nell'evidenziare i limiti metodologici di quella scienza.

Ne è una testimonianza la già citata opera di Carlo Esposito — *La validità delle leggi* — che è fondamentale non solo perché offre la panoramica forse più esaustiva sul problema del controllo giudiziario sulla legittimità sostanziale della legge durante il fascismo (e anche a ritroso), ma anche perché dava al quesito una risposta *astrattamente* affermativa (69).

Per Esposito, a causa della crisi dello Stato legislativo-parlamentare che attraversava un po' tutta l'Europa continentale del primo dopoguerra, la messa in discussione del concetto della legge stava spingendo buona parte dei giuristi italiani e stranieri a dedicare molta attenzione al problema della validità della legge e del suo controllo giurisdizionale. A suo avviso, il tema era talmente « scottante » da chiamare in causa la capacità del giurista di essere autenticamente tale e di non lasciarsi condizionare da valutazioni di altra natura: di qui l'idea di tener fede ad un attento e consapevole formalismo, concepito quale rimedio a interpretazioni come quelle di Romano e della dominante giuspubblicistica che spesso celavano

(68) D'ORAZIO, *La genesi*, cit., p. 38.

(69) Sulla posizione di Esposito in rapporto all'indagine qui svolta cfr. *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, Milano, Giuffrè, 1993 (in particolare, i contributi di F. Modugno, G. Zagrebelsky, F. Sorrentino); F. MODUGNO, *Presentazione degli « Scritti giuridici scelti » di Carlo Esposito*, in « Quaderni fiorentini », XXX (2001), p. 813 e ss.; *Gli scritti camerti di Carlo Esposito (1928-1935)*, a cura di M. Ruotolo, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008 (in particolare, i contributi di F. Modugno e G.U. Rescigno).

preoccupazioni più politiche e sociologiche che autenticamente giuridiche (70).

In primo luogo, Esposito non vedeva per quale ragione la divisione dei poteri sarebbe stata rispettata quando il giudice poteva sottoporre a controllo gli atti amministrativi, mentre avrebbe patito una lesione irreparabile quando il medesimo giudice poteva valutare la validità della legge (71). Se fondamento di tale principio è la garanzia della libertà; se il suo fine ultimo consiste nell'impedire « l'assolutismo di un qualsiasi organo » (72), il sindacato giurisdizionale della legge, lungi dal concretizzare siffatti rischi, « applica il principio secondo cui il potere deve arrestare il potere, costituisce garanzia di libertà dei cittadini, limite all'onnipotenza degli organi legiferanti, estensione dello Stato di diritto al campo medesimo della formazione delle leggi; dall'altro lato la stessa molteplicità degli organi giurisdizionali, la loro indipendenza reciproca, la limitazione dei giudicati a singole fattispecie, offrono garanzia contro il dispotismo del giudiziario » (73). Dal suo punto di vista, il controllo giurisdizionale della legge non era altro che l'applicazione al livello legislativo di un principio giuridico assolutamente pacifico per il quale qualsiasi atto giuridico invalido, e dunque anche una legge, non poteva produrre effetti; la negazione del sindacato si risolveva in una negazione della divisione dei poteri, perché se il giudice era tenuto ad osservare una legge invalida, di fatto, violava il principio della sua soggezione alla legge finendo con il dettare egli stesso la norma da applicare al caso concreto; ed erano del tutto estranee ad una considerazione esclusivamente giuridica quelle osservazioni che puntavano su una presunta inidoneità morale o culturale dei giudici a svolgere una funzione siffatta (74).

In tal modo, però, Esposito non intendeva affatto rivedere la collocazione costituzionale che la giurisdizione aveva assunto nello Stato di diritto. Tutta la sua opera era attraversata dall'intento di non accrescere il ruolo della funzione giurisdizionale e il suo merito

(70) Cfr. ESPOSITO, *La validità*, cit., pp. 5-6.

(71) Cfr. *ivi*, p. 26.

(72) *Ivi*, p. 25.

(73) *Ibidem*.

(74) Cfr. *ivi*, pp. 26-28.

consisteva proprio nell'aver fatto fare a quest'ultima un passo innanzi, non solo riconoscendole il potere di sindacare la validità della legge — ciò che era ritenuto proprio di altri ordinamenti, in particolare quello statunitense ⁽⁷⁵⁾ —, ma soprattutto strutturando tale nuovo potere in termini ad essa fruibili ovvero in quei termini di calcolabilità e certezza del diritto che sono sempre stati considerati elementi necessari per l'esercizio della funzione giurisdizionale ⁽⁷⁶⁾. Non è un caso che nel saggio espositivo non vi fosse alcuna considerazione delle conseguenze giusprocessualistiche del controllo di validità della legge: quest'ultimo non poteva che essere « diffuso » ⁽⁷⁷⁾ e questioni processuali — come, ad esempio, l'effi-

⁽⁷⁵⁾ Che sia dai fautori che dagli oppositori del sindacato era sempre considerato come un mondo a sé stante, scarsamente accostabile all'esperienza italiana (se non proprio a quella continentale), a causa di un giudiziario ben diverso e, in parte, anche della sua natura federale: cfr. GRIPPO, *Il potere giudiziario*, cit., p. 83 e ss.; PALMA, *Corso*, cit., p. 545; RACIOPPI, BRUNELLI, *Commento*, cit., p. 443 e ss.; GRAZIANO, *Il sindacato*, cit., p. 18 e ss.; ARANGIO-RUIZ, *Intorno al sindacato*, cit., p. 20 e ss.; FERRACCIU, *Norme e riforme*, cit., p. 398 e ss.; M. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti*, in *Memorie dell'Istituto giuridico*, serie II, 16^a mem., Torino, 1931, nonché *Interpretazioni europee della dottrina americana del sindacato di costituzionalità delle leggi*, in « Studi urbinati », VI (1932), p. 66 e ss.; ESPOSITO, *La validità*, cit., pp. 25-26, il quale precisava che « ove sia riconosciuto ai precedenti giudiziari provenienti dalle supreme magistrature valore cogente per le decisioni future delle autorità inferiori, può arrivarsi (e forse anche si è arrivati in qualche Stato, a parte l'esagerazione dei critici) a certuni eccessi », citando il famoso saggio di E. LAMBERT, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti. L'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi* (1924), a cura di R. D'Orazio, Milano, Giuffrè, 1996, che negli anni Venti e Trenta contribuì moltissimo ad alimentare l'« incomunicabilità » fra le due sponde dell'oceano proprio in relazione al giudizio sulle leggi.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. ESPOSITO, *La validità*, cit., p. 25 in nota, laddove Esposito, dopo aver sostenuto più volte la compatibilità del controllo giudiziario di legittimità sostanziale della legge con il principio della divisione dei poteri, si affretta a precisare che « ciò non vuol dire però che il controllo giurisdizionale contrasti con la concezione dello Stato forte, poiché Stato di diritto e Stato forte non sono in antitesi, ma in accordo; e la capacità dello Stato di far valere il suo diritto anche di fronte ai suoi organi legislativi ed a se stesso, è il primo sintomo della sua potenza ».

⁽⁷⁷⁾ Il *favor* di Esposito per il sindacato diffuso non muterà nemmeno dopo la scelta dei costituenti a favore di quello accentrato, che non solo sarà da lui criticata (cfr. C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia* (1953), in *Id.*, *La Costituzione italiana — Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 263 e ss.), ma che lo

cacia della sentenza che dichiara l'invalidità di una legge o il contraddittorio in tali giudizi — ben potevano essere risolte secondo i consueti « canoni » della dottrina giusprocessualistica.

Ma Esposito non si limitava a criticare l'abuso del principio della divisione dei poteri contro il potere del giudice di accertare la legittimità sostanziale della legge. Egli provvedeva anche a demolire l'altro fondamentale ostacolo al riconoscimento di questo potere — la nozione di flessibilità costituzionale.

Anche in tal caso per Esposito la critica alla dottrina dominante passava attraverso una maggiore consapevolezza metodologica. È questa consapevolezza a fargli ritenere fin troppo sbrigativo, oltre che decisamente assertivo, trarre dall'inesistenza di un « potere legislativo straordinario » la conseguenza dell'impossibilità del sindacato; ma è la medesima consapevolezza ad impedirgli di basarlo sull'ipotesi diametralmente opposta — adombrando un'improbabile rigidità dello Statuto Albertino. Come per la divisione dei poteri, anche per la flessibilità non si trattava di dover preferire un dogma esattamente eguale e contrario a quello praticato fino ad allora, ma di fare — attraverso una scelta di metodo ispirata da un rigoroso formalismo — un passo indietro rispetto all'alternativa « flessibilità/rigidità ». Per Esposito, infatti, ad uno sguardo scevro da considerazioni di altra natura sarebbe emerso con chiarezza l'esistenza di limiti giuridici materiali al legislatore persino in quelle costituzioni comunemente denominate come « flessibili » ⁽⁷⁸⁾: di qui la tesi volta

spingeranno a ripubblicare del tutto immutata *La validità delle leggi*, precisando — appunto — che « se avessi dovuto scrivere oggi un libro sulla validità delle leggi, naturalmente avrei preso in considerazione la letteratura odierna (*nella quale, in genere, trovano solo nuova formulazione vecchie opinioni*) » (ESPOSITO, *La validità*, cit., p. III — corsivi aggiunti).

⁽⁷⁸⁾ Altra questione era chiedersi, poi, sul piano giuridico-positivo se e quali fossero i limiti materiali sindacabili nell'ordinamento italiano dell'epoca. In tal caso Esposito si guardava bene dal trarre conseguenze « eversive » dalla propria concezione della flessibilità: ai suoi occhi esso era ormai caratterizzato da rigidità costituzionale (cfr. *ivi*, p. 167), ma gli unici limiti che egli era disposto a riconoscere erano solo quelli di cui all'art. 12 della legge 2693/28 — che, come detto, davano vita, nella migliore delle ipotesi, ad un controllo giurisdizionale di natura prettamente estrinseca. In particolare, era esplicitamente critico nei confronti dei limiti individuati da Mortara (vd. *supra*, § 4), che ben potevano essere « espositianamente » considerati vincoli posti dallo Statuto alla legislazione futura (cfr. *ivi*, p. 144 e ss.).

non solo a relativizzare la distinzione fra rigidità e flessibilità costituzionali — a favore di un regime costituzionale unico munito di un maggior o minor numero di limiti materiali in capo al legislatore ⁽⁷⁹⁾ —, ma anche ad individuare tali limiti e a trattarli giuridicamente a prescindere dalla distinzione stessa ⁽⁸⁰⁾. Anche in quelle costituzioni cd. rigide, laddove una costituzione formalmente sovraordinata alla funzione legislativa può andare ben al di là di una stretta disciplina del procedimento legislativo, la qualificazione giuridica della legge invalida e la tipologia dei vizi rimanevano le medesime di una costituzione cd. flessibile e il problema del controllo giudiziario di validità della legge non mutava la propria fisionomia ⁽⁸¹⁾. Non valeva replicare che sovente le costituzioni, sia flessibili che rigide, contengono disposizioni dal significato alquanto indeterminato e, pertanto, foriere di una cospicua discrezionalità interpretativa: nel conflitto tra una giurisdizione preposta semplicemente ad applicare il diritto al caso concreto, e una costituzione che avrebbe potuto manifestare una giuridicità di forma e sostanza diverse da quella di una semplice legge, era la prima a prevalere tramite la collocazione di tutte le

⁽⁷⁹⁾ In ciò Esposito non ha fatto altro che anticipare la teoria del diritto contemporanea, la quale è concorde nel sostenere che anche in regimi costituzionali flessibili esistono (pochi) limiti materiali nei confronti del legislatore: in particolare, egli, tra la tesi che li individua nelle norme sull'abrogazione delle leggi e l'altra che qualifica quest'ultime come norme dispositive — con l'effetto di permettere a qualsiasi legge di porre limiti materiali a carico delle leggi future, divenendo così immodificabile —, optava per quest'ultima (cfr. *ivi*, pp. 69-72).

⁽⁸⁰⁾ Ovviamente, nella piena consapevolezza che « tali limiti, in astratto ammissibili senza esclusione di atti legislativi e di regime costituzionale, concretamente sono ben maggiori per importanza e per numero ove vi sia distinzione tra leggi costituzionali e ordinarie, rinforzate e semplici » (*ivi*, p. 231).

⁽⁸¹⁾ Infatti, a giudizio di Esposito, non aveva molto senso chiedersi se l'ordinamento italiano dell'epoca fosse ancora flessibile o fosse divenuto rigido, giacché alla distinzione « non si saprebbe dare una eccessiva importanza pratica dopo tutto quello che si è detto in questi capitoli per dimostrare come anche in costituzione flessibile le leggi possano soggiacere a limiti. Per quanto sia stato necessario partire dalla distinzione corrente tra costituzione rigida e flessibile per la critica alle idee correnti, il risultato raggiunto toglie in realtà alla distinzione, e all'applicazione nei singoli casi, tutto o gran parte del suo valore pratico » (*ivi*, pp. 167-168).

norme altamente vaghe ed ambigue nel novero dei limiti « indiretti » o di quelli « apparenti » o « direttivi » (82).

6. *...e antitesi (Costantino Mortati).*

La storia del pensiero giuspubblicistico conosce un altro eminente interprete che, al pari di Orlando e in contrasto con Esposito, ravvisava nel sindacato giurisdizionale sulla legittimità sostanziale della legge una incompatibilità di fondo con i « massimi sistemi » del diritto costituzionale. Si tratta di un contemporaneo di Esposito — Costantino Mortati —, il quale, proprio per aver posto mano ad un progetto alquanto ambizioso di rinnovamento della dogmatica giuspubblicistica, appare una voce molto rilevante nel dibattito sull'ammissibilità di un controllo giudiziario della legge per il suo contenuto.

Com'è noto, Mortati fu colui che, a seguito di un *iter* scientifico che coprì tutti gli anni Trenta fino agli inizi degli anni Quaranta, giunse ad attrarre nell'orbita del giurista proprio quel potere costituente — e la costituzione che ne è il prodotto — che Orlando, e con lui tutta la giuspubblicistica di età liberale, aveva ripetutamente e decisamente negato. La sua dottrina della costituzione in senso materiale rappresentava il tentativo di fornire una risposta specificamente giuridica al problema, divenuto ormai crescente con la crisi delle istituzioni liberali, dell'ordine giuridico, che non poteva più essere eluso mediante la sua ipostatizzazione nel ormai diafano concetto della personalità giuridica dello Stato: una dottrina che, stanca di una considerazione solo formale — divenuta ormai formalistica — della dimensione statuale, si pose in maniera diretta ed esplicita il problema dei contenuti politici dell'azione statale, non per dissolverne la capacità di dominio dei rapporti collettivi, ma, anzi, per rinsanguarne la razionalità resa ormai del tutto asfittica dall'ostinazione della dottrina di stampo liberale nel negare qualsiasi considerazione giuridica degli scopi dello Stato (83).

(82) Cfr. *ivi*, p. 215 e ss. e 219 e ss.

(83) Sulla posizione di Costantino Mortati ai fini della presente ricerca cfr. *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia, P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1990 (in particolare, i contributi di Maurizio Fioravanti, S. Bartole, A. Pizzorusso) e

In relazione al problema della validità della legge e del sindacato giurisdizionale, se si ricordano le ragioni principali che avevano alimentato l'opposizione orlandiana ad esso, dovremmo attenderci da Mortati un pieno riconoscimento della controllabilità giurisdizionale della legge. Se la legge non è più espressione di una razionalità intrinseca ed obbiettiva; se questa razionalità è desunta dalla sua conformità ad un indirizzo politico fondamentale che è volto a dare coerenza ed unità al funzionamento degli apparati pubblici e all'esercizio delle autonomie private; se tale indirizzo non è un *prius* esterno allo Stato e volto a strumentalizzarne la vita, ma si sedimenta in un ordine normativo certo e calcolabile, la sua (dello Stato) costituzione: ebbene, se nella riflessione mortatiana v'era tutto questo, breve sarebbe stato il passo a contestare i timori orlandiani circa l'individuazione di quei « *criteri obbiettivi per determinare con giuridica precisione* » i casi in cui una legge potesse dirsi o meno costituzionale e altrettanto agevole sarebbe stato riconoscere al giudice il potere di garantire la obbligatorietà dell'indirizzo politico espresso dalla costituzione nei confronti del legislatore.

E, invece, Mortati non sembrava di tale avviso. In un saggio del 1935 intitolato *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge* ⁽⁸⁴⁾, il costituzionalista calabrese sosteneva esplicitamente che anche la legge doveva conformarsi alla « legge fondamentale della sua [*sc.* dello Stato] struttura » ⁽⁸⁵⁾ e la sua convinzione nella natura giuridica di quest'ultima lo portava a definire in maniera concettualmente rigorosa quali fossero i tipi di vizi da cui sarebbe potuta essere affetta una legge contraria a quella « legge fondamentale » ⁽⁸⁶⁾. Tuttavia, nel momento in cui Mortati si chiedeva se l'accertamento dell'osservanza da parte della legge dei limiti ad essa posti « *abbisogni di una esplicita attribuzione, o se possa invece desumersi implicitamente* » ⁽⁸⁷⁾, emergevano taluni dubbi legati all'eventualità che il titolare di siffatto potere di accertamento finisse, poi, con il

Costantino Mortati costituzionalista calabrese, a cura di F. Lanchester, Napoli, Esi, 1989 (in particolare, i contributi di G. Zagrebelsky, V. Carusi-A. Pizzorusso).

⁽⁸⁴⁾ In MORTATI, *Raccolta di scritti*, cit., vol. II, p. 471 e ss.

⁽⁸⁵⁾ Ivi, p. 565.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. ivi, pp. 567-606.

⁽⁸⁷⁾ Ivi, p. 606.

sostituirsi al legislatore e con l'operare esso stesso quella valutazione che già aveva condotto quest'ultimo nell'esercizio della propria funzione.

In particolare, Mortati concentrava la propria attenzione su quelle parti di numerosi testi costituzionali, sia ottocenteschi che novecenteschi, ricche di rinvii a valori quali « la ragione, la giustizia, il diritto naturale » (88). Mortati non negava in principio che tali norme avessero valore giuridico, essendo imprescindibile indagare se esse « corrispondano o no all'essenza della costituzione, considerata nel suo complesso » (89); il problema sorgeva allorché tali norme fossero previste dalla costituzione « a scopo di valutazione della norma legale » (90): in tal caso le difficoltà non ruotavano tanto intorno all'appartenenza di tali norme alla costituzione stessa, quanto alla loro indeterminatezza « che richiede da parte dell'interprete, che debba dichiararla, quello stesso lavoro compiuto dal legislatore, allorché estraе dalla coscienza sociale una particolare regola di condotta, preesistente in questa, ma allo stato generico e, per così dire, indifferenziato » (91). Una valutazione della corrispondenza del contenuto dell'atto legislativo a finalità così vaghe ed elastiche poste dalla costituzione stessa si risolveva in un giudizio di opportunità paragonabile a quello condotto dal giudice amministrativo; tuttavia, « se, nei riguardi dell'atto amministrativo, il giudizio di opportunità può trovare nei criteri della tecnica amministrativa un elemento di obbiettività, che evita l'arbitrio di chi è chiamato ad esprimere il giudizio stesso, ciò avviene perché per esso agisce un duplice fattore di specificazione: la categorizzazione degli atti, e la ripartizione funzionale degli organi. Per la legge una simile ripartizione in base agli scopi non sarebbe pensabile che si facesse in via generale, e di fronte alla infinita molteplicità di scopi da raggiungere e di mezzi per pervenirvi, verrebbe meno il sussidio di una qualsiasi tecnica, e la ricerca del criterio di valutazione dovrebbe essere affidata all'interprete, all'infuori dell'indicazione di una qualsiasi

(88) Ivi, p. 607.

(89) Ivi, p. 608.

(90) Ivi, p. 604.

(91) *Ibidem*.

fonte suppletiva »⁽⁹²⁾. È significativo che Mortati concludesse il saggio rimarcando che « un tale sindacato può perfino portare a far perdere alla legge il suo carattere generale, facendo subentrare al suo luogo una serie di statuizioni particolari, le quali se, e in quanto riescano a costituirsi in sistema, portano alla sostituzione al vecchio di un nuovo ordinamento »⁽⁹³⁾.

Quindi, in Mortati un controllo giudiziario di legittimità sostanziale della legge faceva problema non perché non si desse il parametro di giudizio in base al quale svolgerlo. Tale parametro, anzi, dal suo punto di vista, non solo esisteva, ma era pienamente giuridico e, quindi, fruibile, ad esempio, per una valutazione della legalità dell'operato della pubblica amministrazione. Tale controllo faceva problema per l'elevata politicità dell'oggetto del controllo e del suo parametro: perché la determinazione che una costituzione può fare del contenuto di una legge è sempre delimitata, generica e insufficiente a restringere la discrezionalità del modo in cui la seconda possa legittimamente attuare la prima. In altri termini, il giudizio delle leggi suscitava perplessità in Mortati in quanto richiedeva una somma di valutazioni che trascendevano il vincolo di un interprete ad un testo normativo, finendo con lo snaturare il ruolo del giudice chiamato ad effettuarle: perplessità che si infittivano a seguito del tramonto dello Stato liberale di diritto e dell'avvento delle costituzioni contemporanee, le quali non si limitavano più ad organizzare i poteri pubblici e a definirne le competenze, ma indicavano una serie di finalità, sovente in maniera piuttosto generica, che i medesimi poteri pubblici dovevano perseguire.

Non è un caso che egli, nell'opera della sua maturità scientifica — *La costituzione in senso materiale* —, analizzando l'effetto della costituzione materiale nei confronti della giurisdizione, non andasse oltre la enucleazione di un fascio di principi giuridici — i principi costituzionali diversi dai principi generali del diritto desumibili da un processo di progressiva astrazione delle norme del sistema legi-

⁽⁹²⁾ Ivi, p. 610. Tant'è che, per Mortati, « sembra che, anche nell'ipotesi in cui sia richiesta la motivazione della legge e vi sia contrasto fra essa e la disposizione, non sia pensabile, contrariamente a quanto avviene per gli atti amministrativi, un'annullabilità per eccesso di potere » (ivi, p. 589).

⁽⁹³⁾ Ivi, p. 613.

slativo —, che dispiegavano la propria efficacia o al livello interpretativo del dato positivo vigente oppure — a voler tutto concedere — al livello integrativo delle lacune dell'ordinamento, ma mai nel senso di attribuire al giudice il potere di disattendere una norma legislativa contrastante con la costituzione, il che rappresentava il segno distintivo di ordinamenti politico-costituzionali molto diversi da quelli continentali, come quello sovietico e quelli anglosassoni « regolati, almeno per una loro parte, da principi diversi »⁽⁹⁴⁾.

7. Conclusioni.

Se si tirano le fila del dibattito fin qui analizzato, non può farsi a meno di notare quanto nessuno dei suoi più autorevoli protagonisti intende discostarsi dalla funzione che il concetto di Stato sul continente europeo e, ancor più il concetto di « Stato di diritto », ha assegnato alla giurisdizione. In tali giuristi è fortemente radicata l'idea che la funzione giurisdizionale viva della separazione tra diritto e politica: l'attività del giudice è e deve essere solo giuridica e, se questa separazione va ripensata — come fa Mortati —, comunque se ne può discutere solo per altre funzioni che manifestano

⁽⁹⁴⁾ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano, Giuffrè, 1998, p. 164. Tant'è che nel suo scritto di poco successivo intitolato *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principi generali di diritto* (1943), in Id., *Raccolta di scritti*, cit., vol. II, p. 661 e ss., il controllo giudiziario di legittimità sostanziale della legge era esplicitamente escluso.

Com'è noto, in Costituente Mortati sarà, invece, uno dei « padri » del giudizio di costituzionalità della legge, ma l'eco della sua posizione d'anteguerra si avvertirà non solo nel suo *favor* per un sindacato accentrato anziché diffuso — proprio per non scaricare la « politicità » di quel giudizio sulla giurisdizione comune —, ma soprattutto in tutte le sue oscillazioni (se non proprio contraddizioni) sulla sindacabilità dell'eccesso di potere legislativo — cfr. *Sull'eccesso di potere legislativo* (1949) e *La Corte Costituzionale* (1950), entrambi in Id., *Raccolta di scritti*, cit., vol. III, rispettivamente p. 669 e ss. e p. 692 e ss., nonché il suo manuale di *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, nelle varie edizioni del '52, '55 '58, '60, '62 — e, in particolare, nel suo rifiuto di riconoscere alla Corte Costituzionale la con-titolarietà dell'indirizzo politico — cfr. *Costituzione dello Stato: dottrine generali* (1962), in Id., *Raccolta di scritti*, cit., vol. II, p. 79 e ss. Sul Mortati del dopoguerra in tema di giustizia costituzionale mi permetto di rinviare a G. BISOGNI, *Teoria giuridica e giustizia costituzionale in Italia. Un profilo storico-filosofico*, Milano-Udine, Mimesis, 2012.

direttamente o indirettamente una connessione con il circuito della rappresentanza politica (ad esempio, la legislazione o l'amministrazione); né, poi, è minimamente pensabile che un controllo giurisdizionale della legge possa atteggiarsi a valvola di sfogo della tensione politica e quale strumento per riportare gli attori politico-costituzionali nell'alveo delle loro normali competenze.

Tuttavia, oltrepassato tale comune presupposto, non tutti sono così certi di poter ancora discorrere di Stato e di « Stato di diritto » quando al giudice venga riconosciuto il potere di accertare la validità della legge per il suo contenuto.

Per Mosca un'innovazione del genere, al netto di tutte le considerazioni che si potrebbero formulare circa l'opportunità di distinguere fra potere costituente e potere legislativo, richiederebbe una modifica dell'assetto costituzionale e, in particolare, della giurisdizione che non solo è piuttosto inverosimile — stante la debolezza politica che la caratterizza, in particolare nei confronti dell'esecutivo —, ma soprattutto importerebbe un vero e proprio cambio di paradigma concernente la posizione politico-costituzionale del giudice.

Per Orlando, la medesima innovazione condurrebbe il magistrato a giudicare secondo un parametro non più giuridico, ma politico: in tal modo la maggiore preoccupazione, più che la trasformazione del giudice in un organo politico, è l'incertezza del diritto, la creazione di « una scusa legittima della disobbedienza della legge »⁽⁹⁵⁾, derivante da una « costituzione » che egli pone ben al di là del giuridicamente rilevante.

In Romano questi timori orlandiani, da un lato, si consolidano a tal punto da trasformare l'inesistenza di « un potere legislativo straordinario »⁽⁹⁶⁾ in un dogma di diritto positivo, il rinvio al quale è sufficiente per archiviare la questione e, dall'altro lato, sono corroborati da una certa interpretazione del principio della divisione dei poteri in virtù della quale « quelle difficoltà d'ordine teorico e dottrinario che ostacolarono il controllo dei giudici sugli atti ammi-

⁽⁹⁵⁾ ORLANDO, *Teoria giuridica*, cit., p. 957.

⁽⁹⁶⁾ ROMANO, *Osservazioni preliminari*, cit., p. 132.

nistrativi si sarebbero ripresentate acuite, se la legge si fosse voluta sottomettere allo stesso trattamento di questi ultimi » (97).

Con Mortara, invece, inizia ad infiltrarsi per la prima volta il sospetto che la flessibilità non sia affatto ostativa ad individuare limiti al legislatore, la cui violazione potrebbe e dovrebbe essere sanzionata dal giudice comune. Certo, la proposta non è particolarmente dettagliata ed individua un numero piuttosto contenuto di limiti, ma è sufficiente a dimostrare che il giudizio sulle leggi non solo non è legato a fil doppio all'idea di una legislazione costituzionale sovraordinata a quella ordinaria, ma anche che non conduce la giurisdizione necessariamente al di fuori dell'esperienza dello « Stato di diritto ».

Secondo Esposito, infatti, posizioni come quelle romane non sono altro che il prodotto di un approccio essenzialmente non esente da considerazioni extragiuridiche, che possono essere superate non solo mediante un'esatta ricostruzione giusteoria di flessibilità e rigidità costituzionali, ma in più strutturando il controllo di validità materiale nei termini del procedimento logico-giuridico cui è aduso il giudice quando sottopone ad esame qualsiasi atto giuridico sia di natura privata che di natura pubblica.

Con Mortati, infine, si giunge ad un punto della tradizione giuspubblicistica che, anche nella sua versione più avanzata rispetto ai principi sui quali essa era stata inizialmente fondata, dà una risposta sostanzialmente negativa al problema in esame. Nel suo pensiero il concetto di « costituzione » è diverso da quello con il quale giuspubblicisti come Orlando e Romano erano abituati a riconoscerlo: il rapporto tra « costituzione » e « legislazione » e tra « costituzione » e « amministrazione » sono ampiamente riveduti rispetto al passato, e lo sarebbe pure la relazione tra « costituzione » e « giurisdizione », se non fosse che un giudizio di costituzionalità materiale della legge attribuirebbe al giudice una politicità che lo allontana dalla ricostruzione che ne aveva dato la dottrina liberale dello Stato di diritto, da cui Mortati — almeno da questo punto di vista — non intende allontanarsi.

È vero che, per Mortati, non è più possibile ormai individuare

(97) Ivi, pp. 132-133.

il depositario dell'ordine giuridico nello Stato-persona: pertanto, le ragioni che avevano spinto a favore della flessibilità dello Statuto — quelle ragioni, liberali, « orlandiane », volte a garantire l'insindacabilità della legge, perché manca il parametro per giudicarla — stanno venendo meno. In una società di massa il legislatore non può più essere lasciato a se stesso — pensando che nella sua opera si manifesti un ordine naturale e consuetudinario della società —, ma deve contribuire alla costruzione di quest'ordine e, quindi, deve essere orientato e magari persino corretto nelle strade che intraprende in tal senso: la costituzione, allora, è quel concetto in grado di restituire alla statualità la propria capacità ordinativa e capace di garantire al diritto pubblico quei valori di neutralità ed imparzialità che la dottrina giuspubblicistica di età liberale riconosceva solo alla legge. Tutto ciò, per Mortati, importa la limitazione della funzione legislativa, che non può più ritenersi libera di operare insindacabilmente in qualsiasi settore, ma è chiamata a rispondere della sua aderenza alla costituzione; implica l'elaborazione di una nuova funzione accanto a quelle tradizionali — la funzione di governo —, che ha specificamente il compito di attuare l'indirizzo politico concretizzatosi nella costituzione; ma non può condurre a un controllo giurisdizionale della costituzionalità della legge, che si risolverebbe in un'inammissibile lesione dell'unità politica ad opera dei giudici.

Tra Mosca, Orlando e Mortati v'è, quindi, una sorta di complementarietà. Tutti e tre sono consapevoli che il controllo giurisdizionale della legge è un tema che revoca in dubbio taluni essenziali punti di riferimento del giurista; ed in tutti e tre esso non può avere ingresso. Per Mosca, perché occorrerebbe una *mise a jour* globale della concezione della giurisdizione, che l'avrebbe spinta verso orizzonti teorici del tutto distanti da quelli continentali; nella dottrina dello Stato di Orlando, perché sanzionerebbe la rilevanza giuridica di un concetto — quello del potere costituente — che condurrebbe inevitabilmente alla funzionalizzazione del diritto pubblico e ad una perdita di senso del ruolo del giudiziario; nella dottrina della costituzione di Mortati, perché altererebbe irrimediabilmente un carattere indefettibile dello Stato moderno — la divisione dei poteri —, attribuendo al giudiziario un compito di gestione politica e sociale che lo approssimerebbe ad orizzonti anglosassoni,

reputati estranei all'esperienza giuspubblicistica continentale. Anche per Mortati, allora, il sindacato di legittimità sostanziale della legge cela un'*eccedenza* che impedisce di considerare questo potere come una pacifica filiazione dello Stato moderno: è un'*eccedenza* di segno diverso rispetto a quella rilevata da Orlando, ma è non meno efficace nell'instillare il dubbio che, pur anche mettendo mano — come egli fece negli anni Trenta — ad un profondo aggiornamento della dogmatica giuspubblicistica, possa aprirsi comunque lo spazio affinché il giudice possa valutare la legittimità sostanziale di una legge.

Da questo punto di vista non v'è dubbio che le posizioni di un Romano e di un Esposito — tralasciando quella di Mortara, a causa degli scarsi accenni da questi forniti —, per quanto molto differenti l'una dall'altra sotto il profilo dei contenuti e in parte anche del *modus operandi*, siano speculari nel trascurare siffatta *eccedenza*.

Ed invero, Romano, sebbene abbia a lungo rappresentato il *mainstream* della giuspubblicistica italiana sull'argomento almeno fino all'avvento della Costituzione repubblicana, segna sicuramente un passo indietro rispetto ad Orlando. In questo autore la flessibilità costituzionale viene assunta ormai come un dato di fatto, senza darsi più di tanto la pena di approfondirla dal punto di vista sostanziale; si assiste ad un suo uso piuttosto disinvolto allorquando la medesima flessibilità viene considerata — a suo giudizio, erroneamente — come l'argomento principale contro la configurabilità di limiti giuridici materiali interni alla funzione legislativa, ma viene da lui stesso invocata se si tratta di negare al giudice il potere di sanzionare l'inosservanza di quei limiti; ma soprattutto, nel momento in cui si paventa una lesione del principio della divisione dei poteri per il solo fatto di controllare la legge senza alcun'altra considerazione, non può non ravvisarsi un'interpretazione alquanto conservatrice di questo principio, retaggio di quelle che Orlando già nel 1890 riteneva « teorie vietate »⁽⁹⁸⁾ e che, nel contestare il controllo giudiziario degli atti amministrativi, sostenevano che « la pubblica amministrazione rappresenta un potere autonomo in seno allo Stato che non si potrà subordinare ad un altro potere, cioè al giudiziario »⁽⁹⁹⁾.

(98) ORLANDO, *Teoria giuridica*, cit., p. 989.

(99) *Ibidem*.

Per quanto riguarda Esposito, invece, occorre ammettere che il tentativo di riconoscere al giudice il potere di valutare la legge per il suo contenuto senza per questo stravolgerne la fisionomia abbia luogo per mezzo di un formalismo così accentuato che finisce con il « trascurare del tutto la fondamentale differenza fra una decisione processuale e la decisione di dubbi e divergenze di opinione sul contenuto di una norma costituzionale »⁽¹⁰⁰⁾.

Ed infatti, *quid iuris* quando il parametro di giudizio sia generico — ovvero rinvii a criteri quali il « benessere sociale », la « libertà », la « giustizia », la « pace interna ed esterna, e simili »⁽¹⁰¹⁾? Per Esposito, la risposta è semplice: qualora esso non precisi il tipo di vizio cui sarebbe affetta la legge, allora è giocoforza concludere che il limite materiale imposto alla legislazione non sia « cogente » e sia, invece, o « apparente » o « direttivo » o « indiretto », non inficiante la validità della legge. In ciò non può non cogliersi l'eco della preoccupazione orlandiana circa la « mancanza di criteri obbiettivi per determinare con giuridica precisione le caratteristiche di queste leggi incostituzionali »⁽¹⁰²⁾ — una preoccupazione tipicamente liberale e che giungerà fino all'Assemblea Costituente nelle famose sedute relative alla discussione « sulle direttive di massima per la redazione del progetto di Costituzione »⁽¹⁰³⁾. Ma delle due l'una: o, come Orlando pretendeva, si rinuncia del tutto al sindacato o al massimo si può agire *ex ante* cercando di plasmare un

⁽¹⁰⁰⁾ SCHMITT, *Il custode*, cit., p. 13. È notorio quanto l'indirizzo formalistico negli studi giuridici sia da ascrivere proprio a Orlando, ma da questo punto di vista non si può fare a meno di notare quanto il suo formalismo, a confronto di quello di Esposito, sia molto più « realistico » (su « realismo », « formalismo » e anche « storicismo » di Orlando cfr. MAURIZIO FIORAVANTI, *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897)* (1979), in ID., *La scienza del diritto pubblico*, cit., vol. I, p. 67 e ss.).

⁽¹⁰¹⁾ ESPOSITO, *La validità*, cit., p. 215.

⁽¹⁰²⁾ ORLANDO, *Teoria giuridica*, cit., p. 951.

⁽¹⁰³⁾ La discussione si ebbe nell'adunanza plenaria della Commissione per la Costituzione — nota anche come Commissione « dei 75 » — nelle sedute del 25 ottobre e del 28 novembre 1946 (i cui verbali sono accessibili al seguente link: <http://legislature.camera.it>, menu « Assemblea Costituente — Discussioni — In Commissione per la Costituzione e nelle Sottocommissioni », rispettivamente p. 44 e ss. e 65 e ss.).

parametro il più precettivo possibile ⁽¹⁰⁴⁾. Certo, risulta poco convincente risolverne l'indeterminatezza con una mera classificazione dei vizi della legge a seconda del tipo di limite violato, se si tiene presente che Esposito stesso, nel momento decisivo in cui precisa secondo quale criterio un limite appartenga ad una categoria o ad un'altra, si limita ad osservare che « tuttavia, se la distinzione teorica ed astratta tra le varie specie di limiti è netta e precisa, non è altrettanto facile stabilire se una disposizione imponga in concreto vincoli cogenti, direttivi, o anche solo apparenti » ⁽¹⁰⁵⁾.

Ecco perché appare eccessivo interpretare il ricorso al principio della divisione dei poteri al fine di inibire ai giudici il controllo sulla legittimità sostanziale della legge solo come uno sviamento dalla *Wertlosigkeit* della scienza del diritto pubblico — come Esposito ritiene. Di questo principio sicuramente non può darsi una lettura così lata da intravederne una lesione non appena il giudice sottoponga a giudizio la legge, ma certo se ne perde la portata sostanziale se esso non viene collegato alla neutralizzazione politica quale contrassegno distintivo della giurisdizione nella dottrina dello Stato sul continente europeo. La debolezza teorica della proposta espositiana stava perciò nell'eludere la rilevanza costituzionale di un controllo di legittimità sostanziale della legge, celandola al di là del *continuum* fra rigidità e flessibilità: tra « costituzione » e « giurisdizione » nessuno dei due termini per Esposito era davvero instabile e quel tanto di problematico che affiorava veniva rimosso semplicemente limitandosi a fornire una tipologia di vizi materiali della legge la cui concreta praticabilità però, per ammissione del suo stesso autore, era tutt'altro che scontata in partenza.

⁽¹⁰⁴⁾ Come persino Kelsen — uno dei padri della giustizia costituzionale in Europa — auspicava e non certo per il timore di ledere il principio di unità politica (da lui sempre strenuamente avversato), ma per evitare il ben noto « *spostamento di potere* », foriero di un'eccessiva esposizione politica per il tribunale costituzionale (H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della costituzione?* (1930-31), in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, p. 254).

⁽¹⁰⁵⁾ ESPOSITO, *La validità*, cit., p. 216.

LAURA MOSCATI

I DIRITTI MORALI E LA CONFERENZA DI ROMA DEL 1928 PER LA REVISIONE DELLA CONVENZIONE DI BERNA

1. La Società delle Nazioni, Francesco Ruffini e la revisione della Convenzione di Berna. — 2. La tutela internazionale dei diritti morali dell'autore. — 3. La formazione dell'art. 6-bis. — 4. Il contributo di Edoardo Piola Caselli tra diritti statali ed esigenze sovranazionali.

1. *La Società delle Nazioni, Francesco Ruffini e la revisione della Convenzione di Berna.*

In un recente lavoro sulla protezione internazionale della proprietà intellettuale nel pensiero di Francesco Ruffini per i 150 anni della nascita ⁽¹⁾, ho avuto occasione di consultare gli archivi dell'UNESCO, dell'Accademia Nazionale dei Lincei, del Ministero degli Affari Esteri e del Fondo Giorgio Del Vecchio che contengono materiale di grande interesse per la ricostruzione dell'attenzione internazionale ai diritti sulle opere dell'ingegno. In questi fondi, e in altri esaminati successivamente, un cospicuo numero di documenti è dedicato alla revisione della Convenzione di Berna avvenuta a Roma nel 1928 ⁽²⁾, alle vicende che hanno portato al riconoscimento della tutela del diritto morale d'autore e ai giuristi coinvolti sul piano nazionale e internazionale.

In tale occasione, Francesco Ruffini, noto fautore dei diritti di

⁽¹⁾ L. MOSCATI, *Francesco Ruffini e la tutela internazionale del diritto d'autore*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, II, *Concorrenza e mercati*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 1009-1028.

⁽²⁾ Cfr. in particolare Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.22; E.IV.32.

libertà ⁽³⁾, ha avuto un ruolo di grande rilevanza, anche se il suo contributo è rimasto nell'ombra e i meriti sono stati rivendicati dal regime fascista. Si legge, infatti, negli atti parlamentari che è stata

opportunamente estesa in seguito a una proposta della Delegazione Italiana, l'efficacia della Convenzione di Berna anche ai diritti così detti 'moralì' degli autori, indipendentemente dal diritto patrimoniale sull'opera [...] E non si può non dar lode al Governo fascista che viene oggi a riconoscere solennemente la personalità letteraria, scientifica ed artistica degli autori ⁽⁴⁾.

Come è noto, e come risulta dagli atti della Conferenza di Roma ⁽⁵⁾, da vari documenti pubblicati ⁽⁶⁾ e ripubblicati di recente ⁽⁷⁾, tra le numerose proposte vi fu, su spinta della delegazione italiana, quella di introdurre un articolo specifico sui diritti morali, che diventerà il famoso art. 6-*bis* ⁽⁸⁾. Attraverso questo articolo è per la prima volta tutelata sul piano internazionale la componente morale o personale del diritto d'autore dopo che poche leggi nazionali, come quella italiana del 1925 ⁽⁹⁾, l'avevano introdotta.

⁽³⁾ Ruffini pubblica la sua opera *Diritti di libertà* a Torino nel 1926 sostenendo l'intangibilità e l'imprescrittibilità di tali diritti.

⁽⁴⁾ Senato del Regno, sess. 1929-1934, Legislatura XXVIII, Atti interni, IX, Roma, Tipografia del Senato, 1934, p. 1 e ss.: *Approvazione della Convenzione per la protezione delle opere letterarie e artistiche, firmata a Roma, tra l'Italia e gli altri Stati, il 2 giugno 1928*.

⁽⁵⁾ *Actes de la Conférence de Rome 7 mai-2 juin 1928*, Berne, Bureau de l'Union Internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 1929.

⁽⁶⁾ Si vedano in particolare B. MARWITZ, *Die Berner Übereinkunft und die Römische Konferenz*, Berlin, Vahlen, 1928; A. RAESTAD, *La Convention de Berne, révisée à Rome 1928 pour la protection de la littérature, de la musique, des arts figuratives, de l'architecture...*, Paris, Les Editions internationales, 1931; M. PLAISANT, O. PICHOT, *La Conférence de Rome. Commentaire pratique de la nouvelle convention pour la protection internationale de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Libraire du Recueil Sirey, 1934.

⁽⁷⁾ Cfr. *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, a cura di S. Ricketson, J.C. Ginsburg, Oxford, Oxford University Press, 2006², app. 27, consultabile in: <http://global.oup.com/booksites/content/9780198259466/>. Per il testo delle *Resolutions of the 1928 Diplomatic Conference at Rome*, cfr. *Miscellaneous Documents relating to the Origins of the Berne Convention*, ivi, app. 2, p. 1365.

⁽⁸⁾ *Actes de la Conférence de Rome*, cit., p. 338.

⁽⁹⁾ Legge del 17 novembre 1925, n. 1950, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, n. 270, 20 novembre 1925, art. 16. Cfr. L. MOSCATI, *Le droit d'auteur en Italie: réception et évolution des modèles européens*, in *La construction du droit d'auteur entre autarcie et dialogue*, textes édités par L. Pfister et Y. Mausen, Montpellier, Presses de la Faculté de

Principale esponente della delegazione italiana è Edoardo Piola Caselli, allora nominato presidente di sezione della Corte di Cassazione, studioso della proprietà intellettuale ⁽¹⁰⁾ e redattore dell'art. 16 relativo al diritto morale della legge sopra ricordata ⁽¹¹⁾. Nonostante i pareri favorevoli espressi sia dalla dottrina e dalla giurisprudenza sia da alcuni organismi internazionali ⁽¹²⁾, nel programma preliminare della Conferenza di Roma redatto dall'amministrazione italiana e dal Bureau di Berna, non si trova alcun accenno al diritto morale ⁽¹³⁾, forse perché si riteneva che non richiedesse una tutela sul piano sovranazionale, ma solo su quello interno.

Risulta, invece, sempre dagli atti, che la delegazione francese aveva espresso come *Voeu I* la necessità

que tous les pays signataires de la Convention de Berne inscrivent, le plus tôt possible, dans leurs législations respectives des dispositions formelles ayant pour objet le droit moral des auteurs sur leurs œuvres ⁽¹⁴⁾.

Ma alla vigilia dei lavori, svoltisi all'Accademia dei Lin-

Montpellier, 2013, pp. 175-177. Il lavoro di V. ROGHI, *Il dibattito sul diritto d'autore e la proprietà intellettuale nell'Italia fascista*, in « Studi storici », XLVIII (2007), pp. 203-240 si concentra sull'autore come « un tassello fondamentale su cui poggiare la strategia di consenso » più che sulle novità introdotte nella legislazione, primo fra tutte il diritto morale. Nel volume appena apparso anche P. BALDWIN (*The Copyright Wars - Three Centuries of Trans-Atlantic Battle*, Princeton, PUP, 2014, pp. 163-170) ritiene la posizione del fascismo strumentale, senza evidenziare che essa accoglie e sviluppa i risultati dell'elaborazione dottrinarina, legislativa e giurisprudenziale italiana ed europea tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo.

⁽¹⁰⁾ Autore di molte opere importanti in materia, all'epoca aveva appena riedito l'opera del 1907 *Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione nel Diritto interno Italiano comparato col Diritto straniero*, Napoli, Marghieri, 1927², sulla base della nuova legge italiana del 1925, come viene sottolineato durante i lavori della Conferenza di Roma. Cfr. « Le Droit d'auteur. Revue mensuelle du Bureau international de l'Union pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, à Berne », XLI (1928), fasc. 5, p. 72.

⁽¹¹⁾ Legge del 17 novembre 1925, n. 1950, cit.

⁽¹²⁾ Mi riferisco al *Rapport de M. le Dr Albert Osterrieth sur la propriété littéraire et artistique en matière de presse*, in XIIe Congrès international de la presse, Berlin 1908 e a quello della *Commission Internationale de la Coopération intellectuelle*, sottocommissione di lettere e arti del 21 luglio 1926, in Archives de l'UNESCO, Paris, Fonds IICI, F.I.1.

⁽¹³⁾ *Actes de la Conférence de Rome*, cit., pp. 61-86.

⁽¹⁴⁾ Ivi, p. 103. La posizione francese è sottolineata da PLAISANT, PICHOT, *La Conférence de Rome*, cit., pp. 26-27.

cei ⁽¹⁵⁾, alla presenza di 57 Paesi, 34 afferenti all'Unione di Berna e 23 no, e degli Stati Uniti che non avevano aderito alla Convenzione, la delegazione italiana, dopo aver conosciuto le proposte degli altri Paesi, « avant l'ouverture de la Conférence », ne inserisce un'ulteriore relativa alla protezione del « droit moral » ⁽¹⁶⁾. Raymond Weiss, consigliere giuridico dell' *Institut International de la Coopération Intellectuelle*, da poco fondato nell'ambito della *Commission Internationale de la Coopération intellectuelle* della Società delle Nazioni, e Ruffini risultano, così, gli artefici dell'ampliamento del programma iniziale della Conferenza di Roma per il riconoscimento internazionale dei diritti morali dell'autore:

Notre campagne en faveur du droit moral s'annonce bien. Nous avons obtenu, pendant ces dernières semaines, un certain nombre d'indications qui permettent d'espérer que ce point ne sera pas laissé en dehors des délibérations de la Conférence de révision de la Convention de Berne ⁽¹⁷⁾.

Si trattava, come dirà lo stesso Piola Caselli ⁽¹⁸⁾, di una ragione di opportunità politica per dare una svolta alla Conferenza che avrebbe corso il rischio di presentarsi sottotono rispetto alle aspettative dei molti anni trascorsi da quando, nel 1908 alla Conferenza

⁽¹⁵⁾ I lavori si svolsero tra l'8 maggio e il primo giugno 1928. Come risulta da una lettera del 14 novembre 1927 di Dino Grandi, allora sottosegretario di Stato al Ministero degli Esteri, tale richiesta fu accolta unanimemente dal Consiglio di Presidenza: Biblioteca dell'Accademia Nazionale dei Lincei e Corsiniana, *Fondo Volterra*, tit. 32, b. 1, fasc. 17.

⁽¹⁶⁾ *Actes de la Conférence de Rome*, cit., pp. 106-107. Proprio dopo la Conferenza di Roma Piola Caselli si impegna sia sul piano della politica legislativa per l'introduzione del *droit moral* nella revisione di Londra della Convenzione di Parigi del 1883 sulla proprietà industriale (cfr. la lettera di Weiss dell'11 luglio 1933, in Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, E.XIII.6 e l'articolo in cui denuncia che si sarebbe potuto fare di più per la tutela degli interessi personali degli autori: *Le nuove convenzioni di Londra 2 giugno 1934 per la protezione della proprietà industriale*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », XXXII [1934], pp. 477-512); sia sul piano scientifico con alcuni lavori specifici: E. PIOLA CASELLI, *Il diritto morale dell'inventore e le invenzioni di azienda o stabilimento*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », XXXI (1933), pp. 597-615; ID., *Intorno alla ragion d'essere del diritto morale dell'autore e del diritto morale dell'inventore*, Tivoli, Mautero, 1932.

⁽¹⁷⁾ Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.22: 1 maggio 1928.

⁽¹⁸⁾ Cfr. *Actes de la Conférence de Rome*, cit., pp. 161-162.

di Berlino, si era deciso di fare a Roma e in tempi brevi la successiva riunione internazionale ⁽¹⁹⁾, che le contingenze del conflitto mondiale avevano fatto slittare di venti anni. Ma si trattava anche di offrire al regime fascista l'opportunità di presentarsi come l'artefice di una svolta di grande rilevanza sul piano internazionale per la proprietà intellettuale.

2. *La tutela internazionale dei diritti morali dell'autore.*

Oltre ai Paesi ricordati, infatti, era stato invitato alla Conferenza di Roma anche l'*Institut International de la Coopération intellectuelle* (IICI). Su pressione di Ruffini, saranno proprio l'IICI, il cui ruolo è oggi ricordato solo di sfuggita senza un'analisi dei lavori preparatori che offrono piena luce sul suo contributo, e la delegazione francese a proporre di inserire nel programma e a contribuire in maniera determinante alla costruzione degli aspetti personali del diritto d'autore e in particolare del diritto morale e al suo riconoscimento a livello internazionale. La ricostruzione delle vicende offre nuova luce sulla riscoperta delle radici storiche dei diritti morali che si sono sviluppati lentamente e talvolta inconsapevolmente ⁽²⁰⁾.

Il ruolo dell'IICI è diverso da quello delle nazioni invitate appartenenti all'Unione di Berna e le fasi dei lavori preparatori che confluiscono in un'approfondita *brochure* ⁽²¹⁾ possono essere rico-

⁽¹⁹⁾ Cfr. *Actes de la Conférence réunie à Berlin du 14 octobre au 14 novembre 1908*, Berne, Bureau de l'Union Internationale littéraire et artistique, 1909, pp. 219-220. Si veda anche la lettera del 24 aprile 1928 del direttore Luchaire a destinatario sconosciuto, probabilmente a Piola Caselli, in Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.22.

⁽²⁰⁾ Si veda in particolare S. STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale. Etude de droit comparé. I. L'évolution historique et le mouvement international*, Stockholm, Norstedt, 1967; Y. GENDREAU, *Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais*, in « Revue de la recherche juridique. Droit prospectif », XIII (1988), pp. 41-59; A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et de la personnalité: étude de droit comparé français et allemand*, I, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002. Sui diritti morali e la Convenzione di Berna, cfr. *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, cit., pp. 585-620.

⁽²¹⁾ IICI, *La protection internationale du droit d'auteur. Contribution aux travaux préparatoires de la Conférence diplomatique de Rome pour la révision de la*

struite solo attraverso il materiale archivistico ritrovato. D'altronde, come sottolinea il direttore Luchaire al Guardasigilli Rocco ⁽²²⁾, l'IICI, una volta coinvolto, poteva offrire solo un contributo basato su un'impostazione innovativa e internazionale del diritto d'autore. L'apporto dell'IICI non è messo nel dovuto rilievo nella relazione di Piola Caselli ⁽²³⁾ né tanto meno la parte avuta da Ruffini che si desume solo da un'indagine negli archivi ricordati.

Emerge anche dal materiale esaminato il rapporto tra Ruffini e Piola Caselli che nel 1930 fa parte, insieme a Ruffini, della sottocommissione italiana per i Diritti intellettuali e lo studio del sistema assicurativo per la tutela della proprietà scientifica ⁽²⁴⁾, è incaricato da Rocco di assistere Ruffini alla Società delle Nazioni nella difesa della proposta italiana per la protezione della « proprietà scientifica » ⁽²⁵⁾ e nel 1931 è nominato membro della stessa CICI ⁽²⁶⁾. Il contributo dei due giuristi, pur animato da significative analogie sull'importanza e sul ruolo dei diritti sulle opere dell'ingegno e da una concezione simile della loro natura, soprattutto in ragione dell'adesione alla teoria monista ⁽²⁷⁾, va considerato anche in relazione alla loro posizione nei riguardi del regime fascista.

Convention de Berne, Paris, Les Presses Universitaires de France, 1928. Tale progetto sarà inviato a tutti i delegati prima dell'inizio dei lavori.

⁽²²⁾ Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.22: lettera del 5 aprile 1928.

⁽²³⁾ Nonostante che Jules Destrée abbia presieduto la sottocommissione per il diritto morale (*Actes de la Conférence de Rome*, cit., pp. 181-182), il contributo dell'IICI è sottolineato in particolare dalla delegazione polacca (ivi, p. 199).

⁽²⁴⁾ Archivio Centrale dello Stato, Roma, *Archivio Piola Caselli Edoardo*, sc. 9, fasc. 17: lettera di Ruffini a Rocco del 25 marzo 1930. Anche Piola Caselli contribuisce alle discussioni sulla « proprietà scientifica »: *La cosiddetta proprietà scientifica e la sua protezione pratica*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », XXXIX (1931), pp. 191-211. Cfr. E. FUSAR POLI, *Centro dinamico di forze. I giuristi e l'innovazione scientifico-tecnologica fra liberalismo e autarchia*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 212-226.

⁽²⁵⁾ Archivio Centrale dello Stato, Roma, *Archivio Piola Caselli Edoardo*, sc. 9, fasc. 17: verbale della seduta del 21 maggio 1930, in vista della riunione della Società delle Nazioni del luglio 1930.

⁽²⁶⁾ Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, *Correspondance*.

⁽²⁷⁾ Ancora oggi si ricorda Piola Caselli come uno dei più fervidi sostenitori della teoria monista rispetto all'attuale adesione del nostro ordinamento alla teoria dualista: cfr. V. FALCE, *La modernizzazione del diritto d'autore*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 115-116;

Proprio in quel periodo Alfredo Rocco aveva fatto presente al sottosegretario agli Esteri Dino Grandi che la CICI stava esaminando « il problema dell'unificazione mondiale delle leggi che proteggono le creazioni dell'ingegno e dei mezzi più adeguati per raggiungere tale altissima finalità » e che per l'eventuale nomina di un membro italiano il Paese era già rappresentato « dal Senatore Ruffini, autore del noto progetto sulla proprietà intellettuale (sic!) » (28).

Piola Caselli è l'ispiratore della redazione definitiva dell'art. 16 sui diritti morali della legge del 1925, che rinnova dopo vari tentativi la prima legge dell'Italia unita, e la sua posizione comincia a emergere, per diventare poi un punto di riferimento primario negli sviluppi normativi della materia (29). Ruffini, ben inserito sul piano internazionale, come dimostra il giudizio riportato dalla rivista *Le Droit d'auteur* organo ufficiale del Bureau di Berna (30), dedica gli ultimi anni della sua vita ai diritti sulle opere dell'ingegno, a dare risonanza all'estero alle novità delle legislazioni nazionali, a favorire la tutela sovranazionale di tali diritti e a sostenerne l'inserimento nella revisione a Roma della Convenzione di Berna.

È utile ricostruire gli antefatti per poi approfondire il percorso del riconoscimento internazionale dei diritti personali dell'autore e i suoi contenuti più significativi. Francesco Ruffini, pur essendosi dimesso dalla CICI, in cui era stato nominato fin dalla sua istitu-

P. AUTERI, *Il contenuto del diritto d'autore*, in *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 597-599.

(28) Cfr. la lettera del 17 gennaio 1929, in Ministero degli Affari Esteri, Archivio Storico Diplomatico, *Direzione generale Affari Società delle Nazioni, Comitato per i Diritti intellettuali*, busta 135, 49b, fasc. 4. Si tratta, in realtà, del progetto sulla « proprietà scientifica ». Tale posizione è confermata pochi mesi dopo nel luglio 1929 nel rendicontare l'attività della Commissione italiana, con la significativa aggiunta « va bene all'estero » apposta vicino al nome di Ruffini: ivi, busta 132, 49a, fasc. 4.

(29) Molto materiale, per i successivi sviluppi della materia sul piano nazionale e internazionale, è conservato in Archivio Centrale dello Stato, Roma, *Archivio Piola Caselli Edoardo*, sc. 11, fasc. 24 e riguarda anche la preparazione della legge del 1941, su cui cfr. E. PIOLA CASELLI, *Codice del diritto d'autore. Commentario della nuova legge 22 aprile 1941-XIX, N. 633 corredato dei lavori preparatori e di un indice analitico delle leggi interessanti la materia*, Torino, UTET, 1943.

(30) Si ritiene, infatti, che Ruffini avesse « placée sur le plan international » la questione: « *Le Droit d'auteur* », XLVI (1933), fasc. 6, p. 72.

zione, dopo che il Governo italiano aveva voluto con insistenza la nomina del Guardasigilli Rocco, continua a lavorare fino al 1931 ai progetti relativi alla « proprietà scientifica », come vivamente desiderato dai responsabili dell'IICI ⁽³¹⁾. Dai rendiconti delle riunioni della sottocommissione per i diritti intellettuali della Società delle Nazioni risulta, infatti, che Ruffini partecipa attivamente ai lavori, spesso anche in qualità di presidente ⁽³²⁾. Sono proprio la sottocommissione ricordata e quella di arte e lettere, guidata da Jules Destrée, a preparare per la Conferenza di Roma « un projet de texte sur le droit moral » ⁽³³⁾.

Ruffini approva la redazione del testo, come gli riconosce lo stesso Destrée, che presiederà anche la sottocommissione per il diritto morale nella Conferenza di Roma:

M. Destrée — scrive Raymond Weiss — m'a remis son projet de texte sur le droit moral, destiné à être proposé à la Conférence de Rome au nom de l'Institut de la Coopération intellectuelle, et auquel vous avez, m'at-il dit, donné votre assentiment ⁽³⁴⁾.

Ma egli non fa parte né della delegazione dell'IICI ⁽³⁵⁾ né di quella italiana designata per partecipare ai lavori di revisione della Convenzione di Berna ⁽³⁶⁾. Dalle lettere del direttore dell'Istituto Luchaire, del responsabile giuridico Weiss, dell'internazionalista Dionisio Anzillotti e dal materiale delle riunioni delle commissioni appositamente convocate, è chiaro che il progetto predisposto dal-

⁽³¹⁾ Cfr. MOSCATI, *Francesco Ruffini e la tutela internazionale del diritto d'autore*, cit., pp. 1128-1129.

⁽³²⁾ Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, E.V.1.

⁽³³⁾ Ivi, F.I.1.

⁽³⁴⁾ Ivi, E.IV.22 lettera di Weiss a Ruffini del 18 agosto 1927.

⁽³⁵⁾ La delegazione era formata dal direttore Luchaire, dal responsabile giuridico Weiss e da Giuseppe Prezzolini che all'epoca lavorava per l'IICI, come risulta dalla lettera dello stesso Weiss a Gabriel Peruzzi, capo dell'informazione francese (*ibidem*, 28 aprile 1928) e dagli *Actes de la Conférence de Rome*, cit., p. 139.

⁽³⁶⁾ Dopo alcune modifiche essa risulta così composta: presidente Scialoja, membri Piola Caselli, Morello, Amicucci, Solmi, Giannini, Barone, Vivante, Venezian, Jannoni-Sebastianini, Ghiron, Barduzzi; come esperti Cogliolo e Stolfi ed alcuni esperti aggiunti: lettera del Ministro degli Affari Esteri del 1° maggio 1928 al direttore dell'IICI, in Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.22. Cfr. anche *Actes de la Conférence de Rome*, cit., pp. 134-135.

l'insigne statista belga è stato prima sottoposto al vaglio di Ruffini, che era considerato un punto di riferimento primario da quando il suo lavoro sulla « proprietà scientifica » aveva avuto un grande riscontro internazionale ⁽³⁷⁾ e dalla pubblicazione della fortunata opera sulla protezione internazionale dei diritti sulle opere dell'ingegno ⁽³⁸⁾, in cui aveva dato ampio spazio, tra le prospettive future, allo sviluppo dei diritti morali ⁽³⁹⁾.

Ruffini si era rivolto proprio ad Anzillotti, che mostra uno specifico interesse per le questioni legate al diritto morale ⁽⁴⁰⁾, dopo aver visto il programma della Conferenza di Roma.

Il a été frappé — scrive Anzillotti — du manque de certains arguments qu'il regarde comme suffisamment mûrs pour entrer désormais dans le domaine du droit international; et il me parle en particulier du droit moral ou droit au respect. Or je crois que c'est bien un des points, voire même le principal, que l'Institut de coopération intellectuelle se propose de faire valoir à la Conférence ⁽⁴¹⁾.

Apprendiamo anche che Ruffini spinge Anzillotti a impegnarsi perché l'argomento venga inserito nel programma della Conferenza che ritiene « très modeste ». Ruffini coglie, in tal modo, « l'occasion offerte par la Conférence de Rome, pour obtenir une sanction internationale de ce droit » ⁽⁴²⁾.

Il responsabile giuridico Weiss ci offre una pagina significativa dell'impegno della Società delle Nazioni per la Conferenza di Roma ⁽⁴³⁾ e soprattutto dello stato del riconoscimento dei diritti

⁽³⁷⁾ *Rapport sur la propriété scientifique soumis par M. le Sénateur F. Ruffini et approuvé par la Commission; Projet de convention A.38.1923.XII*, poi in *Scritti giuridici minori*, scelti e ordinati da M. Falco, A.C. Iemolo, E. Ruffini, Milano, Giuffrè, 1936, pp. 243-323.

⁽³⁸⁾ F. RUFFINI, *De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques*, Paris, Hachette, 1927.

⁽³⁹⁾ Sul rilievo specifico, cfr. MOSCATI, *Francesco Ruffini e la tutela internazionale del diritto d'autore*, cit., pp. 1133-1134.

⁽⁴⁰⁾ Ad Anzillotti era stato demandato uno studio sulle questioni riguardanti il diritto morale: cfr. la lettera di Luchaire allo stesso Anzillotti del 24 settembre 1927, in Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, E.I.36.

⁽⁴¹⁾ Lettera di Anzillotti a Weiss del 6 novembre 1927, *ibidem*.

⁽⁴²⁾ Lettera di Weiss a Anzillotti del 6 dicembre 1927, *ibidem*.

⁽⁴³⁾ Si veda la lettera di Weiss al capo delle informazioni del Paris-Midi, che voleva scrivere un articolo sulla Conferenza di Roma, in cui sostiene che l'opinione

morali nei principali Paesi europei e dei contenuti specifici di tali diritti oggetto del lavoro della Commissione ⁽⁴⁴⁾, Come leggiamo nelle lettere a Dionisio Anzillotti, poi nominato tra gli esperti dell'Istituto ⁽⁴⁵⁾, lo scopo precipuo è quello di rafforzare l'unione internazionale dei diritti sulle opere dell'ingegno, attraverso la costruzione di un gruppo di lavoro sui maggiori problemi attinenti alla proprietà intellettuale ⁽⁴⁶⁾.

3. *La formazione dell'art. 6-bis.*

Oggi la tutela dei diritti morali vuole garantire l'interesse dell'autore alla stima sociale della propria opera e in particolare il diritto di pubblicazione o diritto di inedito, il diritto all'integrità dell'opera, il diritto di paternità, il diritto di ritiro dell'opera dal commercio. Agli inizi del XX secolo, il principio del diritto morale era ammesso in numerose legislazioni europee, anche se talvolta non ne era definito il contenuto, soprattutto nell'analisi delle singole facoltà. Ad esempio, la Francia, seguita dal Belgio e dalla Cecoslovacchia, aveva introdotto il *droit de suite* con la legge del 1920 ⁽⁴⁷⁾; l'Italia, sempre con la Cecoslovacchia e la Polonia che presentavano normative parziali, il diritto morale con la legge del 1925, ma aveva abbandonato con la stessa legge il principio del dominio pubblico pagante, introdotto nella prima legge unitaria ⁽⁴⁸⁾,

pubblica francese deve essere ampiamente informata di un evento di tale livello: *ibidem*, 8 aprile 1928.

⁽⁴⁴⁾ Lettera di Weiss a Anzillotti del 6 dicembre 1927, *ibidem*.

⁽⁴⁵⁾ Anzillotti sarà nominato nel 1926: *ibidem*, lettera al direttore Luchaire del 3 luglio.

⁽⁴⁶⁾ Si veda in particolare *Compte-rendu de la réunion officieuse d'experts juridiques tenue le 17 aout 1926, ibidem*; *Ordre du jour de la réunion des experts juridiques fixée aux 20 et 21 Décembre 1926, ibidem*.

⁽⁴⁷⁾ *Loi du 20 mai 1920 frappant d'un droit, au profit des artistes, les ventes publiques d'objets d'art. in Collection complète des lois, décrets d'intérêt général... fondée par J.-B. Duvergier et continuée par L. Bocquet, n.s., XX, Paris, Libraire du Recueil Sirey, 1920.*

⁽⁴⁸⁾ Legge 25 giugno 1865, n. 2337, art. 9, su cui cfr. ora L. MOSCATI, *I giuristi e la tutela degli autori nell'Italia unita: tra storia e diritto*, in « *Afferrare... l'inafferrabile* ». *I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Ottocento e Novecento*, a cura di A. Sciumè, E. Fusar Poli, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 89-107; EAD., *Tra le carte di Antonio*

mentre era in discussione in alcuni progetti francesi e belgi⁽⁴⁹⁾.

Sempre di più si tendeva a dare al diritto morale una posizione prioritaria all'interno del diritto d'autore e a proporre una regolamentazione internazionale comune attraverso la Convenzione di Berna, che ne avrebbe rafforzato ed elevato la stessa nozione anche nel diritto interno e avrebbe soprattutto evitato che i soli diritti patrimoniali fossero protetti.

La Società delle Nazioni e in particolare l'IICI⁽⁵⁰⁾, oltre a spostare l'attenzione dai diritti patrimoniali a quelli personali delle opere dell'ingegno, vogliono porre sul piano internazionale le questioni relative a tali diritti che sono per la loro stessa natura indifferenti all'articolazione nazionale del territorio, come hanno mostrato le prime convenzioni bi e trinazionali del XIX secolo e soprattutto quella di Berna⁽⁵¹⁾. La dottrina di quel periodo, invece, si era concentrata piuttosto sull'ampliamento della tutela dei diritti patrimoniali e sulla loro parificazione con il diritto di proprietà, senza approfondire la natura dei diritti personali, a parte qualche sporadica eccezione come Sclopis e Scialoja in Italia⁽⁵²⁾, Pardessus e Renouard in Francia e Kohler in Germania⁽⁵³⁾.

Con il XX secolo, una volta modificato l'approccio⁽⁵⁴⁾, la

Scialoja avvocato e legislatore dei diritti sulle opere dell'ingegno, in *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, a cura di S. Borsacchi, G.S. Pene Vidari, Bologna, il Mulino, 2014, pp. 195-212.

(49) Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.21.

(50) In quest'ottica il compito svolto da un organismo internazionale come l'IICI risulta primario ed è pertanto importante mettere in relazione il progetto proposto, nell'ambito della più vasta relazione sulla revisione della Convenzione, con quello della delegazione italiana e vedere in che forma è stato modificato e inserito nella redazione definitiva.

(51) L. MOSCATI, *Il caso Pomba-Tasso e l'applicazione della prima convenzione internazionale sulla proprietà intellettuale*, in *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, Paris, Panthéon-Assas, 2009, pp. 747-764.

(52) EAD., *I giuristi e la tutela degli autori nell'Italia unita: tra storia e diritto*, cit., pp. 89-107.

(53) Si veda in generale, per la dottrina europea del XIX secolo, il recente volume *La construction du droit d'auteur entre autarcie et dialogue*, cit.

(54) Come sottolinea M. ROTONDI, *Per la tutela dei diritti morali dell'autore* (1924), in Id., *Scritti giuridici*, IV. *Profili di giuristi e saggi critici di legislazione e di dottrina*, Padova, Cedam, 1964, pp. 297-304.

dottrina comincia a indagare approfonditamente la natura dei diritti legati alla persona dell'autore ⁽⁵⁵⁾ e un protagonista insigne come Ruffini rivendica l'importanza della tutela dei diritti personali e ne propone in pieno la dimensione internazionale ⁽⁵⁶⁾. Invece, come era avvenuto proprio in quel periodo in Francia nel noto *affaire Camoin*, l'esclusione della tutela dei diritti morali aveva comportato la pubblicazione di un'opera senza il consenso dell'autore; la Cassazione la ritenne una grave violazione del diritto morale e teorizzò la necessaria distinzione tra il supporto materiale che contiene l'opera dell'ingegno e l'opera stessa ⁽⁵⁷⁾. Anche se i diritti morali stentavano a ricevere un'approvazione normativa ⁽⁵⁸⁾, la giurisprudenza francese si presentava salda nelle posizioni relative al sequestro e alla tutela dell'opera non pubblicata, nel rispetto della volontà dell'autore, oggi noto come diritto di inedito.

Ciò consente all'IICI, attraverso appropriati strumenti di indagine sulla situazione dei singoli Stati ⁽⁵⁹⁾, di sviluppare l'interesse sovranazionale e di preparare un documento per la Conferenza di Roma ⁽⁶⁰⁾. Tale documento contiene le linee guida dei lavori che poi saranno ampliate e meglio definite in una *brochure* appositamente

⁽⁵⁵⁾ Mi riferisco in particolare all'opera di P. MASSÉ, *Le droit moral de l'auteur sur son œuvres littéraire ou artistique*, Paris, Arthur Rousseau, 1906, sulla scia del pensiero di A. MORILLOT, *De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne*, Paris, Cotillon, 1878.

⁽⁵⁶⁾ RUFFINI, *De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques*, cit.

⁽⁵⁷⁾ Si tratta del caso del pittore francese Charles Camoin che aveva gettato un notevole numero di tele nell'immondizia, che erano state recuperate e risistemate e poi vendute da Francis Carco, su cui cfr. « Le Droit d'auteur », XLI (1928), fasc. 1, pp. 7-12 che riporta e commenta ampiamente la sentenza e le osservazioni di Raymond Weiss: Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, E.I.36, lettera ad Anzillotti del 6 dicembre 1927.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. L. PFISTER, *Particularismes nationaux et influences étrangères dans la construction du droit d'auteur français*, in *La construction du droit d'auteur entre autarcie et dialogue*, cit., pp. 77-100.

⁽⁵⁹⁾ Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.32.

⁽⁶⁰⁾ *Note sur la participation de l'Institut international de Coopération intellectuelle à la prochaine Conférence de révision de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (4/XI/27), ivi, E.IV.22.

redatta ⁽⁶¹⁾, approvata dagli esperti-giuristi dell'IICI e dai delegati ⁽⁶²⁾ e contribuisce « à l'œuvre d'unification du droit d'auteur » ⁽⁶³⁾.

Nel documento propositivo sono messi in primo piano il necessario sviluppo internazionale del diritto d'autore e i risultati già raggiunti grazie alla revisione della Convenzione di Berna avvenuta a Berlino nel 1908 che ha costituito un forte stimolo verso una maggiore armonizzazione del diritto d'autore e promosso lo sviluppo delle legislazioni nazionali ⁽⁶⁴⁾.

È, inoltre, richiesta l'uniformazione della durata dei diritti patrimoniali a 50 anni dalla morte dell'autore ⁽⁶⁵⁾, come regola internazionale; la soppressione delle riserve nazionali alla Convenzione di Berna, che riconosce agli Stati la facoltà di ratificare solo parzialmente la Convenzione, pregiudicando le esigenze di omogeneità dell'Unione; l'assimilazione delle opere d'arte applicata alle opere d'arte propriamente dette, come ponte tra il dominio dell'arte e quello dell'industria e soprattutto l'analisi approfondita dei diritti morali e di altre tecniche di protezione legate alla persona dell'autore, come il diritto di seguito e il dominio pubblico pagante.

La loro importanza era già stata evidenziata nel Congresso dell'*Association littéraire et artistique internationale* (ALAI) svoltosi a Lugano nel giugno del 1927 ⁽⁶⁶⁾, dove si era sottolineata la necessità per i Paesi segnatari della Convenzione di Berna di inserire nelle legislazioni nazionali

⁽⁶¹⁾ IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*, cit. Si tratta del testo sopra ricordato alla cui redazione aveva partecipato lo stesso Ruffini, che inaugura al contempo una collana, i *Cahier de la propriété intellectuelle*.

⁽⁶²⁾ Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, E.I.36: lettera del direttore Luchaire del 19 agosto 1927. Si veda anche la lettera dello stesso Luchaire ai delegati del 14.4.1928, ivi, E.IV.22, da cui risulta che i delegati sono convocati l'8 maggio prima dell'inizio della Conferenza.

⁽⁶³⁾ Ivi, E.I.36, lettera del direttore Luchaire del 19 agosto 1927. Si veda anche la lettera del direttore Luchaire all'ambasciatore Giannini del 21 aprile 1928, ivi, E.IV.22.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. *Note sur la participation de l'Institut international de Coopération intellectuelle*, cit., pp. 1-2.

⁽⁶⁵⁾ I lavori preparatori sulla situazione dei singoli Paesi si trovano in Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.8.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. « Le Droit d'auteur », XL (1927), fasc. 6, pp. 71-73; fasc. 7, pp. 79-83.

des dispositions formelles ayant pour objet de consacrer le droit moral des auteurs sur leurs œuvres. Il apparaît désirable que ce droit soit déclaré *inaliénable* et que les modalités en soient fixées dans chaque pays d'une manière identique (67).

In realtà, nei lavori preparatori dell'IICI per la Conferenza di Roma, e in particolare nella più approfondita *brochure*, uno spazio di rilievo più generale è offerto al « droit au respect » o « droit moral » (68), ritenuto una « fâcheuse lacune », che permette all'autore di opporsi alla pubblicazione indipendente dalla sua volontà. E si richiama anche la necessità dell'inserimento e dell'approfondimento di altre tecniche personali di protezione giuridica come il *droit de suite* (69), in cui si accorda all'autore il diritto a una percentuale sul prodotto delle vendite ulteriori delle sue opere e il dominio pubblico pagante (70). Si tratta di una sorta di credito dell'autore a un compenso a fronte dello sfruttamento altrui, dopo il periodo della tutela del diritto esclusivo, a cui si ispira l'odierno equo compenso (71), sviluppatosi poi in autonomia dall'esclusiva, a seguito delle direttive comunitarie di armonizzazione (72). Per il primo caso viene sottolineato il carattere essenzialmente extrapatrimoniale (73), in linea con il pensiero di Ruffini che è espressamente

(67) Si richiede specificamente che le proposte dell'Associazione siano sottoposte alla Conferenza di Roma: *ivi*, pp. 72-73.

(68) Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.9. Cfr. *Note sur la participation de l'Institut international de Coopération intellectuelle*, cit., pp. 7-8; IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*, cit., p. 64 e ss.

(69) Cfr. *Note sur la participation de l'Institut international de Coopération intellectuelle*, cit., p. 6; IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*, cit., p. 64 e ss. Si noti che il *droit de suite* era in quel momento anche oggetto di un nuovo progetto di legge del Governo francese: Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.19.

(70) Cfr. *Note sur la participation de l'Institut international de Coopération intellectuelle*, cit., pp. 6-7; IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*, cit., p. 64 e ss.; Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.18.

(71) È interessante rilevare che Piola Caselli dedica all'equo compenso un suo breve scritto: Archivio Centrale dello Stato, Roma, *Archivio Piola Caselli Edoardo*, sc. 9, fasc. 17.

(72) Cfr. P. SPADA, *Parte generale*, in P. Auteri, G. Florida, V. Mangini, G. Olivieri, M. Ricolfi, P. Spada, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2005², pp. 32-33.

(73) IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*, cit., p. 64 e ss.

citato (74), mentre per il secondo è evidenziata la sua caratteristica di fase intermedia tra il diritto esclusivo dell'autore e il dominio pubblico (75).

L'importanza e la centralità delle tecniche personali di protezione, che rinnovano i principi della proprietà intellettuale, rientrano nella « nouvelle conception du droit d'auteur », imposta dalla dottrina degli inizi del XX secolo, che tende a disancorare il diritto d'autore dal diritto di proprietà proprio del secolo precedente e a considerarlo un diritto autonomo caratterizzato dalla preponderanza delle ragioni della personalità creatrice che sono oggi inalienabili, imprescrittibili, esercitabili anche dopo la morte dell'autore, rispetto ai diritti patrimoniali e che continuano a legare l'autore alla sua opera pur se è stata ceduta.

Come è dimostrato dall'ampio materiale ritrovato e relativo ai diversi Paesi del mondo (76), la *brochure* approfondisce incisivamente le varie facoltà che afferiscono alla sfera dei diritti personali degli autori, nel loro insieme e nella loro portata individuale. In particolare, sono individuate, attraverso lo studio comparatistico delle legislazioni, della giurisprudenza e della dottrina, quattro facoltà fondamentali che compongono i diritti morali: il diritto di pubblicazione, il diritto di opporsi a qualsiasi modifica dell'opera senza il consenso dell'autore, il diritto alla paternità (77) e le limitazioni all'autonomia negoziale per quanto riguarda il diritto dell'autore di disporre delle sue opere future (78).

Ma lo studio dell'IICI va oltre e inquadra anche alcuni problemi, come quelli relativi alla durata, fino ad allora connessi alla sfera patrimoniale del diritto d'autore, e ne pone in luce gli elementi che maggiormente li legano agli aspetti personali. Risolvere la questione della durata dei diritti ereditari, infatti, significava vedere in maniera nuova la stessa natura del diritto d'autore e opporsi in modo radicale ai fautori della perpetuità dei diritti patrimoniali che erano

(74) RUFFINI, *De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques*, cit., pp. 564-565.

(75) IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*, cit., p. 70 e ss.

(76) Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.32.

(77) IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*, cit., p. 44.

(78) Ivi, p. 51.

preminenti nella dottrina del secolo precedente, seguiti da poche leggi nazionali ⁽⁷⁹⁾.

Tutte le legislazioni, fin dalle origini, hanno posto un limite temporale al diritto d'autore per distinguerlo dal diritto di proprietà, ma con termini diversi che hanno causato gravi inconvenienti, per cui l'IICI auspica una « unification internationale de la durée du droit d'auteur à 50 ans *post mortem auctoris* » ⁽⁸⁰⁾, sulla base della comparazione tra le leggi coeve che utilizzano questo limite temporale. Ma il problema della durata è approfondito anche in quei Paesi che mantenevano il limite dei 30 anni, prima tra tutti la Germania, in cui erano in corso proposte e dibattiti per allungare il termine ⁽⁸¹⁾. Lo scrittore francese André Maurel ritiene che solo la Società delle Nazioni può dare un contributo primario per uniformare la durata della protezione che, a suo giudizio, rappresentava uno degli ostacoli più forti e « la première étape à franchir » ⁽⁸²⁾ per uniformare i diritti degli autori.

L'IICI vuole indagare con un'ottica matura, come avevano già fatto nel XIX secolo i pochi giuristi sopra ricordati, il legame con il diritto di proprietà che aveva inglobato il diritto d'autore nella sfera dei diritti patrimoniali ⁽⁸³⁾. Spostando l'ottica sulla creazione intellettuale, esso viene messo in relazione con il diritto personale, con un'articolazione delle singole facoltà morali che spettano all'autore, sulla base di una prospettiva comparatistica ⁽⁸⁴⁾. Si vuole anche

⁽⁷⁹⁾ Mi riferisco al Codice civile del Messico del 1871, alla legge del Guatemala del 1879 e a quella del Venezuela del 1887.

⁽⁸⁰⁾ IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*, cit., p. 6.

⁽⁸¹⁾ Cfr. in particolare; *Neue Zürcher Zeitung*, 24.10.1926; 9.11.1926; *Deutsche Allgemeine Zeitung*, 3.10.1926; 12.3.1927; *Frankfurter Zeitung*, 2.2.1927; *Münchener Neueste Nachrichten*, 6.2.1927; *Der Schriftsteller*, März 1927; *Basler Nachrichten*, 13.3.1927; *Berliner Tageblatt*, 31.3.1927; 30.4.1927; 3.5.1927; *Vorsicht Zeitung*, 4.5.1927; *Ortner Tageblatt*, 3.5.1927. Si veda la lettera di Weiss del 5 maggio 1926, con cui invita la delegazione tedesca a una riunione apposita: Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.8.

⁽⁸²⁾ *Ibidem*, lettera senza data ma precedente alla Conferenza di Roma. Cfr. *Travaux de l'Institut international de la Coopération intellectuelle pendant l'année 1926*, in Archives de l'UNESCO, Paris, *Fonds IICI*, *Documents de l'Assemblée de la Société des Nations*, boîte 494, p. 109.

⁽⁸³⁾ Cfr. IICI, *La protection internationale du droit d'auteur*, cit., pp. 16-18.

⁽⁸⁴⁾ Ivi, p. 45.

approfondire, attraverso un testo di livello internazionale quale la rivista « Le Droit d'auteur », l'apporto della giurisprudenza che si trova di fronte a svariate difficoltà e deve ricorrere alla nozione generale di colpa per tutelare il diritto morale.

In linea generale, va detto che la pubblicazione dell'IICI travalica di molto la sua funzione occasionale. Si tratta, infatti, della ricostruzione dello stato dei diritti degli autori e della loro apertura internazionale sulla base dei problemi in discussione nel XX secolo costituendo, così, un punto fermo della loro trattazione. Se l'opuscolo ha avuto una risonanza limitata è ancora più importante sottolinearne il significato e la portata.

4. *Il contributo di Edoardo Piola Caselli tra diritti statali ed esigenze sovranazionali.*

Ma durante la Conferenza di Roma, solo i diritti morali sono presi in considerazione, ottenendo un'adeguata attenzione, mentre l'analisi delle altre tecniche personali di protezione è accantonata, anche se il *droit de suite* costituisce il *Vœu III* dei delegati⁽⁸⁵⁾ e sarà oggetto di un primo riconoscimento sul piano internazionale nella successiva Conferenza di Bruxelles del 1948⁽⁸⁶⁾.

La delegazione italiana, basandosi sui vari progetti presentati, propone una redazione dell'articolo sui diritti morali in cui sono tutelate le facoltà relative alla paternità, alla pubblicazione, all'integrità e alla regolamentazione dell'esercizio dei diritti dopo la morte dell'autore⁽⁸⁷⁾. In linea con il dettato normativo della Convenzione di Berna, l'articolo 6-*bis* nella sua formulazione definitiva è redatto in termini generali, tutelando il principio e demandando alle leggi

⁽⁸⁵⁾ Cfr. *Actes de la Conférence de Rome*, cit., p. 349. Si veda anche *Union internationale. Vœux adoptés par la Conférence de Rome*, in « Le Droit d'auteur », XLI (1928), fasc. 7, p. 85.

⁽⁸⁶⁾ *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Bruxelles le 26 juin 1948*, art. 14-*bis*. Ciò è anche documentato dalle carte di Piola Caselli che, nelle fasi preparatorie della Conferenza di Bruxelles, sviluppa un'analisi molto approfondita: Archivio Centrale dello Stato, Roma, *Archivio Piola Caselli Edoardo*, sc. 5 fasc. 7-9, sc. 10, fasc. 19 e da un documento specifico redatto da Pier Silverio Leicht: *ivi*, sc. 11, fasc. 23.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. *Actes de la Conférence de Rome*, cit., p. 198.

nazionali le condizioni di esercizio. Ma, tra le singole facoltà attribuite all'autore nella proposta dalla delegazione italiana, solo quelle relative alla paternità e all'integrità dell'opera sono approvate, senza salvaguardare i diritti morali dopo la morte dell'autore, anche se oggetto del primo *Vœu* proposto dalla stessa delegazione italiana, alla fine dei lavori ⁽⁸⁸⁾.

Inoltre, l'opposizione di alcune delegazioni, e in particolare di quella inglese ⁽⁸⁹⁾, esclude la tutela del diritto di pubblicazione o diritto di inedito che avrebbe sacrificato troppo gli interessi degli editori e demanda l'esercizio dei diritti ereditari alla regolamentazione delle legislazioni nazionali ⁽⁹⁰⁾. In linea generale, Piola Caselli è soddisfatto del risultato perché l'art. 6-*bis* riconosce a livello internazionale il diritto morale, ne individua la natura, e stabilisce che

l'œuvre intellectuelle n'est pas assimilable à un sac de pommes de terre [...] L'œuvre est rattachée indissolublement à la personne de l'auteur et même après la simple cession du droit exclusif patrimonial l'auteur peut conserver des droits sur son œuvre dépendant de ses intérêts personnel ⁽⁹¹⁾.

Tali riflessioni non sono occasionali, ma strettamente connesse al nuovo programma di revisione della Convenzione di Berna nella successiva Conferenza di Bruxelles che era inizialmente prevista per il 1935 ma, a causa della mancata o tardiva ratifica della revisione di Roma del 1928 da parte di alcuni Stati, è stata posposta di oltre dieci

⁽⁸⁸⁾ Ivi, p. 349; *Union internationale. Vœux adoptés par la Conférence de Rome*, cit., p. 85, in cui si auspica che i Paesi dell'Unione se già non lo avessero fatto, inseriscano regole atte a impedire che, dopo la morte dell'autore, la sua opera sia mutilata, deformata o modificata a pregiudizio della rinomanza dell'autore e degli interessi della scienza, della letteratura e delle arti.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. *Actes de la Conférence de Rome*, cit., pp. 236-239; 290-292.

⁽⁹⁰⁾ Ivi, pp. 201-202.

⁽⁹¹⁾ Cfr. E. PIOLA CASELLI, *A propos de l'article 6^{bis} de la Convention de Berne révisée*, in « Le Droit d'auteur », XLVIII (1935), fasc. 6, pp. 66-68. Una stesura più ampia dell'articolo redatta in italiano si trova in Archivio Centrale dello Stato, Roma, *Archivio Piola Caselli Edoardo*, sc. 11, fasc. 23: ID., *Sul regolamento internazionale del « diritto morale » di autore. La nuova formula di protezione proposta nel Programma ufficiale della Conferenza di Bruxelles di revisione della Convenzione di Berna (24.2.1935)*.

anni ⁽⁹²⁾. Piola Caselli si esprime negativamente sull'opportunità di modificare l'art. 6-*bis* e di ampliare la sfera dei diritti morali ⁽⁹³⁾. A suo avviso, infatti, avendo tutelato il principio sul piano internazionale si è lasciato ampio spazio alle singole legislazioni nazionali per estendere l'ambito della protezione dei diritti morali, come testimonia lo sviluppo delle varie legislazioni nazionali e non ritiene, quindi, opportuno mutarne la disciplina ⁽⁹⁴⁾. Piola Caselli si riferisce in particolare alla proposta di sostituire nel primo comma dell'art. 6-*bis* l'espressione « à son honneur ou à sa réputation » con quella « à ses intérêts spirituels » ⁽⁹⁵⁾, formula ritenuta inopportuna perché troppo vaga, come sottolineerà anche la sottocommissione preposta nei lavori di Bruxelles ⁽⁹⁶⁾.

Inoltre, l'industria cinematografica criticava la formulazione dell'articolo ritenuta di ostacolo alle modifiche da introdursi per l'adattamento delle opere ad altre forme di rappresentazione artistica ⁽⁹⁷⁾, anche se con il consenso degli autori. Piola Caselli ribadisce l'opportunità di mantenere invariata la norma, in quanto essa non vieta in alcun modo la stipula di ragionevoli accordi contrattuali per il regolamento dell'esercizio del diritto morale tra l'autore e coloro che riproducono l'opera dell'ingegno ⁽⁹⁸⁾.

All'esito della Conferenza di Bruxelles del 1948 il testo dell'articolo subisce poche variazioni ⁽⁹⁹⁾ che non ne modificano la sostanza ma che ampliano e specificano alcuni contenuti per risolvere possibili problemi interpretativi ⁽¹⁰⁰⁾. Risulta chiaro che è stata

⁽⁹²⁾ Cfr. *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948*, Berne, Bureau de l'Union Internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 1951, pp. 35-53.

⁽⁹³⁾ PIOLA CASELLI, *A propos de l'article 6^{bis} de la Convention de Berne révisée*, cit., p. 68.

⁽⁹⁴⁾ ID., *Sul regolamento internazionale del « diritto morale »*, cit., pp. 4-5.

⁽⁹⁵⁾ *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles*, cit., pp. 184-190.

⁽⁹⁶⁾ PIOLA CASELLI, *A propos de l'article 6^{bis} de la Convention de Berne révisée*, cit., pp. 9-13.

⁽⁹⁷⁾ ID., *Sul regolamento internazionale del « diritto morale »*, cit., p. 19.

⁽⁹⁸⁾ Ivi, pp. 16-19.

⁽⁹⁹⁾ La sottocommissione è istituita l'11 giugno 1948 durante lo svolgimento della Conferenza allo scopo di elaborare le modifiche all'art. 6-*bis*: *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles*, cit., pp. 126-127.

⁽¹⁰⁰⁾ Ivi, p. 536.

tenuta in considerazione la volontà di Piola Caselli, scomparso prima dei lavori della Conferenza.

La tutela dei diritti morali, riconosciuta sul piano internazionale, rappresenta per vari decenni il punto di cesura con il sistema di *common law* anche quando nel 1989 gli Stati Uniti aderiscono alla Convenzione di Berna con l'esclusione dell'art. 6-*bis* ⁽¹⁰¹⁾, nonostante che la Conferenza di Roma avesse posto tra gli auspici quello di unificare le due grandi convenzioni, di Berna e di Buenos Aires del 1910 rivista a L'Avana nel 1928, in favore dell'«unification mondiale des protégés des créations de l'esprit» ⁽¹⁰²⁾.

L'affermazione del diritto morale è la grande novità del XX secolo in materia di tutela dei diritti sulle opere dell'ingegno «et un grand triomphe la stipulation, pour la première fois dans la Convention de Rome, concernant le 'droit moral' de l'auteur», come commenta il rappresentante della delegazione olandese ⁽¹⁰³⁾ e come ribadisce l'organo ufficiale del Bureau di Berna ⁽¹⁰⁴⁾. Un trionfo che, oltre agli indubbi e riconosciuti meriti di Edoardo Piola Caselli, ha un altro artefice rimasto nell'ombra, Francesco Ruffini, che ha favorito con il suo impegno l'avvio della tutela internazionale dei diritti morali.

⁽¹⁰¹⁾ *Berne Convention Implementation Act of 1988*, 17 USC 101.

⁽¹⁰²⁾ Si tratta del *Vœu VI*, in *Actes de la Conférence de Rome*, cit., p. 350; *Union internationale. Vœux adoptés par la Conférence de Rome*, cit., p. 85. Cfr. E. PIOLA CASELLI, *Una recente fase del tentativo di unificare le convenzioni di Berna e dell'Avana*, in «Il Diritto di autore», XIV (1936), pp. 137-154. Ampio materiale si trova in Archivio Centrale dello Stato, Roma, *Archivio Piola Caselli Edoardo*, sc. 11, fasc. 23.

⁽¹⁰³⁾ Mi riferisco a L. J. Plemp van Duiveland: *Archives de l'UNESCO*, Paris, *Fonds IICI*, E.IV.22: settembre 1928.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. *La Conférence de Rome. Premières impressions*, in «Le Droit d'auteur», XLI (1928), fasc. 6, p. 82.

VINCENZO CARIELLO

« UN FORMIDABILE STRUMENTO DI
DOMINIO ECONOMICO »:
CONTRAPPOSIZIONI TEORICHE,
'BATTAGLIE' FINANZIARIE
E TENSIONI IDEOLOGICHE SUL VOTO POTENZIATO
TRA LE DUE GUERRE MONDIALI (*)

L'azione a voto plurimo fu certo un'invenzione del diavolo al preciso preordinato scopo di far scappare i risparmiatori a gambe levate dagli investimenti in società per azioni.

(L. Einaudi, *A favore delle azioni privilegiate (ma non di quelle a voto plurimo)*, 1934)

Die Voraussetzungen für die Ausgabe von Mehrstimmrechtsaktien bilden einen Schnittpunkt zwischen dem Aktienrecht und dem öffentlichen Recht, zwischen Individualinteressen und dem Belangen der Allgemeinheit.

(O.C. Brändel, *Mehrstimmrechtsaktien — ein in Vergessenheit geratenes Instrument der Beherrschung und des Minderheitenschutzes?*, 1991)

(*) Il saggio è dedicato a Paolo Grossi, Maestro dell'*andare avanti volando* (« Nel nostro ambiente non ci sono che due modi per andare avanti: o strisciare o volare. Mi sembra che tu non abbia la capacità per la prima andatura. Tendi dunque le ali e vola dove ti piaccia. Peggio per gli altri se non ti arriveranno »: dalla lettera di Francesco Carnelutti a Enrico Finzi, 16 agosto 1921, riprodotta in P. GROSSI, *Enrico Finzi: un innovatore solitario*, in questa « Rivista », 2013, p. 391). Desidero ringraziare, per le consuete disponibile accoglienza e attenta partecipazione, nonché per i sempre stimolanti confronti, tutto il personale dell'Archivio Storico di Intesa Sanpaolo, in particolare la direttrice, dott.ssa Francesca Pino, e il dott. Guido Montanari, curatore del patrimonio archivistico della Banca Commerciale Italiana.

1. *L'atavico vizio delle riforme legislative a freddo*. 'Atto d'imperio' contro 'opera lenta di educazione economica' (e giuridica): il voto potenziato tra presunte urgenze di pubblico/generale interesse e 'ragioni di privato tornaconto' (uno sguardo storiografico per comprendere e correggere il discutibile presente). — 2. *Le contrapposizioni teoriche sulle azioni a voto plurimo tra il 1925 e il 1940*. Antefatti economici mondiali (la crisi del 1907), fragilità finanziaria dell'industria domestica e proposte di riforma 'aristocratica', 'oligarchica' e 'nazionalistica' delle società anonime. — 3. *Il voto potenziato tra divergenti concezioni economiche e tensioni ideologiche*. Infeudamento bancario dell'industria contro tentativi di scalate alle banche speculative o miste. Le azioni a voto ineguale quale 'invenzione del diavolo' ovvero provvida bonifica dell'ordinamento giuridico, economico e finanziario. La collisione di due economisti liberali con le proposte di legittimazione normativa del voto plurimo: A. Cabiati e L. Einaudi *versus* C. Vivante (su una radicata divergenza scientifica, culturale, ideologica trascendente le azioni a voto multiplo). Forti assonanze e contiguità dell'« atteggiamento mentale » del giuscommercialista veneziano con quello ispirante la legislazione fascista dell'epoca (e anche posteriore); accenni alla necessità di ripensare la catalogazione di Vivante come giurista fascista « *malgré soi* » e/o come sostenitore 'spontaneo', 'formale e distaccato' del fascismo (almeno fino al 1938). — 4. *Voto plurimo, battaglie finanziarie e bancarie, conflitti giudiziari*. Singolare (o sintomatica?) coincidenza delle tesi vivantiane con la visione e le pressioni, in sede riformatrice, della Banca Commerciale Italiana a favore delle azioni a voto potenziato (tra l'altro, di una lettera del 1° giugno 1925 dell'avvocato Camillo Giussani a Vivante). L'esplicito favore della Banca Commerciale Italiana per il voto potenziato (tra autotutela della propria indipendenza, preservazione degli assetti proprietari e di controllo, stabilità e stabilizzazione dell'economia nazionale, infeudamento bancario dell'industria). I tentativi di scalata della Comit da parte dei fratelli Perrone, la costituzione del Consorzio Mobiliare Finanziario (1920), con successiva creazione di azioni a voto plurimo (1924), e gli esiti giudiziari (1924-1926) della controversia innescata dalla e sulla deliberazione dell'assemblea straordinaria del 24 novembre 1924 (con ricostruzione degli atti di causa). L'importanza di date, sequenza e concatenazione degli avvenimenti (su coincidenze temporali non casuali). — 5. *A mo' di lapidaria conclusione, ma, si spera, non di epitaffio*. Le 'ragioni di privato tornaconto' (sempre ricorrenti, sebbene talvolta cangianti nel tempo e negli interessi privati) quale ineliminabile tratto genetico ed esistenziale (più o meno commendevole, più o meno occultato e occultabile da interessi generali, più o meno su di essi prevalente) del voto plurimo di ieri e di oggi.

1. *L'atavico vizio delle riforme legislative a freddo*.

Sempre più spesso si constata come il legislatore domestico (*rectius*, gli uffici legislativi) e le cc.dd. commissioni 'tecniche', più o meno ufficiali e strutturate, che lo coadiuvano per l'elaborazione dei precetti ⁽¹⁾, persino bene d'introdurre, all'improvviso e 'a freddo'

(1) Rimettendo al primo, necessariamente, la responsabilità politica delle scelte finali: « Il chierico ha la responsabilità del pensare e deve unicamente pensare la verità. All'uomo politico spetta attuare o non le conclusioni del ragionamento. Il chierico assolverà il politico anche se questi, tenuto conto di contingenze di fatto, di contrasti tra forze opposte, non ha attuato in tutto il vero. Ma chierico, egli deve assolvere esclusivamente all'ufficio suo che è di pensare rettamente, nei limiti delle sue forze intellettuali,

(ma è vizio nazionale antico, se si pensa a quanto lamentava, ad esempio, Luigi Einaudi nel 1917 ⁽²⁾), istituti di sicuro e rilevante impatto sistematico, idonei a toccare in profondità e incrinare, se non proprio in alcuni casi sovvertire quelli che un tempo si denominavano *principi ordinatori delle materie*. Ed è rilevabile che a ciò si proceda, di frequente e in prevalenza, con interventi specifici al di fuori di riforme organiche, in assenza di effettive e riconoscibili esigenze di generale urgenza e/o di c.d. pubblico interesse ovvero pubblica utilità e/o di armonizzazione legislativa, a digiuno di preliminari ponderate valutazioni nella prospettiva dell'economia interna e comparata, con un « atto d'imperio » piuttosto che con una « opera lenta di educazione economica » ⁽³⁾ e giuridica (accan-

ed esporre i risultati genuini della sua meditazione »: L. EINAUDI, *Miti e paradossi della giustizia tributaria* (1938), in Id., *Scritti economici, storici e civili*, a cura di R. Romano, ed. aggiornata, Milano, Mondadori, 2001⁴, p. 12.

(2) L. EINAUDI, *La logica nominativistica*, in « Riv. soc. comm. », 1917, p. 633.

(3) Il frasario riprende i termini nei quali C. VIVANTE, *Sul risanamento delle società anonime*, in « Riv. dir. comm. », 1917, I, p. 69 e s. (da qui cito; e pure, con il titolo *Pel risanamento delle società anonime*, in « Riv. soc. comm. », 1917, p. 57 e ss.) sunteggiava la contrapposizione sulla questione della nominatività obbligatoria dei titoli azionari tra le *sue tesi* [C. VIVANTE, *La difesa nazionale delle società per azioni*, in « Riv. dir. comm. », 1916, p. 637 e ss. (da cui si cita), e in « Riv. soc. comm. », 1916, p. 625 e ss.; ID., *Sul risanamento*, cit., p. 59 e ss.; ID., *Une réforme financière et juridique des actions des sociétés anonymes*, in « Rev. fin. et econ. d'Italie », 1914, p. 10 e ss.; ID., *Per la riforma delle società anonime*, in « Riv. dir. comm. », 1913, I, p. 157, ove definiva i titoli al portatore « veri mariuoli dell'economia creditizia » per la frode, la corruzione e il disordine prodotti nel funzionamento dell'organo assembleare (*id est*, artefatta e insincera formazione delle maggioranze, 'epurazione delle assemblee') e nella gestione delle società, sebbene, almeno fino al 1914, egli valutasse non opportuna una legge proibitiva delle azioni a portatore, nella consapevolezza degli « stati d'animo molto diversi tra gli azionisti », ma proponendone l'esclusione dalla partecipazione alla vita della società, in particolare la deprivatione del diritto di voto per tali azioni (e subito mi piace rilevare come, *da una parte*, Vivante combattesse le azioni al portatore, e connesse pratiche quali riporti e anticipazioni su pegno e conferimento del potere di rappresentanza, pure quali strumenti che permettevano alle banche di padroneggiare le società industriali, mediante l'accaparramento delle azioni; e, *dall'altra*, difendesse le azioni a voto potenziato che, a loro volta, s'imposero come tecnica idonea a garantire alle stesse banche, tra l'altro, il controllo di società finanziate e partecipate, mediante l'accaparramento, questa volta, dei voti: v. dopo)] e *quelle sostenute inizialmente* (poiché dopo mutarono), con linguaggio corrosivo e toni di vibrante polemica, soprattutto da *Luigi Einaudi* [L. EINAUDI, *Titoli nominativi e titoli al portatore? L'esperienza inglese*, in « Riv. soc. comm. », 1912, p. 925

tonata con la scusa, appunto, dell'urgenza improvvisa e indefettibile), additando giustificazioni teoriche e pratiche non del tutto

e ss.; ID., *Ancora intorno ai titoli nominativi e al portatore*, ivi, 1914, p. 11 e ss. (con ricca riflessione comparatistica e confutando, tra l'altro, che i titoli al portatore fossero « *corruttori* delle assemblee di azionisti delle società anonime » e incorporassero una « misteriosa capacità di corruzione », nonché contestando la proposta di sottrazione del voto alle azioni al portatore); ID., *La logica*, cit., p. 629 e ss. (dopo avere professato stima per il giurista veneziano, Einaudi qualifica l'« antipatia verso i titoli al portatore » e il « debole verso i titoli nominativi » di Vivante un « *bobby* », una « *marotte* », un « chiodo fisso », un'idea che « non appartiene al campo scientifico; ma sibbene a quello sentimentale », sostenuta senza rigore di metodo, trascurando il « metodo logico delle differenze » e la seria e informata comparazione, adducendo alcune motivazioni a favore della nominatività che « a mala pena non stonerebbe[ro] in un opuscolo di propaganda della sezione grossolana del partito socialista »: v. anche i toni molto sferzanti a p. 632 e ss., e conclude — p. 643 — che « dare all'Italia il primato degli spropositi di logica può essere un metodo utile a procacciare plauso presso teste vuote le quali immaginano di servire il paese gridando ad ogni giorno l'abbasso a ciò a cui si gridava viva il giorno prima; ma non sembra ancora sia il metodo più atto a guidare l'Italia al primato economico »; ID., ... *nel quale si ripetono cose già dette*, in « Riv. soc. comm. », 1917, p. 64 e ss.]. Su posizioni divergenti da quelle vivantiane, si veda anche, sempre tra gli economisti, A. CABIATI, *La nominatività dei titoli al portatore e la imposta di successione*, in « La Riforma Soc. », 1912, p. 241 e ss.; P. JANNACONE, *Le azioni al portatore e l'economia nazionale*, in « Riv. soc. comm. », 1916, p. 644 e ss.; e, tra i giuristi, con toni meno aspri di quelli degli economisti, A. ROCCO, *Azioni nominative e azioni al portatore. Una proposta del Prof. Vivante*, ivi, 1914, p. 7 e ss.; U. NAVARRINI, *Per la cosiddetta 'difesa nazionale' delle società per azioni*, ivi, 1916, p. 650 e ss.; mentre Antonio Scialoja, inizialmente avverso alla nominatività obbligatoria, diede in seguito a essa « voto favorevole »: A. SCIALOJA, *La nominatività obbligatoria dei titoli ed il capitale straniero*, ivi, 1920, p. 470 e ss. Vivante sosteneva, in particolare, che la contrapposizione con Einaudi risaliva a « una divergenza derivante dal campo diverso della nostra attività, che è per lui prevalentemente economica ed è per me prevalentemente giuridica; ed è forse una divergenza insuperabile, perché il senso di probità che anima la missione scientifica del giurista lo rende intollerabile e impaziente delle situazioni inquinate dalla corruzione »; ma v., in precedenza, EINAUDI, *Ancora*, cit., p. 20, il quale rendeva in modo non del tutto coincidente il contrasto di metodo, mentalità e approccio (« Qui sta la differenza tra i paternalisti ed i liberali. I paternalisti si fissano in mente che i titoli nominativi siano una bella cosa; e subito vogliono fare entrare questa fissazione, come tante altre, nella testa degli azionisti a colpi di legge. Coloro i quali sentono invece profondamente i vantaggi della libertà dicono: può darsi che i titoli nominativi siano migliori di quelli al portatore; ma non importa nulla che questa eccellenza sia riconosciuta dai professori, dagli scrittori, dagli uomini politici. Essa deve essere riconosciuta dai soli competenti a trarne partito, ossia dagli azionisti; ed essi devono persuadere volontariamente, senza il pungolo di un danno minacciato »; nonché, in seguito, sempre EINAUDI, ... *nel quale si ripetono*, cit., p.

convincenti e, comunque, non risolutive o quantomeno non fortemente ridimensionanti le perplessità, di vario tenore, che quegli interventi accompagnano.

L'erosione progressiva (e non tanto la benefica evoluzione) di quelli che, altrettanto un tempo, si chiamavano *sistemi*, ne è un effetto che, con onestà intellettuale, il 'chierico della scienza' non può disconoscere ovvero minimizzare. I fautori di questi mutamenti, i quali non sanno o non vogliono però spiegare perché talune di queste innovazioni siano mature e impellenti mentre altre non lo sarebbero, possono tentare di addurre che quell'erosione sia inevitabile e che, in realtà, risulti in atto da tempo. Ma quell'erosione non gli è permesso di sottacere né svalutare, magari confidando così di rintuzzare le critiche ovvero smorzarne l'incidenza; e, soprattutto, non gli è dato vaticinarne, con ragionevole e oggettiva certezza, le virtuose conseguenze degli interventi perorati.

Questi *sistemi* — che così continuo a denominare, forse illudendomi che non siano ancora definitivamente implosi o che siano divenuti qualcosa d'altro — devono certo aggiornarsi e progredire, in particolare senza potere prescindere, per vezzo, pigrizia ovvero ignoranza, dall'uso, avveduto e ponderato, del diritto comparato (4).

68: « gli economisti combattono da oramai un secolo e mezzo e seguitano a combattere una bella e santa battaglia contro la superstizione delle leggi, della giustizia scritta sulla carta, dei divieti legali del vizio e delle ordinanze di virtù; e sono persuasi di obbedire [...] all'imperativo della morale, di quella veramente sentita e praticata dall'uomo per intima convinzione [...] Ed essi sanno di avere alleati in questa loro campagna i veri, i grandi giuristi [...]. Sappiamo anche che torneremo ad avere alleato in questa campagna, tra i primi e più forti, l'illustre commercialista romano, appena l'odierna inesplicabile fissazione nominativistica non faccia più velo ai suoi occhi lucidi e penetranti ». E invero, il generale carattere ineluttabile (fisiologico) della divergenza (*rectius*, della non possibilità di compenetrazione) tra approccio (metodo) giuridico e approccio (metodo) economico (su alcuni aspetti del quale, per rimanere al pensiero einaudiano, v. L. EINAUDI, *Ipotesi astratte ed ipotesi storiche e dei giudizi di valore nelle scienze economiche*, in Id., *Scritti*, cit., p. 350 e ss.), così come illustrato da Vivante, non persuade; e neppure, in particolare, sarebbe da condividere come possibile spiegazione del contrasto che maturò (v. dopo) proprio sulla valutazione della legittimazione delle azioni a voto potenziato, tra Vivante, da una parte, lo stesso Einaudi e (anni prima) l'altro insigne economista liberista, d'ispirazione e formazione classica, Attilio Cabiati: v. dopo.

(4) In prospettiva soprattutto interpretativa ovvero argomentativa (con qualche cenno, talvolta, all'uso propriamente legislativo del diritto comparato) cfr., di recente,

Sistemi obbligati, di conseguenza, a dischiudersi e a essere permeabili a nuovi o rinnovati istituti, di conio assolutamente innovativo ovvero altrove già vigenti e testati, idonei a vivificare e a determinare un reale (e non propagandistico) rafforzamento e progresso dell'assetto economico del Paese. Dovrebbe però cadere nel novero delle constatazioni ovvie — sebbene, purtroppo, ciò non sia — l'affermazione secondo la quale l'uso forzato e non meditato del diritto comparato in sede legislativa è fortemente sconsigliato e si rivela deleterio, quando non sospetto. Identica ovvia valutazione negativa dovrebbe riguardare — ma, pure in questo caso, non è così — quel fenomeno, anch'esso di non rara ricorrenza nei tempi recenti e attuali, che coincide con l'invocazione, a mo' di *slogan* e di formule

Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode, A. GAMPER (Hrsg.), Wien, Jan Sramek Verlag, 2013; M. BOBEK, *Comparative reasoning in European supreme courts*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2013, p. 36 e ss.; P. MADJAROV, *Rechtsvergleichung als Auslegungsmethode*, in «GreifRecht», 2013, p. 75 e ss.; M. CHEN-WISHART, *Legal Transplant and undue influence: Lost in Translation or a Working Misunderstanding?*, in «Inter. and Comp. L. Quart.», 2013, p. 1 e ss.; T. COENDET, *Rechtsvergleichende Argumentation*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012; S. GRUNDMANN, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, München, Müller, 2011², p. 30 e ss.; J. DE CONINCK, *The Functional Method of Comparative Law: Quo Vadis?*, in «RabelsZ», 2010, p. 318 e ss.; v. pure S. AUGENHOFER, *Rechtsvergleichung*, in *Grundlagen des Rechts*, J. Krüper (Hrsg.), Baden-Baden, Nomos, 2013, p. 193 e ss.; qualche spunto anche in D. HENRICH, *Wandel des Familienbegriffs — Wandel des Familienrechts*, in *Festschrift 50 Jahre ZfRV*, Wien, Manza, 2013, p. 59 e ss.; M. PARGENDLER, *The Rise and Decline of Legal Families*, in «The Amer. Jour. of Comp. L.», 2012, p. 1043 e ss.; H. FLEISCHER, *Comparative Approaches to the Use of Legislation History in Statutory Interpretation*, ivi, p. 401 e ss. Nella nostra giuridicommercialistica, soprattutto G.B. PORTALE, *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in «Riv. soc.», 2013, p. 325 e ss.; M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, ivi, p. 12, testo e nt. 20; V. CAREILLO, *Sensibilità comuni, uso della comparazione e convergenze interpretative: per una Methodenlehre unitaria nella riflessione europea sul diritto dei gruppi di società*, in «RDS», 2012, p. 255 e ss.; Id., *Osservazioni preliminari sull'argomentazione e sull'interpretazione "orientate alle conseguenze" e il "vincolo del diritto positivo per il giurista"*, in corso di pubblicazione in *Scritti per Mario Libertini*, Milano, Giuffrè, 2015, e in «Riv. dir. comm.», 2015, I (in corrispondenza della nt. 45). Sulle funzioni della comparazione, assai di recente, la lucida analisi di A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 43 e ss. In argomento, cfr. anche C. ANGELICI, *Variazioni su responsabilità e irresponsabilità del socio*, in *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, a cura di L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, Giuffrè, 2010, p. 197, testo e nt. 11.

magiche che danno l'impressione di servire ad ammantare le reali ragioni di alcune discutibili scelte normative, della c.d. concorrenza tra ordinamenti (probabilmente, per costoro — e mi limito a citare solo un esempio che attiene all'istituto che sto per indagare — la Germania, la quale da quasi un secolo vieta il voto plurimo, e da diciassette anni non ammette a tale divieto alcuna eccezione, è un ordinamento, per questo, non concorrenziale ⁽⁵⁾), del c.d. bisogno di internazionalizzazione e del c.d. principio dell'allineamento dell'interesse della società con quello degli investitori a medio-lungo termine quali ragioni *in sé e per sé* fondanti e motivanti l'introduzione nel nostro ordinamento di istituti nuovi (*rectius*, non ancora regolati e/o riconosciuti come legittimi).

Nel contempo, non è mai caduto in disgrazia il ricorso a un'altra formula magica, quella che suona più o meno così: 'la selezione (economica e giuridica) di ogni istituto è da rimettere al e

(5) E voglio sorvolare sulle improvvide e superficiali (vacue e inconsistenti, dal punto di vista culturale, prima ancora che giuridico) accuse di 'ipocrisia' (!?) che, a leggere quanto riportato da quotidiani, taluno ha creduto di potere muovere a quanti hanno dissentito o dalla scelta o dai metodi della scelta di legittimazione delle azioni a voto potenziato (maggiorato e plurimo) nel nostro diritto. L'accusa si commenta da sé (massimamente, se proviene magari da chi è coinvolto, dal punto di vista professionale, nella creazione di queste azioni), appartiene più all'armamentario e al frasario di *talk-shows*, che alla seria, e non prevenuta, riflessione scientifica. Sebbene qualcuno di quelli che l'ha proferita faccia mostra di conoscere storia (nazionale e internazionale) e comparazione dell'istituto, quell'accusa rivela l'opposto. Per fortuna, pur assumendo toni vibranti e accesi (v. dopo), il confronto, ad esempio, tra Cesare Vivante, Antonio Scialoja (e il 'primo' Ascarelli), da una parte, e Giancarlo Frè, Luigi Lordi, Attilio Cabiati, Luigi Einaudi, dall'altra, non vide mai i primi (seppure, con alcune diversità di impostazione, argomenti, toni) ottenere l'effetto di svilire i propri assunti a favore delle azioni a voto multiplo considerando 'ipocrite' le tesi di coloro (i secondi, anche qui, pur con differenze di impostazioni, argomenti e toni) i quali espressero opinioni contrarie. Per fortuna, altrove (in Germania, Francia, USA), certe accuse appartengono, appunto, al gergo non scientifico, e cadono nel dimenticatoio, e nemmeno si concede loro l'onore di essere oggetto di replica. Forse chi impiega, a sproposito, il sostantivo 'ipocrisia', l'aggettivo 'ipocrita', ne misconosce i significati corretti (gemmati dal greco *ὑποκρίνομαι*, 'fingere'). E verrebbe allora da domandare: è per definizione 'ipocrita', vale a dire simula ciò che non pensa, finge al fine di ingannare, chi nel passato e nel presente, come nel futuro, ha osteggiato, osteggia e osteggerà, sotto il profilo giuridico ed economico, la legittimazione delle azioni a voto multiplo? Ognuno possiede la risposta (salvo sia un ipocrita, nel significato corretto del termine).

la compirà il mercato'. In tal modo ragionando, a prescindere dalle personali convinzioni ideologiche ed economiche (nonché di politica del diritto), si dimostra, in definitiva, di riporre affidamento nella spontanea tenuta di quella stessa entità 'mercato' che, al di là di istanze di de-regolamentazione ovvero di ri-regolazione, non si può giudicare estranea, pure nel recente passato e nello scenario internazionale, anzitutto proprio per la sua non spontanea virtuosità ed efficienza, alla generazione di virulenti effetti disgreganti e destabilizzanti. E che poi, nel particolare, il c.d. mercato italiano sia premunito per scongiurare ovvero rimuovere, con sollecitudine e in profondità, possibili degenerazioni dell'istituto innovativo e i connessi effetti è, ancora una volta, un vaticinio augurale, non una certezza.

Non mi auguro certo che effetti di tal fatta ovvero di ulteriori comunque dannosi siano prodotti dalla scelta, ora possibile in forza di modifiche legislative (6), di nostre società di creare *azioni 'di fedeltà' o a voto maggiorato* (fino al doppio) e/o *a voto plurimo* (fino al triplo), unitariamente qualificabili (7) *a voto potenziato, multiplo e ineguale* (8): di guisa che il nostro diritto delle s.p.a., già legittimante (salvo diverse disposizioni di leggi speciali: art. 2351, comma 2, c.c.), oltre alle azioni senza diritto di voto, le azioni a voto limitato — categoria storicamente escogitata quale alternativa proprio alle

(6) Art. 2351, comma 4, c.c., nuovo testo; artt. 127-*quinquies* e 127-*sexies* d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF), quali, rispettivamente, modificati e introdotti dall'art. 20 dl. 24 giugno 2014 n. 91, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 116; cfr. altresì Delibera Consob n. 19084 del 19 dicembre 2014 'Modifiche al regolamento di attuazione del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti, adottata con delibera del 14 maggio 1999 n. 11971 e successive modificazioni' (adottata ai sensi dell'art. 127-*quinquies*, comma 2, TUF). Per alcune prime considerazioni sul voto maggiorato quale accolto nella legislazione domestica, v. i ponderati rilievi di G. GUIZZI, *La maggiorazione del diritto di voto nelle società quotate: qualche riflessione sistematica*, in corso di pubblicazione in « Corr. giur. », 2015 (ove ulteriori citazioni); su voto maggiorato e plurimo, sempre con tenore d'iniziali (nondimeno stimolanti) riflessioni, v. M.S. SPOLIDORO, *Il voto plurimo: i sistemi europei*, in corso di pubblicazione in « Riv. soc. », 2015.

(7) Secondo le terminologie storicamente preferite e più ricorrenti: cfr. anche dopo.

(8) Nella dottrina italiana, ad esempio: A. SCIALOJA, *Il voto plurimo nelle società anonime*, in « Foro it. », 1925, I, c. 760.

azioni a voto ineguale —, brilla (si fa per dire) per varietà di articolazioni del montante di voto e deviazioni dal principio, un tempo reputato intoccabile e oggi assediato e contraddetto (per nulla però pacificamente) in più ordinamenti, ‘un’azione — un voto’⁽⁹⁾.

Chi si affretta a negare, con toni assoluti e perentori, che i superiori e ulteriori deprecabili effetti — non solo sotto il profilo della ‘qualità’ delle regole di *corporate governance*, bensì pure dal punto di vista finanziario del potenziale immediato ovvero progressivo decremento del valore ‘ottimale’ dell’impresa provvista *ab origine* oppure successivamente dotata di montanti di voto superiori all’unità e che riscontri differenziali di prezzo tra azioni incorporanti differenti diritti di voto (unico ovvero potenziato)⁽¹⁰⁾ — possano

(9) Magari assumendo, chi così lo ha voluto, che questa varietà lo abbia reso più appetibile e, appunto, più concorrente di altri diritti o almeno egualmente competitivo.

(10) Nella letteratura economica-finanziaria domestica e comparata, non mi consta alcuna concordia su generali costanti ovvero tendenziali effetti benefici e virtuosi, come inverso pure su costanti e tendenziali effetti non benefici e non virtuosi, sul valore dell’impresa dell’adozione di sistemi incrementali di voto in aggiunta al sistema ‘un’azione - un voto’ [non risultando neppure appropriato, all’evidenza, invocare, a sostegno di una presunta costante ovvero tendenziale virtuosità delle *dual-class shares* con differenti montanti di voto (comunque, dall’unità in su), le risultanze, peraltro a loro volta non univoche, degli studi su effetti premianti del valore dell’impresa discendenti dal differenziale di prezzo (*voting premium*) tra azioni con diritto di voto e azioni prive del diritto di voto; sul tema, nella folta letteratura, v., ad esempio, con riguardo alla dualità azioni di risparmio (pertanto, strutturalmente privilegiate sotto il profilo patrimoniale) - azioni con diritto di voto unico, N. LINCIANO, *Azioni di risparmio e valore del controllo: gli effetti della regolamentazione*, in *Quaderni di Finanza*, Roma-Milano, CONSOB, n. 53/2002; più di recente, S. BANERJEE, R. MASULIS, *Ownership, Investment and Governance: The Costs and Benefits of Dual Class Shares*, ECGI - Finance Working Paper 2013, No. 352/2013]. Non è riscontrabile un’uniformità, ma neppure una prevalenza, di opinioni attestanti la maggiore virtuosità, rispetto alla conservazione/all’incremento del valore ‘ottimale’ dell’impresa, delle deviazioni dal principio/sistema ‘un’azione - un voto’, sebbene da più parti (sebbene, ancora una volta, per nulla univocamente e neppure prevalentemente) si sia creduto di fornire evidenze alla ‘ottimalità’ potenziale di queste deviazioni. E in senso opposto v., ad esempio, di recente, con riguardo all’IPO *Alibaba* (in senso critico sulla struttura di *corporate governance* della società incentrata, proprio sul voto plurimo di una ‘classe’ di azioni, cfr. L. BEBCHUK, *Alibaba’s Governance Leaves Investors at a Disadvantage*, in «New York Times», 16 settembre 2014; v. pure l’editoriale *Out of Control*, in «The Economist», 20-26 settembre 2014), *Dual-Class Shares: From Google to Alibaba, Is It a Troubling Trend for*

discendere, direttamente ovvero indirettamente, dalla legittimazione del voto multiplo, contraddicendo con tale ottimistico contegno aprioristico evidenze storiche e comparatistiche che si offrono senza soluzione di continuità, non fa professione di obiettività e di prudenza e, nell'ansia, se non nell'entusiasmo di difendere l'istituto, si precipita a escludere in radice ciò che, invece, appunto, non è per nulla fuori da ogni realistica previsione. E se si può tendenzialmente convenire sulla risalente affermazione secondo la quale

Il pericolo di abusi non può mai essere un argomento invincibile per decidere l'ostracismo di un qualunque istituto giuridico, qualora di questo la necessità o la utilità sia dimostrata ⁽¹¹⁾,

ovvio è però che, *da un lato e nello specifico*,

Il problema del voto plurimo è problema di sostanza e di vita e vuol essere esaminato, per stabilirne la giusta risoluzione, nella sua intima essenza, studiandone tutte le possibili applicazioni, anche le più estreme, e non soffermandosi ai particolari atteggiamenti che può assumere in qualche caso e che apparentemente ne smussano i contorni più aspri e più contrastanti con l'interpretazione tradizionale della legge vigente ⁽¹²⁾;

dall'altro e in generale, dell'istituto esposto al pericolo di abuso, prima di aprirlo all'accoglimento in un ordinamento, occorrerà avere davvero dimostrato, di là di proclami, la reale (e, quindi, provata) pubblica necessità e/o utilità rispetto a quell'ordinamento, seppure 'in concorrenza' con ulteriori esperienze; *dall'altro ancora, e*

Investors?, <http://blogs.cfainstitute.org/marketintegrity/2014/04/01/dual-class-shares-from-google-to-alibaba-is-it-a-troubling-trend-for-investors/>: « Research has shown that an ownership situation in which a founder, family, or other entity controls a company's voting power, but does so under a one-share, one-vote standard, performs better for minority shareowners and controlling shareowners, alike. In the United States, at least, a study by the Investor Responsibility Research Center (IRRC) has shown that on average, and over time, companies with dual-class shares underperform those with a one-share, one-vote standard in which the owner's economic risk is commensurate with his voting power. This IRRC study also found that over the long term, controlled companies with a one-share, one-vote structure tend to outperform all others. In essence, the nature of control matters. A structure in which controlling shareowners share the same link between economic risk and control as other shareowners seems to work best for all parties ».

⁽¹¹⁾ SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 778.

⁽¹²⁾ G. FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, in « Riv. dir. comm. », 1926, I, p. 512.

sempre in generale, in ogni caso, la consapevolezza di quello e di altri pericoli dovrebbe consigliare accortezza nella celebrazione della superiorità delle virtù dell'istituto rispetto ai profili d'indubbia criticità e, prima ancora, nella formulazione della relativa disciplina (e senza che il richiamo a questa accortezza venga sbrigativamente ascritto a eccessive inclinazioni di c.d. paternalismo legislativo), da strutturare in modo del tutto adeguato sì da non configurare il voto potenziato quale strumento facilmente abusabile. E, per inciso, con un'incursione nei e un assaggio dei numerosi problemi interpretativi posti dalla scarna e fulminea disciplina — problemi i quali resteranno volutamente esclusi dalla presente indagine —, osservo, ad esempio, che l'incremento, con le novelle azioni a voto plurimo, delle categorie di azioni fornite di 'diritti di voto diversi' da quelle ordinarie pare denunci e sconti, già in partenza, una falla ermeneutica di rilevante portata (salvo, ove considerata una vera e propria lacuna, non colmarla in nome di un provvidenziale ovvero fantomatico, a seconda dei punti di vista, difetto di coordinamento tra i commi 2 e 4 dell'art. 2351 c.c.) al quale l'interprete dovrebbe essere chiamato a supplire: se il valore della azioni a voto plurimo sia da computarsi ai fini del limite del valore complessivo delle azioni diverse da quelle a voto ordinario (art. 2351, comma 2, c.c.). A meno di non giungere a qualificare — ma in forza di canoni interpretativi e di argomentazioni ben più pregnanti di quelli letterali, sempre meno attendibili e più incerti ⁽¹³⁾ —, la non inclusione espressa delle azioni a voto plurimo nel conteggio rilevante ai sensi dell'art. 2351, comma 2, ult. periodo, c.c., appunto, una lacuna bensì una c.d. norma in bianco a contenuto negativo.

Pure mi auguro — sperando di non essere io, questa volta, a peccare di ottimismo — che ove, in singoli casi e/o su scala più diffusa, la creazione di queste azioni si palesasse dannosa, e il voto plurimo si atteggiasse davvero come un « tristo istituto » ⁽¹⁴⁾, l'as-

⁽¹³⁾ Sull'avvertita istanza di revisione della gerarchia dei canoni ermeneutici ordinata nell'art. 12 disp. prel., cfr. CARIELLO, *Osservazioni preliminari*, cit.

⁽¹⁴⁾ L. LORDI, *Sul progetto del nuovo codice di commercio*, in « Riv. dir. comm. », 1926, I, p. 271 e ss. (osservazioni formulate sul progetto del nuovo codice di commercio del 1925, trasfuse successivamente nel parere al Ministro della Giustizia nel 1940 e ripubblicate ivi, 1940, I, p. 550 e ss.).

setto giuridico-economico si rivelerà in grado di reprimerne gli abusi, di stemperarne e ridurne gli effetti pregiudizievoli, di assorbirli; e, comunque, mi auguro che si possa correggere provvidamente la disciplina — sulla quale, in realtà, come credo sia già intuibile, sono convinto si debba da subito intervenire con prescrizioni più restrittive ⁽¹⁵⁾, e non solo tenendo conto del riscontro (ancora una volta, storico e comparatistico) che vuole il potenziamento di voto pressoché mai concesso *con riguardo a ogni materia di competenza assembleare* ⁽¹⁶⁾ —; ovvero, se del caso, laddove le alterazioni e le degenerazioni fossero macroscopiche e dirimenti e i correttivi non stimabili come davvero risolutivi, ritornare al passato, vietando il rafforzamento quantitativo del voto ⁽¹⁷⁾.

In via preventiva, ritengo comunque opportuno che già da subito gli statuti, suppiando alla legge timida, disattenta e troppo liberalizzante, rendano ‘perfettamente dosabile’ ⁽¹⁸⁾ il sistema del

⁽¹⁵⁾ Cfr. V. CARIELLO, *Azioni a voto potenziato, “voti plurimi senza azioni” e tutela dei soci estranei al controllo*, in corso di pubblicazione in « Riv. soc. », 2015.

⁽¹⁶⁾ Risalendo, cfr., per tutti, FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., p. 142. Nelle odierne esperienze, cfr., fra altri, le clausole statutarie di molteplici società statunitensi per citarne solo alcune: *Google, Facebook, New York Times, News Corporation*. Quest’ultima rappresenta uno dei più recenti casi di radicale obiezione espresse da investitori istituzionali nei confronti della suddivisione in ‘classi’ di azioni. La differenziazione di categorie di azioni con diritto di voto (due provviste di diverso potenziale di voto — classe A, 1 voto; classe B, 10 voti —, una priva di voto) garantisce al 14% del capitale della *News Corporation* di titolarità della famiglia Murdoch di « pesare », a livello di diritto di voto, per il 39,4%. Nell’ultima assemblea della società (2014), tutti i fondi azionisti, tranne uno (‘alleato’ storico della famiglia Murdoch) hanno appoggiato la proposta di passaggio al regime ‘one share-one vote’, la quale ha però raccolto il 47,4% dei voti, non raggiungendo il *quorum* deliberativo necessario per la modifica (proprio grazie al voto contrario, oltre che della famiglia Murdoch, del fondo arabo suo alleato).

⁽¹⁷⁾ E, sin da ora, v. C. VIVANTE, *Proposte per la disciplina delle azioni a voto multiplo*, in « Riv. banc. », 1925, p. 58: « All’idea di indole *politica-economica* che la creazione di azioni a voto multiplo può essere riservata ad alcune società, da determinarsi secondo i criteri che il legislatore crederà di stabilire, fa riscontro quella tecnica, che il voto multiplo non deve *favorire abusi ed appetiti illeciti* e che deve essere *automaticamente soppresso*, quando via sia il pericolo, che possa essere dannoso alla società ed ai soci ordinari ».

⁽¹⁸⁾ Ivi, p. 52: « come ogni farmaco efficace, anche questo rimedio ad alcuni gravissimi inconvenienti dell’assetto attuale, può avere delle conseguenze dannose. Sarà

voto ineguale, introducendo contrappesi più persuasivi di quelli, deboli e insoddisfacenti, approntati dal nostro legislatore (dai nostri uffici legislativi): contrappesi i quali, modellando la creazione di azioni a voto potenziato in modo cautelativo (*senza che colga nel segno l'obiezione, invero tentata anche in epoca datata, la quale fissi un rapporto di diretta proporzionalità e correlazione tra maggiore cautela della disciplina e frustrazione dei vantaggi funzionali dell'istituto*), si appalesino idonei a presidiare in senso migliorativo la posizione corporativa degli azionisti a voto ordinario (e non di comando), trovando più soddisfacenti equilibrio e componimento tra gli opposti interessi coinvolti, tra la tipica primigenia e assolutamente preponderante esigenza (conservazione del dominio della società ⁽¹⁹⁾) alle quali è da sempre funzionalizzata l'adozione del voto potenziato, *da un lato*, e l'esigenza di tutela di quegli interessi, 'di categoria' e non, esposti a un (anche solo potenziale) pregiudizio in conseguenza della creazione di un sistema di voto ineguale, *dall'altro*; e/o dischiudendo la creazione di azioni a voto multiplo a ulteriori funzioni, classificabili come secondarie e delle quali si è smarrita memoria e cognizione, oppure a nuovi fini (e, in particolare, questo mi è parso credibile affermare ⁽²⁰⁾ in sintonia con qualche dottrina straniera, si potrebbe pensare di congegnare l'istituto e le sue modalità applicative anche in guisa di strumento di tutela di azionisti estranei al controllo ⁽²¹⁾).

arte del medico di *saperlo dosare*, con sapienza, e di circondarlo di quelle cautele e di quelle prudenze, che lo renderanno *sicuramente innocuo* ».

⁽¹⁹⁾ Per tutti, v., da subito, per tutti: FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., p. 489 (« La spiegazione dell'improvviso favore che il nuovo istituto trovò in Italia va ricercata soprattutto nella tendenza, così diffusa anche tra i finanziari del nostro Paese, di assicurarsi il dominio delle società commerciali, a cui partecipano come capitalisti o come dirigenti, ed in minor parte nel desiderio di trovare una valida difesa contro quelle note forme di accaparramento di titoli che trovano più facilmente la loro sanzione nella morale che nella legge »); A. JANNONI SEBASTIANINI, *Azioni a voto multiplo*, in « Riv. pol. econ. », 1925, p. 624 (« La ragione, più o meno apertamente confessata nei singoli casi, è sempre la stessa, quella cioè di conservare alla Società l'indirizzo amministrativo e la direzione che essa abbia nel momento e di evitare, per quanto è possibile, la riuscita di eventuali scalate da parte di elementi estranei alla Società »); cfr. anche dopo.

⁽²⁰⁾ CARIELLO, *Azioni a voto potenziato*, cit.

⁽²¹⁾ Cfr., specificamente rispetto alla maggiorazione del voto, *Astaldi S.p.A. - Informazioni a integrazione della Relazione illustrativa del Consiglio di Amministrazione*

Mi auguro altresì che, ove si pensi, con scelta a mio avviso però ancor più non condivisibile, di prefigurare un'estensione di legittimazione della creazione di azioni a voto potenziato — *in primis*, espandendo l'attuale facoltà di adozione delle azioni a voto plurimo a parte di società quotate non provviste di tali categorie di azioni anteriormente all'accesso al mercato ⁽²²⁾ —, almeno questa volta, all'innovazione si proceda a seguito di meditato, seppur concludente, dibattito. Ancora di più, pur ribadendo le mie salde perplessità sul riconoscimento di ammissibilità delle azioni a voto potenziato — che, nella tipologia delle azioni a voto maggiorato, il legislatore ha addirittura voluto agevolare, dstando aggiuntive e totalmente condivisibili riserve ⁽²³⁾ —, non posso che augurarmi,

(assemblea in sede straordinaria del 29 gennaio 2015): « Il Consiglio di Amministrazione, nel valutare l'interesse sociale in relazione alla formulazione della proposta [d'introduzione del voto maggiorato], ha ritenuto che le [...] esigenze e finalità di incentivazione di medio-lungo periodo ricorrano anche in presenza, come nel caso della Vostra Società, di un assetto di controllo precostituito, in quanto verrebbe comunque così premiata ogni componente stabile dell'azionariato, ivi compresa la minoranza che intenda garantirsi, con un investimento di medio lungo periodo, un maggiore diritto di *voice* e di *monitoring* rispetto a investitori che si pongano in un più breve orizzonte temporale. Pertanto, il voto maggiorato favorisce e rafforza la presenza di soci di minoranza stabili che così possono contribuire, mediante la loro partecipazione rafforzata, alle nomine di competenza delle minoranze e al miglioramento della *governance* della società ».

⁽²²⁾ Attualmente circoscritta a società che abbiano creato azioni a voto plurimo anteriormente all'inizio delle negoziazioni in un mercato regolamentato (art. 127-*sexies*, comma 2, TUF).

⁽²³⁾ Con l'ammetterne l'adozione, entro il 31 gennaio 2015, in forza di deliberazione adottata, anche in prima convocazione, con il voto favorevole di almeno la maggioranza del capitale rappresentato in assemblea. E subito si è prospettata una proroga del termine, fortunatamente esclusa. A oggi (12 febbraio 2015), risulta che, tra le società quotate italiane, solo Campari, Astaldi e Amplifon abbiano introdotto la maggioranza del voto prima del 31 gennaio 2015, sfruttando l'agevolazione deliberativa. Tali decisioni d'introduzione del voto maggiorato hanno sollevato, già dal loro annuncio, forti critiche da parte di specialistiche agenzie di *rating* e di investitori istituzionali: ad esempio, *Standard Ethics*, la prima agenzia indipendente di *rating* europea sulla responsabilità sociale, ambientale e di *corporate governance*, ha messo sotto osservazione il *rating* di Campari in vista dell'assemblea straordinaria convocata per il 28 gennaio 2015. *Standard Ethics* osserva che l'emissione dei tali azioni « non sempre [è] giustificata da un interesse generale aziendale, piuttosto da interessi imputabili a soci diconrollo ». Sull'atteggiamento radicalmente critico di investitori istituzionali e *proxy*

sebbene rimanga fortemente scettico che ciò corrisponderà agli sviluppi applicativi dell'istituto, che queste azioni inneschino, su apprezzabile scala, quegli effetti virtuosi che i loro promotori,

advisors esteri, v. ASSOGESTIONI, *Nota Tecnica sul voto maggiorato in Italia e all'estero*, in www.assogestioni.it. Per inciso, ricordo che VIVANTE, *Proposte*, cit., p. 53, in uno dei progetti da lui approntati, indicava come sempre necessario, per la delibera di emissione delle azioni a voto plurimo, l'intervento in assemblea di tanti soci che rappresentassero *almeno due terzi* del capitale sociale e il voto favorevole della maggioranza degli intervenuti. A ogni modo, a me pare che, di per sé, la scelta di sfruttare l'agevolazione deliberativa non possa essere considerata indizio segnaletico di un futuro uso non virtuoso dell'istituto. Vi sono però tra dati parimenti non contestabili: *a*) la circostanza che le deliberazioni di modificazione dello statuto delle tre società siano state adottate con percentuali comunque superiori ai due terzi del capitale rappresentato nelle assemblee, e con l'apporto pertanto anche di voto di soci non di controllo, non costituisce indicazione di un avallo del 'mercato', né che tutte le minoranze estranee al controllo di ogni società abbiano apprezzato l'introduzione della maggiorazione del voto. Inutile forse segnalare, incidentalmente, che, al netto degli esiti di ciascuna delle tre deliberazioni, sarebbe da verificare con attenzione se sarebbero risultate ugualmente approvate se a esse fosse stata applicabile una regola di *white wash*, in forza della quale ognuna avrebbe necessitato della maggioranza dei voti dei soci non di controllo; *b*) è spontaneo domandarsi, senza alcuna malizia e dietrologia, per quale ragione tre società provviste di nuclei stabili di controllo di diritto si siano precipitate a sfruttare il *quorum* deliberativo agevolato; *c*) ma, soprattutto, prova troppo affermare che il socio o le colazioni di controllo di queste società, proprio perché titolari di un controllo di diritto, non avrebbero avuto bisogno (*rectius*, mai necessiteranno) del voto maggiorato per conservare l'influenza dominante sulle rispettive società. A parte l'ovvia obiezione che, se così fosse, non avrebbero introdotto (e con così pronto tempismo) il voto maggiorato, quello che più rileva è che il voto potenziato (maggiorato o plurimo che dir si voglia) non costituisce, sempre e comunque, uno strumento per conservare il controllo *sic et simpliciter*, ma un istituto che questo risultato può conseguire tramite un minore rischio imprenditoriale, un minore impegno partecipativo e, quindi, d'investimento di capitale, rappresentando quindi una tecnica che permette di smobilizzare parte di un investimento anche conservando intatta (e, quindi, non 'diluendo') le proporzioni di peso di voto (di potere d'influenza) tra soci di controllo e soci non di controllo: sicché i primi, ove operanno per disinvestire parte del proprio capitale, senza per questo rischiare di perdere o di vedere insidiato il proprio potere di comando, saranno in condizione di reinvestire quanto incassato dal disinvestimento (interessante sarebbe approfondire la questione delle possibili connessioni tra voto potenziato e creazione di posizioni oligopolistiche). Al fine di verificare come ciò corrisponda all'utilizzo pratico dello strumento, basterà leggere, senza sforzarsi di consultare la comparazione, alcuni degli economisti e dei giuscommercialisti che, appunto risalendo nel tempo, si occuparono delle azioni a voto potenziato: v. dopo.

sostenitori e difensori ⁽²⁴⁾, nel corso del tempo e nei differenti Paesi, gli hanno ascritto in modo prevalente rispetto ai lamentati effetti deleteri, dando per provata (i promotori, i sostenitori e i difensori dell'istituto) la superiorità assoluta (*id est*, non dipendente dalle specificità dei singoli ordinamenti giuridici, economici e finanziari) del 'sistema di voto potenziato' (e, quindi, dell'esistenza di dotazioni ineguali di voto) rispetto all'alternativa del sistema di voto 'unico'.

(24) Riferendosi alle azioni a voto maggiorato, la *Relazione* illustrativa di accompagnamento al d.lgs. n. 91/2014 ne evidenzia *esclusivamente* i possibili vantaggi: « una maggiore flessibilità nella struttura del capitale in deroga al principio 'one share - one vote' può consentire di aumentare la dimensione del flottante in sede di offerta al pubblico finalizzata alla quotazione (IPO) e, di conseguenza, la liquidità delle azioni delle società quotate senza determinare una diluizione in sede assembleare per gli azionisti di riferimento [*sic*]; favorisce e semplifica l'accesso al mercato di capitali [...] (l'affermazione, nella sua categoricità teorica ed empirica, è tutt'altro che condivisibile); [...] dovrebbe ridurre il ricorso a patti parasociali in quanto [...] l'obbligatorietà della regola 'un'azione - un voto' può spingere le imprese a ricorrere alla stipula di patti parasociali o altri strumenti di rafforzamento del controllo tendenzialmente più opachi come, ad esempio, i gruppi piramidali » [si tratta di un auspicio che non può affatto fondarsi, ancora una volta, su evidenze empiriche storiche (le quali sono, al contrario, di segno contrapposto: v. oltre) e comparatistiche; che ci fa scoprire sembrar essere i patti parasociali uno strumento che il legislatore ora vorrebbe vedere rimpiazzato, dopo averlo regolato a esito di una lunga marcia che ha condotto al riconoscimento della loro tendenziale meritevolezza e legittimità; e che, soprattutto, è *illusorio là dove qualifica le azioni a voto maggiorato come idonee a evitare la formazioni dei cc.dd. gruppi piramidali, i quali, invece, non è per nulla da escludere siano l'effetto di ovvero traggano linfa proprio dalle azioni a voto potenziato*: cfr. oltre]; « può [...] consentire alle società quotate e quotate di prevedere una maggiorazione del voto come 'premio di fedeltà' per gli azionisti di lungo periodo » [il richiamo al 'premio di fedeltà' evidentemente ambirebbe a costituire, di per sé, un connotato di meritevolezza dell'istituto (analogamente a quanto accade in altre esperienze), atto a distinguere gli azionisti fedeli dai meri speculatori (tradizionale argomento addotto, anche da nostra dottrina risalente, a favore delle azioni a voto potenziato: v. oltre), e a farne un elemento di stabilizzazione dell'assetto proprietario e del governo dell'impresa. Ma che la c.d. fedeltà (*id est*, la permanenza nella qualità di socio per un minimo di tempo) possa essere premiata con una maggiorazione del voto — correlativamente a quanto accade con la prevista, in precedenza, e assai dubbia (sistematicamente e dal punto di vista applicativo), maggiorazione del dividendo: art. 127-*quater* TUF — e, soprattutto, che questa 'fedeltà' si presti a essere addotta quale giustificazione giuridica della previsione, non convince. A mio avviso, qualunque differente dotazioni di voto tra soci dovrebbe risultare esclusivamente connessa a ed essere il riflesso di differenziazioni tra categorie di azioni. Con tutto ciò che ne deve conseguire].

In ogni caso, proprio anche in virtù dello sguardo storiografico, ritengo non agevolmente contestabili diverse osservazioni generali.

In primo luogo, accennavo che la legittimazione normativa delle azioni a voto potenziato non è stata immediatamente preceduta, né tanto meno assistita e accompagnata, come al contrario sarebbe stato auspicabile considerati l'acclarata rilevanza giuridica sistematica dell'istituto e i probabili impatti economici di una sua eventuale diffusa (e/o qualitativamente rilevante per le caratteristiche delle società adottanti) applicazione, da un confronto e un dibattito nella dottrina, i quali si siano fatti carico di considerare in via preventiva, con l'adeguata estrema attenzione che l'introduzione queste azioni esigono (e, storicamente, sempre hanno esatto) in ogni ordinamento, i loro vantaggi, pericoli e controindicazioni giuridiche ed economiche in relazione all'attuale assetto (appunto, giuridico-economico) del nostro Paese e in comparazione con le più significative realtà giuridiche ed economiche straniere (non senza avere chiare, anzitutto sul piano metodologico, le differenze giuridiche-economiche-sociali di queste realtà). Nel diritto interno, proprio diversamente da alcune delle più rappresentative esperienze straniere (segnatamente, statunitense e tedesca; e, in parte, anche quella francese), se si eccettuano isolati e incidentali riferimenti (con valutazioni di segno negativo) di autorevole dottrina degli anni Cinquanta e Sessanta del Secolo trascorso ⁽²⁵⁾, nonché, essenzial-

⁽²⁵⁾ Alludo, essenzialmente, a due rapidissimi incisi di G. FERRI, *Potere e responsabilità nell'evoluzione della società per azioni*, in « Riv. soc. », 1956, p. 35 e ss. (secondo il quale, nelle s.p.a., il rapporto potere-responsabilità era stato reso « rigido, se non automatico » dal divieto di emissione di azioni a voto plurimo); T. ASCARELLI, *I problemi delle società anonime per azioni*, ivi, p. 3 e ss. (le azioni a voto plurimo « tutela[no] i gruppi di controllo, invece di disciplinarli »; e già anni prima, Ascarelli assunse posizioni sugli effetti virtuosi del voto potenziato meno assiomatiche e celebrative di quelle espresse nel saggio del 1925: cfr. ID., *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni (A proposito di un libro recente)*, in « Riv. dir. comm. », 1930, I, p. 735: le società per azioni « vuoi per lo stesso assenteismo degli azionisti minori, vuoi per una delle tante pratiche escogitate all'uopo (voto plurimo, riporto in occasione di assemblee, sindacati azionari, holding, ecc.) » risultano « dominate da un gruppo più o meno vasto, molto spesso inferiore alla maggioranza numerica delle azioni ed i cui interessi possono naturalmente non coincidere con quelli della società »; e, soprattutto, ad A. ASQUINI, *Le azioni privilegiate a voto limitato*, in « Riv. soc. », 1961, p. 929 e ss.: il quale, dopo avere

mente alla fine degli anni Quaranta, le prese di posizione sulla particolare questione della legittimità dell'emissione di azioni gratuite a voto plurimo derivante da passaggio a capitale di riserve ovvero di saldi attivi di rivalutazione monetaria ⁽²⁶⁾, è autorevole dottrina (soprattutto giuridica, seppur con ragguardevoli e impre-scindibili prese di posizione pure di quella economica) attiva tra i due conflitti mondiali (in modo essenziale e del tutto prevalente, tra il 1924 e il 1926, ma con rilevanti e non trascurabili voci anche tra il 1927 e il 1940 ⁽²⁷⁾), e prima ancora la prassi ⁽²⁸⁾ e la giurispru-

osservato che tra i problemi che le s.p.a. devono affrontare a seguito dell'espansione dell'economia industriale « dominante [è] quello di differenziare le azioni possedute da coloro che si preoccupano di stabilizzare l'amministrazione della società, ai fini del consolidamento e dello sviluppo dell'impresa sociale e della prevenzione contro le scalate del capitale di ventura, rispetto alle azioni dei meri apportatori di capitale, che si preoccupano soprattutto della redditività dell'investimento e della sua mobilità », ricorda come nel periodo della prima guerra mondiale e della svalutazione monetaria si pensasse che lo strumento migliore all'abbisogna fosse il voto plurimo, da riservarsi al 'gruppo di comando' delle società e delle banche che le sostenevano; ma la Sottocommissione reale del 1925 prospettò, in luogo delle azioni a voto plurimo, quelle a voto limitato. Asquini trascrive il passo della relazione al progetto del 1925, da lui redatta, dove questa alternativa proposta venne definita « ispirata a scopi analoghi [delle azioni a voto plurimo], ma che sembrò più moderata e più aderente alle effettive esigenze dell'economia del paese. Sembrò alla maggioranza della Sotto-commissione che le società possano creare la difesa, contro il pericolo di insidiosi turbamenti delle maggioranze, molto più semplicemente che creando azioni a voto plurimo, emettendo una parte delle azioni con voto limitato, cioè creando un titolo in cui possa bensì investirsi il risparmio frazionato dei privati, ma che non possa essere oggetto di accaparramenti per manovre di scalata ».

⁽²⁶⁾ Tra altri: P. GRECO, *Azioni gratuite a voto plurimo*, in « Riv. dir. comm. », 1947, I, p. 68 e s.; C. GRASSETTI, *Azioni a voto plurimo e aumento di capitale per conguaglio monetario*, ivi, 1949, I, p. 81 e ss.; R. FRANCESCHELLI, *Passaggio a capitale di saldi attivi di rivalutazione monetaria azioni a voto plurimo e compiti dell'Autorità Giudiziaria*, ivi, 1950, II, p. 197 e ss.; nonché, successivamente, A. MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 106 e ss.

⁽²⁷⁾ V. dopo, *passim*.

⁽²⁸⁾ Per rendersi conto dell'estensione del fenomeno, con indicazioni di società anonime/per azioni che adottarono previsioni di creazione di azioni a voto plurimo, v., oltre gli esempi rammentati più avanti, le indicazioni, tra altri, di FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., p. 489 e s.; SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., cc. 762 e s. e 768 e s. [catalogati e differenziati in ragione delle finalità di previsione del voto plurimo (assicura la posizione dei fondatori oppure la continuità dell'amministrazione nel gruppo dirigente; impedisce, appunto, scalate e accaparramenti; può servire a mantenere un « solido

denza, a rappresentare privilegiati e obbligati punti di riferimento e di confronto dell'odierno interprete italiano. Di talché la recente legittimazione legislativa delle azioni a voto potenziato denuncia e sconta una totale assenza di autentico dibattito scientifico protrattasi per quasi settantacinque anni ⁽²⁹⁾; mentre si sarebbe dovuto prestare

controllo » di « una società centrale su sue filiali derivate »; serve a conservare il carattere nazionale delle società; a volte permette di assicurare il controllo ai soci che conferiscono denaro in confronto dei conferenti beni in natura ovvero brevetti; può denotare l'obiettivo di « graduare l'influenza di gruppi diversi o di diverse aziende, fuori dal rapporto derivante dalle rispettive partecipazioni patrimoniali », soprattutto nei casi di fusione, organizzazione di *trust*, forme di concentrazione, coordinamento e integrazione; v. pure C. VIVANTE, *I progetti di riforma sul voto plurimo nelle società anonime*, in « Riv. dir. comm. », 1925, I, p. 432), e con menzione pure di statuti per i quali l'Autore non riuscì a identificare lo scopo di creazione di queste azioni]; JANNONI SEBASTIANINI, *Azioni a voto multiplo*, cit., p. 624 e ss.; nonché quelli indicati dall'avvocato Camillo Giussani nelle conclusioni prodotte in difesa del Consorzio Mobiliare Finanziario nel giudizio di annullamento della deliberazione, di aumento del capitale e di modifica dello statuto, del 24 novembre 1924, nonché dagli avvocati Giussani e Carlo Scotti nel controricorso in Cassazione presentato quali legali del medesimo Comofin: in *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Fondo CMF*, cart. 12, fasc.

⁽²⁹⁾ La scelta del legislatore del 2014 d'introdurre le azioni a voto potenziato nonostante una *vacatio* di reale dibattito protrattasi per quasi settantacinque anni desta perplessità (anzitutto) metodologiche ancora più risolte se la si voglia confrontare con l'atteggiamento radicalmente contrapposto che ha lungamente preparato la formulazione di discipline (nel 1998, artt. 122-123 TUF; nel 2003, artt. 2341-*bis* e 2341-*ter* c.c.) di profili di un altro tipico strumento di acquisizione e conservazione di controllo fortemente controverso nel passato anche per ragioni analoghe a quelle opposte al voto potenziato, vale a dire i patti parasociali. La più datata giuscommercialistica italiana (ma non solo) offre l'evidenza di uno sviluppo parallelo delle riflessioni su azioni a voto potenziato e sindacati azionari (soprattutto, 'di voto' e 'di blocco'), a prescindere poi dalla convinzione (*i*) di una fungibilità/alternatività funzionale dei due istituti (ad esempio, C. VIVANTE, *Contributo alla riforma delle società anonime*, in « Riv. dir. comm. », 1934, I, p. 317; identità di funzione, secondo altri, tale anche da escludere la necessità/opportunità di ricorrere alle azioni a voto potenziato: e v. quanto affermato da A. CABIATI, *Il progetto del nuovo codice di commercio e le azioni privilegiate*, ivi, 1926, I, p. 14: « Per porre riparo alle scalate, le banche e le grandi società hanno già applicato i sindacati, consorzi di azioni, i quali non rappresentano privilegi per nessuno e rispondono pienamente allo scopo »); (*ii*) della minore criticità giuridica [sotto il profilo della legittimità: emblematica la posizione di Vivante, contrario ai sindacati di voto (C. VIVANTE, *Gli azionisti non possono alienare o vincolare il loro diritto di voto*, ivi, 1914, I, p. 173; Id., *I progetti*, cit., p. 430, ove classifica i sindacati di blocco, con i quali i parasoci vincolano il voto nelle mani di un fiduciario dell'organo amministrativo, tra i tentativi

orecchio all'avvertimento proprio del più accreditato e « strenuo difensore »⁽³⁰⁾ delle azioni a voto potenziato, vale a dire Cesare Vivante, secondo il quale il giurista (e, aggiungo, pure l'economista)

ha il dovere di portare il suo contributo al regolamento di questo istituto,

escogitati per aumentare il potere/proteggere l'indipendenza degli amministratori, ma censurati dalla giurisprudenza; analogamente ID., *Le azioni a voto plurimo nelle società anonime*, in « Riv. banc. », 1925, p. 548 e s.) e all'opposto convintamente propenso alla legittimazione delle azioni a voto ineguale; diversità di valutazione che suscitò un espresso interrogativo in FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., p. 506 (« così pure ci domandiamo se a questi famosi gruppi dirigenti che le azioni a voto plurimo consentirebbero di creare, non si possano applicare le considerazioni che un illustre Maestro [appunto Vivante] faceva sulla pretesa facoltà di alienare o vincolare il diritto di voto »; LORDI, *Sul progetto*, cit., p. 300, secondo il quale il privilegio « strano e ingiustificato » del voto plurimo era da giudicare « tanto più grave [...] in quanto è generalmente riconosciuta la nullità di ogni patto vincolante la libertà di voto degli azionisti! È ben più grave questa [del voto plurimo] preventiva abdicazione ») ovvero maggiore 'convenienza economica' o vantaggiosità di uno oppure dell'altro (v., ad esempio, SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 760, secondo il quale il voto plurimo « supplisce vantaggiosamente i sindacati o consorzi di difesa, i divieti di alienabilità totali o parziali, gli improvvisi ed eccessivi aumenti di capitale diretti a sventare manovre di accaparramento, le operazioni bancarie intese a regolare le partecipazioni nelle società, ed in genere tutti i mezzi, non sempre efficaci e talvolta troppo onerosi, con i quali la tecnica degli affari persegue gli accennati scopi »); (iii) della predisposizione dei due strumenti a essere abbinati, rivelata dalla prassi remota [su quella delle società partecipate dalla Comit, cfr. V. CARELLO, *La Banca Commerciale Italiana e il controllo delle società mediante accordi parasociali (1918-1933)*, in « Riv. dir. comm. », 1998, I, p. 40, nt. 31], ovvero della vera e propria necessità di sindacare le azioni a voto plurimo (« pratica necessaria e comune di riunire in sindacati i possessori di azioni a voto plurimo e di impedire la circolazione di detti titoli con clausole di non trasferibilità »: FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., p. 144). È sì vero che il codice civile del 1942 trattò patti parasociali e azioni a voto potenziato in modo differente, tacendo sui primi e vietando le seconde. Ma è parimenti vero che questa divergenza di atteggiamento esplicito del legislatore del 1942 non basta di per sé, *da una parte*, a giustificare la radicale contrapposizione registrabile tra la sorte dei dibattiti sui rispettivi istituti; *dall'altra, soprattutto*, a fare considerare equivalenti, sul piano appunto della avvedutezza metodologica, l'approccio del legislatore che opta per riconoscere la legittimità di principio di un istituto (i patti parasociali) potendo contare sui risultati di un consolidato e continuo dibattito e quello del legislatore che addivene al riconoscimento di ammissibilità di un altro istituto (le azioni a voto potenziato) facendolo irrompere nell'ordinamento dopo un silenzio andato avanti per quasi tre quarti di secolo e avendo (o dovendo avere) sotto gli occhi un'evoluzione comparatistica fortemente controversa e, in parte, pure contraddittoria.

⁽³⁰⁾ Lo definisce ASQUINI, *Le azioni privilegiate a voto limitato*, cit., p. 930.

affinché non irrompa nell'ordinamento delle Società anonime con applicazioni pericolose e con ragionamenti burocratici improvvisati ed empirici ⁽³¹⁾.

D'altronde, era sempre il giurista veneziano a osservare, più in generale, che

Tutto ciò che deve acquistare un valore legislativo, deve essere preceduto da un lavoro preparatorio desunto dalla vita della realtà, ed affiancato ad un ufficio stabile che prepari le riforme sistematiche con un lavoro consecutivo. Se non si fa così, le Commissioni legislative, formate all'ultima ora, da giuristi e dominato dalla loro dogmatica, si ridurranno a trasportare nel diritto italiano le riforme adottate dai governi stranieri senza la conoscenza della nostra vita economica, e degli abusi amministrativi invalsi nella pratica delle anonime ⁽³²⁾.

E nessun pregio rimanderebbe l'osservazione che ampi e ponderati dibattito e confronto sul voto potenziato non si siano rivelati necessari proprio in ragione dell'eshaustività di quello risalente. A tacere d'altro, infatti:

(i) è legittimo pensare che l'odierno legislatore (gli odierni uffici legislativi) non abbia (abbiano) tenuto in debita considerazione gli, o meglio non abbia (abbiano) ritenuto di dovere prestare particolare attenzione agli sforzi interpretativi e argomentativi all'epoca profusi non solo dalle tesi avverse, ma pure da quelle favorevoli alle azioni a voto potenziato, perché se così fosse, proba-

⁽³¹⁾ VIVANTE, *Le azioni a voto plurimo nelle società anonime*, cit., p. 548. Ancora più esplicito JANNONI SEBASTIANINI, *Azioni a voto multiplo*, cit., p. 630: « il problema è tutt'altro che semplice e sarebbe invero assai pericoloso l'addivenire ad una affrettata soluzione di essa, senza che fossero stati compiuti i necessari studi e le indagini più esaurienti, in modo che il provvedimento legislativo da emanare non contenesse disposizioni sufficienti ad evitare abusi e ad eliminare gli inconvenienti ». Nel contempo, è chiaro che nel 1925 la dottrina italiana che approcciava la questione della legittimazione *de iure condito* e della prospettiva di ammissibilità *de iure condendo* delle azioni a voto potenziato poteva contare non tanto su una riflessione organica e composita non tanto della medesima dottrina nazionale (la constatazione non è contestabile: ivi, p. 626, pur riconoscendo — p. 630 — che negli ultimi tempi della questione si occuparono di frequente cultori di scienze economiche, giuridiche e politici), quanto piuttosto sul più maturo dibattito caratterizzante altre esperienze.

⁽³²⁾ C. VIVANTE, *Per la riforma delle società anonime. Istituzione di un ufficio centrale di controllo e di riforma sulle società anonime*, in « Riv. dir. comm. », 1935, I, p. 500.

bilmente avrebbe (avrebbero) formulato una disciplina più prudente, accorta e soddisfacente ⁽³³⁾;

(ii) all'esito proprio del datato dibattito (non quantitativamente, ma qualitativamente sostanzioso, per coloro che vi parteciparono), dell'« appassionante controversia » ⁽³⁴⁾ che lo animò, e nonostante opinioni favorevoli di *prestigiosi giuscommercialisti* — su tutti, Cesare Vivante e Antonio Scialoja ⁽³⁵⁾ (bene evidenziarlo sin da ora, fautori nelle associazioni private, e non solo ⁽³⁶⁾), con sfumature

⁽³³⁾ E suonerebbe come comoda, sbrigativa e provante troppo l'affermazione che volesse quel contesto non significativo nell'odierna esperienza italiana, in quanto questa sarebbe già provvista di strumenti di prevenzione e/o assorbimento dei pregiudizi, di diverso segno, potenzialmente derivanti dalle azioni a voto potenziato.

⁽³⁴⁾ F. MESSINEO, *L'art. 144 cod. comm. e i rapporti di azioni sociali*, in « Riv. dir. comm. », 1926, I, p. 401 (« La soluzione dell'appassionante controversia, se debba consentirsi la creazione di azioni a voto plurimo, dipende dal medesimo ordine di concetti [di quello della soluzione della questione del riporto di azioni]. Il legislatore deve scegliere tra l'indirizzo, sin qui prevalente, che vuole tutelare l'eguaglianza del diritto di voto e riserbato alla maggioranza il dominio dell'assemblea e delle società, e un nuovo auspicato indirizzo che, snaturando il tipo delle società per azioni, tenderebbe a favorire l'infedamento dei poteri sociali ad una minoranza, con pregiudizio della maggioranza degli azionisti, che è anche — non bisogna dimenticarlo — maggioranza di *capitale sociale* »).

⁽³⁵⁾ Il secondo con posizioni ancora più oltranziste del primo: cfr. oltre.

⁽³⁶⁾ Non equivocabili, anche sotto il profilo ideologico e politico, gli assunti di SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 760 e s. [il quale, è bene rimarcarlo, formula i seguenti giudizi nel 1925, in piena instaurazione fascista (d'altronde, Scialoja ricoprì la carica di Sottosegretario di Stato al Ministero dei Lavori Pubblici dal 3 luglio 1924 al 12 gennaio 1925, ed è noto che fu deferito, il 7 agosto 1944, all'Alta Corte di Giustizia per le Sanzioni contro il Fascismo)]: « il codice ha concepito la anonima come un'associazione di carattere, per così dire, 'democratico', non senza addirittura darle una nota demagogica, quando ha suggerito nell'art. 157 di attribuire ai più forti azionisti una influenza proporzionalmente minore che hai più piccoli [...]. In tempo in cui la democrazia politica è in decadenza, non può sembrare anormale che nelle associazioni private ad una forma di organizzazione democratica si accompagni o subentri una forma aristocratica tanto più che a questo modo l'anonima non fa che adempiere una funzione tecnica ed economica, che in un campo solitamente più ristretto e con alcune caratteristiche non compatibili con la grande industria, è da secoli compiuta da un'altra forma di società, 'l'accomandita' » (T. ASCARELLI, *Sul voto plurimo nelle società per azioni*, in « Arch. giur. », 1925, p. 144, scriveva: « Se il paragone non sembrasse arrischiato oserei dire che gli azionisti a voto plurimo divengono degli accomandatari a responsabilità limitata »). Attestato è che Scialoja appartenesse ai molti che, considerando appunto la « democrazia politica [...] in decadenza », erano decisamente attratti dalla dittatura e ad essa anche

nella sostanza non proprio diverse, di forme organizzative aristocratiche e, a ben vedere, nazionaliste e, in certi casi, protezioniste ⁽³⁷⁾, sostenitori di istituti giuridici ‘dell’ autorità o di autorità’ piuttosto che e in luogo di istituti ‘della o di libertà’ ⁽³⁸⁾) e, in origine, Tullio Ascarelli ⁽³⁹⁾ —, della *prevalente giurisprudenza di merito* ⁽⁴⁰⁾, della *Corte di Cassazione* ⁽⁴¹⁾, della principale *banca mista o speculativa* (la Banca Commerciale Italiana), di *organi di rilievo politico istituzionale* (il Consiglio Superiore dell’Economia Nazionale), di *associazioni di categoria* (soprattutto l’Associazione Bancaria Italiana) e, a ben studiare e distinguere, di *direzioni e redazioni di primarie riviste economiche* quali la *Rivista di politica economica*, ‘Organo dell’Asso-

aderirono: e sulla popolarità della dittatura quale ‘disgraziato effetto’ della crisi del ‘governo dei molti’ cfr., all’epoca, i lucidi ammonimenti del solito L. EINAUDI, *I valori morali della tradizione politica. A proposito di dittatura*, in Id., *Scritti*, cit., p. 981 e ss. Per l’« atteggiamento mentale » di Vivante e la sua connotazione ideologica, nella sostanza, largamente contigua alla e sintonica con l’impostazione di politica legislativa fascista, v. oltre.

⁽³⁷⁾ Nel pieno del primo conflitto mondiale, L. EINAUDI, *I problemi economici della pace*, in « La Riforma Soc. », 1916, p. 331 e s. affermava essere « falso, falsissimo che i protezionisti siano i pratici ed i liberisti i teorici ».

⁽³⁸⁾ Traggo l’espressione dall’avvolgente riflessione condotta da N. IRTI, *Dialogo sul liberalismo tra Benedetto Croce e Luigi Einaudi*, Istituto Italiano per gli Studi Storici, Bologna, il Mulino, 2012. Sul piano giuridico-istituzionale, innegabile che il fascismo fu rottura nel senso di « interruzione, contrapporsi di dottrina a dottrina, nuovo inizio »: ivi, p. 9. E « c’è, nelle pagine einaudiane [e pure in quelle di Cabiati, come degli altri economisti di punta della loro scuola], il rifiuto — e, sarei per dire, la paura — della *totalità*, di quel tutto, che sia lo Stato [...] o comunità o spirito universale, da cui i singoli trarrebbero il loro valore e il loro significato » (ivi, p. 32).

⁽³⁹⁾ Sin da ora, cfr. VIVANTE, *I progetti*, cit., p. 429 e ss. e in « Riv. banc. », 1926, p. 60 e ss.; ID., *Proposte*, cit., p. 49 e ss.; ID., *Le azioni*, cit., p. 548 e ss.; ASCARELLI, *Sul voto*, cit., p. 131 e ss. (ma v. sopra); SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 758 e ss.; per un’esposizione critica di alcuni presupposti di vertice delle loro tesi, colte nella dialettica con quelle di segno avverso, v. dopo.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. oltre. La valutazione di questa giurisprudenza (sia in sede di omologazione, sia di giudizio su deliberazioni di aumento di capitale/modificazione statutaria) era divergente: considerata di modesta fattura dai critici delle azioni (v., per tutti, FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit.), da altri invece celebrata (ad esempio, SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 759).

⁽⁴¹⁾ Cass., 16 luglio 1926, in « Riv. dir. comm. », 1926, II, p. 373 e ss.

ciazione fra le Società italiane per Azioni' (42), e la *Rivista Bancaria*, periodico dell'ABI (43): nonostante questo ricco e attivo contesto, il legislatore del 1942 non solo non ammise espressamente le azioni a voto potenziato, ma, al contrario, come tutti conoscono, ne scrisse un esplicito radicale e totale divieto (art. 2351, comma 4, v.t. c.c.);

(iii) avendo la Relazione al codice civile del 1942 attestato che

Le emissioni di azioni a voto plurimo si riconnettono [...] ad una fase ormai superata della nostra struttura finanziaria. Sganciata provvidamente l'attività produttrice dalle interferenze bancarie ed eliminate nel nuovo sistema di economia controllata le avventurose velleità di 'scalate', il sistema del voto plurimo, che fu volta a volta un comodo strumento di dominio o un necessario mezzo di difesa, non ha più un'apprezzabile funzione

e mutati, complessivamente e profondamente, esigenze e scenari giuridici, economici e finanziari nazionali (e internazionali) che diedero l'abbrivio alla diffusione empirica e alle proposte di riconoscimento legislativo (e, ancora prima, in taluni ordinamenti, di ammissibilità *de lege data*) delle azioni a voto potenziato (senza che però sia lecito ricondurre tali proposte esclusivamente all'adesione all'impostazione che voleva il diritto attinto alla c.d. natura dei fatti (44)), mi pare chiaro che il legislatore nazionale del 2014 (i nostri

(42) Dal 1911 al 1920, edita con il nome *Rivista delle società commerciali*. Da valorizzare, infatti, la presa di distanza che la direzione (Gino Olivetti e Attilio Fontana, oltre che Antonio Scialoja) e la redazione (Felice Guarnieri) della *Rivista di Politica Economica* manifestarono nei confronti di alcune tesi formulate nel saggio di JANNONI SEBASTIANINI, *Azioni a voto multiplo*, cit., p. 624 e ss. (e, precisamente, sulla non legittimità, *de iure condito*, del voto plurimo, pur auspicando l'autore un riconoscimento legislativo dell'istituto).

(43) Su cui v., tra altri, G.F. CALABRESI, *L'Associazione Bancaria Italiana. Un caso di associazionismo economico*, I, (1919-1943), Roma-Bari, Laterza, 1996, p. 208 e ss.; F. PINO PONGOLINI, *Note sulla cultura bancaria a Milano nei primi anni '20: Cabiati, Mattioli e la Rivista bancaria*, in « Riv. st. econ. », 1995 (citazioni dall'estratto); cfr. oltre. Mentre per nulla univocamente schierata, piuttosto aperta a stimolare e dare voce a un vero e proprio dibattito, con posizioni dottrinali e giurisprudenziali favorevoli e contrarie, fu la *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*.

(44) Come noto, atteggiamento e impostazione interpretativi che avevano in Vivante l'esponente di punta; ma v. pure, tra gli altri, T. ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in « Riv. dir. comm. », 1934, I, p. 4, testo e nt. 2.

uffici legislativi) avrebbe(ro) dovuto condurre una preliminare puntuale analisi degli attuali scenari (e, in quanto possibile, di quelli a breve-medio termine) al fine di misurare, rispetto a e su di essi, la compatibilità e meritevolezza economico-giuridica dell'istituto (e l'esistenza di un assetto giuridico-economico idoneo a prevenire, ridurre ovvero assorbire gli eventuali effetti dannosi della sua applicazione); e, ove questa verifica fosse approdata a esito convincentemente positivo, predisporre una disciplina che, in ogni caso — insisto — tenesse davvero adeguato conto delle contrapposte esigenze di un istituto ambivalente, da sempre e dovunque stretto e controverso nella contrapposizione tra essenziale funzionalizzazione alla conservazione del controllo e alla stabilità della gestione, *per un verso*, ed esigenze di tutela della società, dei soci esterni ed estranei al controllo e di salvaguardia dei loro diritti e interessi, nonché di altri interessi e situazioni soggettive attive rilevanti, *per altro* ⁽⁴⁵⁾. E ciò — si badi — nient'affatto intendendo suggerire che la scelta se ammettere ovvero (continuare *a*) vietare il voto potenziato avrebbe dovuto essere fondata sulla mera contrapposizione tra vantaggi e svantaggi dell'istituto ⁽⁴⁶⁾: in quanto anche io sono convinto che

il metodo di noverare i vantaggi e gli svantaggi di una riforma sia sempre deficiente, perché gli effetti dei vantaggi e degli svantaggi contrapposti non possono essere né pesati, né numerati ⁽⁴⁷⁾.

D'altronde, un approfondito esame storiografico, anche comparatistico, delle esigenze obiettive talvolta avanzate a sostegno della legittimazione del voto potenziato, suffragato pure, ma non solo, dal passo della Relazione poco sopra riprodotto, avrebbe autorizzato a ragionare sulla prevalente configurazione di tale istituto in termini

⁽⁴⁵⁾ Cfr. CARIELLO, *Azioni a voto potenziato*, cit., *passim*, dove, in particolare, prospettive di funzionalizzazione delle azioni a voto potenziato a tutela dei soci non di comando: e v. O.C. BRÄNDEL, *Mehrstimmrechtsaktien - ein in Vergessenheit geratenes Instrument der Beherrschung und des Minderheitenschutzes?*, in *Festschrift für Karlbeinz Quack zum 65. Geburtstag*, hrsg. von H.P. Westermann und W. Rosener in Verbindung mit F. Becker und K. Jacobsen, Berlin-New York, WDEG, 1991, p. 175 e ss.

⁽⁴⁶⁾ Il che è cosa diversa dalla considerazione delle conseguenze, di vario tenore, di una determinata previsione e/o di una specifica interpretazione/argomentazione.

⁽⁴⁷⁾ VIVANTE, *Sul risanamento*, cit., p. 61.

d'istituto eccezionale e 'di e dell'emergenza', a carattere e applicazione provvisori, occasionali e contingenti⁽⁴⁸⁾;

(iv) l'assoluta maggioranza delle voci favorevoli al voto potenziato propugnava proposte di disciplina comunque, all'evidenza, più rigorose e stringenti, più attente e ampie di quelle formulate dall'attuale legislatore nazionale (dagli uffici legislativi), potendo forse dare l'impressione, quest'ultimo (questi ultimi), di avere forse guardato, per il voto maggiorato, oltre che a ordinamenti stranieri, soprattutto a quanto proposto, nella nostra risalente esperienza, nell'ambito del « risultato delle indagini, senza carattere ufficiale né ufficioso », presentate, nel 1934, al Guardasigilli Pietro De Francisci, da Vivante (assieme a Giuseppe Biamonti, Arturo De Gregorio e Giancarlo Frè)⁽⁴⁹⁾; indagini che però non pretendevano affatto di essere conclusive, ma piuttosto, per espresso riconoscimento di Vivante, avevano natura di « studi meramente preparatori » e il solo scopo di « sollevare il dibattito »⁽⁵⁰⁾ (dibattito che allora fu assai ridotto e in seguito mai più riattivato, ma che almeno in precedenza si era di certo attivato e aveva guadagnato il centro della scena riformatrice);

(v) ritengo si debba ricordare altresì che le alterne, altalenanti e opposte valutazioni che, nell'ambito di plurime esperienze, hanno

(48) Sempre attuale il richiamo di ASCARELLI, *La funzione*, cit., p. 38: « Né conviene dimenticare la necessità di distinguere, quando ci si trovi di fronte a trasformazioni definitive e a creazioni di nuovi istituti e quando invece a provvedimenti contingenti per le particolari necessità del momento attuale ».

(49) VIVANTE, *Contributo*, cit., p. 317, il quale, dopo avere significativamente riconosciuto che « Non si può negare che in questi ultimi tempi siano state tentate molte vie per rafforzare il potere esecutivo degli amministratori e salvarla dai colpi di mano (azioni a voto plurimo, sindacati), ma d'altra parte non si possono chiudere gli occhi ai molti abusi che ne derivarono e che condussero autorevoli legislazioni a sopprimerle », afferma: « Per raggiungere il medesimo intento con giusta misura senza incorrere in quegli abusi che giunsero all'inverosimile, si propone di dare alle azioni nominative un diritto progressivo di voti fino a 3, in ragione degli anni in cui furono registrate al medesimo nome nel libro dei soci. Questo sistema previsto nell'art. 3 [del Progetto in quella sede esposto] può in notevole misura difendere la permanenza degli amministratori, che, acquistando le azioni in forma nominativa, possono procurarsi un voto influente nell'assemblea, nei limiti di un capitale seriamente e costantemente impiegato nell'azienda sociale. Tutti gli abusi imputati al voto plurimo sono così eliminati, mentre ne sono conservati i vantaggi ».

(50) Ivi, p. 316.

accompagnato, in più di un secolo, le azioni a voto potenziato ⁽⁵¹⁾ — valutazioni talmente opposte, incerte, insicure e ondivaghe che, in alcuni ordinamenti europei, si è passati, nel corso di un secolo, dalla legittimazione al divieto e di nuovo alla legittimazione (è il caso della Francia, tra il 1903 e il 2014) ⁽⁵²⁾, ovvero dalla legittimazione al

⁽⁵¹⁾ Il COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Impact Assessment on the Proportionality between Capital and Control in Listed Companies*, 2007 diede conto, tra l'altro, dell'opinione (G. FERRARINI, *One Share-One Vote: A European Rule?*, ECGI-Law Working Paper 2006, No. 58/2006) secondo la quale sussisteva la possibilità di una futura spontanea convergenza verso il principio di proporzionalità, pur ammettendo, nel contempo, l'assenza di qualunque evidenza conclusiva che potesse fare propendere per una pressione del mercato a favore di questa convergenza: coeve riflessioni teoriche ed empiriche sul principio *one share-one vote* in M. BURKART, S. LEE, *The One Share-One Vote Debate: A Theoretical Perspective*, ECGI-Finance Working Paper 2007, No. 176/2007; R. ADAMS, D. FERREIRA, *One Share-One Vote: The Empirical Evidence*, ECGI-Finance Working Paper 2007, No. 177/2007; una sintesi della letteratura empirica in S. ALVARO, A. CIAVARELLA, D. D'ERAMO, N. LINCIANO, *La deviazione dal principio "un'azione-un voto" e le azioni a voto multiplo*, Roma-Milano, CONSOB Quaderni Giuridici, 2014, n. 5; v. pure J.K. GOEREE, J. ZHANG, *Electoral Engineering: One Man, One (Vote) Bid*, 2013, in <http://rangevoting.org/GoereeZhangMarz2013.pdf>. In relazione all'esperienza statunitense, significativa la duplice affermazione secondo la quale [H. HANSMANN, M. PARGENDLER, *The Evolution of Shareholder Voting Rights: Separation of Ownership and Consumption*, in «The Yale L. Jour.», 123 (2014), p. 948 e ss.] la deviazione dalla *one share-one vote rule* divenne frequente nel tardo Ottocento e agli inizi del Novecento e «there is, to be sure, deviation from that norm again today, for reasons not universally understood. These modern deviations are progressive rather than regressive». Non bisogna poi dimenticare che, nel medesimo dibattito nordamericano [in particolare: J. SOMMER, *The Birth of the American Business Corporation: On Banks, Corporate Governance, and Social Responsibility*, in «Buff. L. Rev.», 49 (2001), p. 1021 e ss.; D. SMYTHE, *Shareholder Democracy and the Economic Purpose of the Corporation*, in «Wash. & Lee L. Rev.», 63 (2006), p. 1407 e ss.; H. HANSMANN, M. PARGENDLER, *ivi*], si osserva che le differenti, storiche e risalenti, modalità di restrizione del voto o le fattispecie di c.d. voto ristretto (*graduated voting*, *capped voting* e lo stesso *per capita voting*, quest'ultimo coincidente con il principio *one shareholder-one vote*) proteggevano (almeno nel XIX Secolo) i soci non tanto come *investitori* (c.d. *the investor protection theory*: teoria invece adatta a spiegare, quando riscontrabile, l'odierno ricorso a fattispecie di *restricted voting*), ma piuttosto quali *consumatori* (c.d. *the consumer protection theory*).

⁽⁵²⁾ Esperienza nella quale, in estrema sintesi, (i) si riconobbe la legittimità delle azioni a voto potenziato in forza dell'interpretazione *a contrario* dell'Art. 34 al. 3 del *Cod. comm.* quale modificato dalla legge del 16 novembre 1903 [«*Sauf dispositions contraires des statuts, les actions de priorité et les autres actions ont, dans les assemblées, un droit de*

divieto relativo e poi assoluto (emblematica l'esperienza tedesca, tra il 1897 e il 1998) ⁽⁵³⁾ oppure l'inverso (come, appunto, in Italia) —

vote égal»; su vari progetti di modifica del medesimo Art. 34, v., nella nostra letteratura giuridica, G. FRÈ, *Le azioni a voto plurimo in Francia*, in « Riv. dir. comm. », 1925, I, p. 218 e ss.; Id., *Le azioni a voto plurimo*, cit., p. 253 e ss.; C.B. VITERBO, *Le azioni a voto plurimo in Francia*, in « Riv. dir. comm. », 1931, I, p. 220 e ss., 835 e ss.; R. RAVÀ, *Le azioni a voto plurimo*, Bologna, Zanichelli, 1929 (cenni alla prassi, tra altri, in SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., cc. 765 e s. e 773 e ss.; FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., p. 137, ove l'indicazione degli estremi di quantificazione del montante multiplo di voto, da 1,5 a 400 voti per azione; e p. 139 e s., con particolare riguardo alle clausole di *vote à glissière*, corrispondente in Germania al *gleitendes oder automatisches Stimmrecht*: in qualsiasi aumento di capitale, le azioni a voto plurimo conservano un numero di voti sempre d'identica proporzione con quello delle azioni a voto ordinario); in quella francese, in particolare, per tutti, E. THALLER, *Des divers emplois d'actions de priorité*, in « Journal de soc. », 1912, p. 394 e s.; H. MAZEAUD, *Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux*, Paris, Dalloz, 1924; R. ANTONELLI, *Les actions à voix multiples dans les sociétés anonymes en Allemagne et en France*, in « Rev. soc. », 1922, p. 86 e ss.; A. AMIAUD, *Les actions à droit de vote inégal*, Paris, Impr. de Montligeon, 1922 (e in « Rev. dr. comm. », 1925, I, p. 581 e ss.); G. BOURCART, *Les actions à vote plurale*, in « Jour. des soc. », 1923, p. 420 e ss.; J. ESCARRA, *A propos des actions à vote privilégié*, in « Annal droit. com. », n. 1/1927, p. 5 e ss.; cfr. pure P. CORDONNIER, *L'égalité entre actionnaires avant et depuis la loi du 22 novembre 1913*, Paris, Libraire du Sirey, 1924]; (ii) se ne riscontrarono significative applicazioni a partire dal 1911-1912 (con la loro emissione da parte della Banque Centrale de Province); (iii) a seguito soprattutto (ma non soltanto) della crisi (1922) di questa banca e della Banque Industrielle de Chine, s'intensificarono le obiezioni alla legittimazione dell'istituto e le proposte di progetti di legge che ne disciplinassero la creazione (v., tra altri, A. SRAFFA, *Un progetto di legge sulle azioni a voto plurimo*, in « Riv. dir. comm. », 1927, I, p. 353 e ss.; VIVANTE, *Proposte*, cit., p. 59, il quale, nondimeno, bollava i progetti francesi di riforma restrittiva come motivati da esigenze elettorali e destinati agli archivi) e si giunse alla loro messa al bando con la *loi* 26 aprile 1930 (e su alcuni problemi applicativi, quali la sorte delle azioni a voto plurimo esistenti, v. FRÈ, *Le azioni a voto plurimo in Francia*, cit., p. 220 e ss.), con un testo che però fu modificato ammettendo il voto doppio. Assai di recente, nel *rapport « Pacte pour la compétitivité de l'industrie français »* (c.d. *rapport Gallois*, 5 dicembre 2012), fonte ispiratrice della c.d. *Loi Florange* (n. 2014-384, 29 marzo 2014; e, in particolare, del suo art. 7), si è relegato il principio 'un uomo/un'azione - un voto' a eccezione circoscritta alle società quotate (a seguito della *Loi Florange*, le azioni a voto doppio « sont de droit, sauf clause contraire e des statuts [...] par buter les actions entièrement libérées pour lesquelles il est justifié d'une inscription nominative depuis deux ans au nome du même actionnaire »: nuovo art. L. 225 - 123 *Code com.*), nella prospettiva di ricompensare la fedeltà degli azionisti a lungo termine — indifferentemente, 'di maggioranza' o 'di minoranza' — che saranno meno inclini a cedere le azioni (E. MOUJAL-BASSILANA, I. PARACHKÉOVA, *Les apports de la loi Florange au droit des sociétés*, in « Bull. Joly Soc. », 2014, p. 314 e ss.). Ma proprio

non autorizzino ad appagarsi nella radicale contrapposizione tra ordinamenti i quali ammettono l'istituto e quelli che lo rigettano.

riferendosi alle modifiche estensive introdotte dalla *Loi Florange* in tema di creazione di azioni a voto potenziato, si è subito osservato che 'non si sarebbe imparato nulla dal passato'. In particolare, si è sostenuto che le azioni a voto potenziato, oltre che prestarsi alle cc.dd. prese di controllo rampanti, avranno l'effetto di scoraggiare i fondi che detengono partecipazioni di minoranza non di controllo perché il nuovo investitore sarà penalizzato: in sede di primo commento, cfr. F. BARRIÈRE, C. DE REALS, *La loi Florange: une loi anti-OPA?*, in « Rev. soc. », 2014, p. 279 e ss.; sintesi delle critiche avanzate alla riforma anche in C. GOYET, N. RONTCHEVSKY, M. STORCK, *L'impact de la loi Florange sur le droit des offres publiques d'acquisition et les sociétés cotées français*, in « RTDCom. », 2014, p. 363 e s. Una posizione di ferma opposizione sulla generalizzazione del diritto di voto doppio (definita « inquiétante ») è stata assunta da diverse *agences de conseil en vote*: v., per tutti, *Influence malsaine du droit de vote double sur les résultats de vote (Rapport Proxinvest sur les AG 2014)*, 5 gennaio 2015, in <http://www.proxinvest.fr/?p=1752>.

(³³) Il § 252 dell'*HGB* del 1862, come modificato nel 1897, stabiliva che « sono state emesse diverse categorie di azioni, l'atto costitutivo può attribuire un numero di voti maggiore alle azioni di una categoria rispetto a quelli di un'altra categoria »: sui *Mehrstimmrechte (Mehrstimmvorzugsaktien, Vorzugsaktien mit mehrfachem Stimmrecht, Höchststimmrechte, überproportionalen Stimmrechte)* v., all'epoca, tra i molti, K. LEHMANN, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, Band. 2, Berlin, Heymanns, 1904, p. 407 e ss.; E. PULLMANN, *Mehrstimmvorzugsaktie*, Gießen, Univ. Diss., 1933; v. anche, con riflessioni sistematiche di più ampio respiro (coinvolgenti il superamento della responsabilità limitata di azionisti titolari del potere di influenza in virtù del 'privilegio' del voto, negato ad altri azionisti), l'acuto studio di R. MÜLLER-ERZBACH, *Umgestaltung der Aktiengesellschaft zur Kerngesellschaft verantwortungsvoller Großaktionäre*, Berlin, Heymanns, 1929; per la prassi e la conformazione tipologica cfr., in Italia, FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., pp. 134 e s., 139 e ss. e 152 e ss. (a p. 137 l'indicazione degli estremi del potenziale di voto adottati dagli statuti tedeschi, da un minimo di 2 a un massimo di 40, dotazione di voto quest'ultima eccezionalmente superamento); SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., cc. 765 e s. e 773 e s. Gli effetti delle azioni a voto plurimo sull'economia tedesca tra le due Guerre vennero giudicati da alcuni provvidi [osserva, senza in realtà prendere posizione, BRÄNDEL, *Mehrstimmrechtsaktien*, cit., p. 175, che « ihre Notwendigkeit wurde insbesondere in Zeiten der Inflation bei dadurch bedingten ständigen Kapitalerhöhungen zum Schutz gegen äußere oder innere "Überfremdung" bejaht »; sulla funzionalità del voto plurimo alla conservazione del controllo nazionale su imprese germaniche finanziate da capitale straniero, cfr. anche VIVANTE, *I progetti*, cit., p. 432: « così i tedeschi dopo la fine della guerra, accogliendo nelle loro imprese il capitale americano, serbarono nelle proprie mani la direzione dell'industria colle azioni a voto plurimo » (v. anche oltre); cfr. pure SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., cc. 765 e s. e 773 e s.], da altri perniciosi (v., ad esempio, le valutazioni nettamente critiche espresse in due articoli del *Financial Times* del 10 agosto 1925 e della *Frankfurter Zeitung* del 16 settembre 1925: e v. leggendo

Piuttosto, la valutazione storica e comparatistica consegnano, quale riscontro più significativo e degno di risalto, non tanto questa netta bipartizione, quanto, negli ordinamenti che riconoscono (ovvero ammettevano; e nei quali, per inciso, a tale riconoscimento non è pressoché mai seguita, e non segue, la diffusa condivisione all'avvenuta legittimazione dell'istituto: USA e Francia ne sono emblematici esempi), una differenza, più o meno marcata, dei presupposti, delle condizioni e dei limiti ai quali le singole discipline, e/o la dottrina, la giurisprudenza e la prassi, pur sempre subordinano e/o subordinavano la creazione delle azioni a voto potenziato. In questo senso, è allora da ribadire che, al di là della posizione di vertice (favorevole ovvero contraria) assunta sulla legittimazione (in tutte ovvero in alcune società) delle azioni a voto potenziato, ferme riserve non possano non suscitare, comunque, quelle discipline dell'istituto che, appunto, nascondendo, sottovalutando ovvero sminuendo gli oggettivi 'pericoli' connessi e innati alle azioni a voto potenziato, nonché il loro sicuro e rilevante impatto sistematico, e/o 'semplicemente' improvvisando e/o affrettando, o sperando che questi pericoli siano scongiurati dall'autodisciplina delle società o dagli anticorpi del 'mercato', predispongano regole non sufficientemente rigorose; oppure, per converso, enfatizzando l'omogeneità, la coerenza e la conformità dei connotati d'intervento sulle azioni a voto potenziato

l'introduzione a *Il voto plurimo e i suoi disastrosi effetti nell'economia germanica*, in « Riv. dir. comm. », 1925, I, p. 515 e ss.). Il voto plurimo risultò vietato, con limitate eccezioni, nell'*AktG* del 1937 (possibilità di deroga al divieto in forza di *ministerieller Ausnahmegenehmigungen*) e in quello del 1965 (§ 12 *Abs. 2 S. 2*: « *Die für Wirtschaft zuständige oberste Behörde des Landes, in dem die Gesellschaft ihre Sitz hat, kann Ausnahmen zulassen, soweit es zur Wahrung überwiegender gesamtwirtschaftlicher Belange erforderlich ist* »; cfr. BRÄNDEL, *Mehrstimmrechtsaktien*, cit., p. 175 e ss.), risultando radicalmente precluso, infine, dal legislatore tedesco del 1998 (il nuovo *Abs. 2* del § 12 *AktG*, amputato della *Satz 2*, prevede ora solo che « *Mehrstimmrechte sind unzulässig* »). La *Regierungsbegründung* della *KonTraG* del 27 aprile 1998 così motiva il divieto assoluto: le azioni a voto plurimo *non preservano la piena corrispondenza tra la misura dell'investimento di capitale di rischio e il potere di influenza societaria; non soddisfano le aspettative degli operatori economici nel corretto funzionamento dei mercati finanziari; non assicureranno un più efficace controllo da parte della proprietà azionaria*. Attualmente, pur permanendo la convinzione della conservazione del divieto per le società quotate, si riscontra qualche (invero, esigua e abbastanza 'timida') opinione favorevole a riflettere sull'ammissibilità nelle società non quotate.

con presunte armoniche traiettorie di sviluppo del diritto delle s.p.a., ne sottostimino le ricadute sistematiche. D'altra parte, come appurerò in seguito, è constatazione non revocabile in dubbio e non equivocabile quella secondo la quale, nell'intenso processo riformatore di metà degli anni Venti del Secolo trascorso, si discutesse

largamente, dei benefici o dei pericoli della concessione del voto plurimo [e a]nche coloro che vi [erano] favorevoli non [disconoscevano] la gravità delle obiezioni che si [muovevano] alla riforma, e degli inconvenienti che si [lamentavano] negli Stati, che da tempo [l'avevano] accolta; ond'essi ne [invocavano] la concessione, accompagnata da una severa e accorta disciplina ⁽⁵⁴⁾;

(*vi*) ancora, trovo necessario soggiungere che non mi pare confutabile che le azioni a voto potenziato siano uno strumento che alterano, fino a comprometterli, il principio di eguaglianza ⁽⁵⁵⁾, il principio di maggioranza e il rapporto potere-rischio-responsabilità, nonché accentuino (aggravino?) una distinzione tipologica, ben nota e radicata nella riflessione giuridica ed economica ⁽⁵⁶⁾ (e all'occorrenza rivitalizzata), quella (attingendo ad alcune delle terminologie coniate) tra cc.dd. azionisti risparmiatori e azionisti assuntori del rischio industriale (o 'imprenditori'), azionisti 'ordinari' e azionisti 'realmente interessati alle sorti dell'impresa'. Con riguardo alla nostra disciplina delle s.p.a., va detto, per inciso, che si potrebbe osservare che, in particolare, il principio di proporzionalità potere-rischio-responsabilità ovvero potere-responsabilità sia stato oggetto, in realtà, di un progressivo scuotimento e ridimensionamento, quasi prossimo al disfacimento, e che la sua supposta centralità ed essenzialità risulti venuta meno, formalmente e sostanzialmente, da tempo, con una portata tale da pregiudicarne addirittura la sua sussistenza e invocazione come (in qualità di) principio. Sennonché, a parte l'effettivo riscontro di questo esito (nel senso che il menzio-

⁽⁵⁴⁾ Cass., 16 luglio 1926, cit.

⁽⁵⁵⁾ Ma, con retrospettiva storica, proprio sulla derogabilità di questo principio quale una delle due principali ragioni che fondavano la legittimità delle azioni a voto potenziato sotto il vigore del Codice di Commercio italiano del 1882, cfr., tra altri, SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 769 e s.; in giurisprudenza, v., ad esempio, App. Torino, 3 giugno 1927, in « Riv. dir. comm. », 1927, II, p. 409: cfr. oltre.

⁽⁵⁶⁾ Per quest'ultima, cfr., tra altri, JANNACONE, *Le azioni*, cit., p. 646.

nato ridimensionamento risulti davvero riscontrabile negli esatti termini storici, quantitativi e qualitativi, che oggi gli si pretende di assegnare), si potrebbe *sia* non dividerlo e non volerlo ulteriormente assecondare, *sia*, soprattutto, contestare che il suo stadio di avanzamento si traduca, di per sé, sotto il profilo di politica del diritto e/o di politica del legislatore, in una legittimazione e/o giustificazione del riconoscimento delle azioni a voto potenziato e degli effetti (*rectius*, ulteriori effetti) sistematici che questo riconoscimento produce sul superiore ‘principio’ e su principi contigui e/o collegati. Non è escluso, pertanto, che sia più proficuo e appropriato ragionare non tanto ‘in senso positivo’, di rigido rispetto della proporzionalità potere (-rischio)-responsabilità (quale principio essenziale e tendenzialmente indefettibile), quanto, piuttosto, ‘in senso negativo’, vale a dire, in termini di esigenze di contenimento della sproporzione o dell’accentuarsi della sproporzione tra potere (-rischio)-responsabilità. Intendo affermare, in altre parole, che, ove pure si giunga ad ammettere la non attuale ⁽⁵⁷⁾ essenzialità normativa di sistema del rigoroso rapporto di proporzionalità potere (-rischio)-responsabilità, non è affatto inevitabile che se ne possa/debba (sia opportuno/sia necessario) trarre come conseguenza, non solo sul piano interpretativo ma pure su quello di predisposizione delle norme, che quel rapporto possa essere *in misura ulteriore liberamente e discrezionalmente ridimensionato ovvero smentito*. E lo stesso vale, ad esempio, per la compatibilità della legittimazione delle azioni a voto potenziato con la macro-distinzione tra due ‘categorie’ di azionisti, in sintesi, ‘risparmiatori’ e ‘assuntori del rischio d’impresa’. Che sia condivisibile, sul piano economico e giuridico, che a ciò corrisponda — come è dapprima corrisposto nell’ammissione legislativa di creazione di azioni *senza* diritto di voto e azioni con diritto a *un* voto — « due diverse forme di azioni, le quali attribuissero [...] diritti diseguali nella gestione [della società] » ⁽⁵⁸⁾ —, è un conto; ma altro sarebbe sostenere che questa distinzione possa sillogisticamente tradursi (potrei dire, esasperarsi) nella legittimazione all’emissione di azioni a voto multiplo accanto a

⁽⁵⁷⁾ E v. già Cass., 15 luglio 1926, cit., p. 373.

⁽⁵⁸⁾ Volutamente limitando le citazioni a economisti dell’epoca storica indagata in questo saggio, v. ancora, per tutti, JANNACONE, *Le azioni*, cit., p. 646.

quelle a voto ordinario (unico) e, altresì, a quelle senza diritto di voto;

(vii) ci s'intenda, infine: dal punto di vista teorico e pratico, mettendo da parte le valutazioni condotte rispetto a singoli mercati ed economie, dovrebbe essere ovvio che la *stabilità del controllo* (e, con essa, la c.d. continuità di programmazione e gestione dell'impresa) possa costituire, al netto (depurata) di/da postulati ideologici, un 'valore' per certe società e non per altre, come per le prime possa cessare di esserlo, diventandolo per le seconde; e, all'inverso, la *circolazione del controllo* della/sull'impresa possa, sempre al netto di ispirazioni e inclinazioni ideologiche, rappresentare un 'valore' per certe società ma non per altre, e smettere di esserlo per le prime, e rivelarsi tale per le seconde (questo pure nelle società quotate). Il che però, a mio avviso, si declina, sul piano logico, giuridico ed economico, nell'evitare di legittimare e/o incoraggiare l'impiego di strumenti che rendano *immodificabili ovvero costosamente modificabili* — non necessariamente, per l'intero sistema economico — le situazioni in parola, vale a dire tramutando in *blocco* la *stabilità del controllo solitario ovvero congiunto* (*id est*, inamovibilità oppure costosa amovibilità del socio oppure della coalizione di comando); e, per converso, traducano la *circolazione del controllo in assetti gestionali la cui accentuata non stabilità, precarietà e vulnerabilità inneschino e propaghino croniche inefficienze e insistenti impoverimenti del funzionamento e del 'valore' dell'impresa*.

2. *Le contrapposizioni teoriche sulle azioni a voto plurimo tra il 1925 e il 1940.*

Il punto di riferimento teorico interpretativo imprescindibile, propedeutico a una riflessione informata e meditata sulle azioni a voto potenziato nell'esperienza italiana, è costituito, pertanto, dal dibattito su tali azioni collocato negli anni tra le due Guerre Mondiali, solcati e intrisi dal serrato confronto sull'organico processo riformatore del diritto societario. Dibattito che toccò il suo picco nel triennio 1924-1926⁽⁵⁹⁾: e ciò, sono convinto, non solo per

(59) Epoca nella quale, attorno ai lavori di riforma del diritto commerciale « si agitano Congressi, Camere di Commercio, Circoli e Leghe commerciali, industriali, Imprese assicuratrici e bancarie, Leghe di agenti di commercio, di ragionieri e via via, in

la concomitanza, oltre che appunto con il complessivo processo riformatore, prima ancora con le spinte e i segnali (in principio, di segno favorevole) di esperienze comparatistiche, con l'acutizzarsi del fenomeno nella prassi ⁽⁶⁰⁾ (tramite « un'applicazione estesa, ma empirica e quasi di contrabbando » ⁽⁶¹⁾, quale « fenomeno [...] sviluppato improvvisamente [...], con tale imponenza, vorremmo dire, violenza » ⁽⁶²⁾), con il connesso approdo giudiziale in sede omologatoria della creazione di tali azioni ⁽⁶³⁾ (e il formarsi di un orientamento giurisprudenziale prevalentemente favorevole), nonché con la presentazione dei principali progetti legislativi in materia.

Questo dibattito, calibrato sulla duplice questione di vertice (i) dell'ammissibilità delle azioni a voto privilegiato *de iure condito* e, in ogni caso, (ii) della necessità ovvero opportunità, teorico-pratica, di un espresso riconoscimento normativo (con provvedimento legislativo speciale e/o inserito nella riforma organica del diritto commerciale), prese corpo attorno e si attestò su quattro diversi direttrici interpretative ⁽⁶⁴⁾ (l'ultima delle quali definirei agnostica), di seguito non enunciati secondo un ordine che ne riflette la prevalenza di adesione:

(a) il codice di commercio del 1882 implicitamente (arg.

attesa di una protezione giuridica. Sorge in loro difesa una pressione collettiva, che raggiunge talvolta il carattere di una pressione politica per ottenere il riconoscimento di nuovi interessi di classe, di nuovi istituti e di nuove operazioni, che si inquadrebbero unitamente nel sistema del codice di commercio»: C. VIVANTE, *L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma*, in « Riv. dir. comm. », 1925, I, p. 573.

⁽⁶⁰⁾ Stando alla stima offerta da FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., p. 489, nel biennio 1924-1925 una quarantina di società anonime di diritto italiano emisero più di due milioni di azioni a voto plurimo (sempre secondo questa ricognizione, il potenziamento del voto era, generalmente, nell'ordine di cinque ovvero dieci, in un solo caso — Società An. « L'Unica » — di cinquanta, in quattro di tre e in una di due).

⁽⁶¹⁾ VIVANTE, *I progetti*, cit., p. 431.

⁽⁶²⁾ ASCARELLI, *Sul voto*, cit., p. 146.

⁽⁶³⁾ *Sub specie* di deliberazioni di aumenti di capitale/modificazioni statutarie: v. dopo. Già di per sé, assai di frequente gli aumenti di capitale si rivelarono funzionali alla difesa e/o consolidamento degli assetti proprietari e di controllo delle società deliberanti. Là dove poi tali aumenti venivano attuati mediante creazione di azioni a voto potenziato, queste ultime funzionavano, nella sostanza e in ultima analisi, da moltiplicatore dell'effetto.

⁽⁶⁴⁾ Eccettuato dalla menzione, ovviamente, quei giuristi che tacquero sul voto plurimo, pur trattando questioni connesse.

soprattutto *ex artt.* 89, n. 10, 155, 157 e 164; ma pure *artt.* 158 e 172) sanciva la non legittimità della creazione delle azioni a voto plurimo ⁽⁶⁵⁾ ovvero l'interpretazione di sue disposizioni conduceva a siffatto esito ⁽⁶⁶⁾; tale preclusione doveva essere confermata da una espressa disposizione di legge. Chi professava l'assoluta incompatibilità del voto plurimo con il diritto allora vigente, stigmatizzava, in particolare, la predisposizione dell'istituto ad assicurare l'irresponsabilità degli amministratori e la loro perpetuità, l'effetto di snaturare la natura delle anonime (e per taluno, altresì, di sfumare eccessivamente la distinzione azioni-obbligazioni ⁽⁶⁷⁾), la possibile compromissione (si assumeva, non permessa dal codice di commercio) dei principi di maggioranza (con asservimento della società a

⁽⁶⁵⁾ Quanto ai tipi sociali diversi dalle anonime e dalle accomandite, il voto plurimo (cfr. ASCARELLI, *Sul voto*, cit., p. 138 e ss.) risultava ammesso nelle mutue assicuratrici, escluso nelle società cooperative (arg. *ex art.* 225 cod. comm.) e nelle società in nome collettivo e se ne prospettava l'inammissibilità nelle società a responsabilità limitata, laddove fossero state introdotte nella legislazione.

⁽⁶⁶⁾ D'altronde, si sosteneva — e il rilievo era ricorrente, pur con enfasi diverse — che, se il legislatore del 1882 avesse voluto riconoscere la legittimità di creazione delle azioni a voto potenziato, lo avrebbe disposto espressamente. Si sa che a questo specifico argomento (come all'apposto: il legislatore avrebbe formulato determinate disposizioni con in mente pure il 'privilegio' del voto plurimo) si obiettava che quel medesimo legislatore non poteva ammettere o non ammettere queste azioni perché la pratica del potenziamento del voto, ai suoi tempi, restava sconosciuta: v. dopo, cui *adde* A. BRUSCHETTINI, *L'intruso nelle società anonime*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, II, Roma, Il Foro Italiano, 1931, p. 812. Si rilevava, ad esempio, che la prassi statutaria delle azioni a voto plurimo s'impose ben dopo il 1882 « di guisa che ben difficilmente ad esse può essersi pensato quando si attese alla compilazione del codice. Che se anche si volesse supporre che il legislatore di quarant'anni fa, nella sua onniscienza e prevegenza abbia previsto che approfittando della facoltà concessa dall'art. 164, si sarebbero potute creare azioni a voto plurimo, ben si può ammettere che esso non abbia creduto necessario di disciplinare l'esercizio, facendo assegnamento sul controllo affidato all'autorità giudiziaria, la quale non avrebbe mancato di negare la propria sanzione quando l'abuso della facoltà portasse a sconvolgere quelli che sono i principi fondamentali che regolano la vita ed il funzionamento delle anonime e la tutela delle minoranze » (App. Milano, 16 dicembre 1924, in « Riv. dir. comm. », 1925, II, p. 212).

⁽⁶⁷⁾ Ma per altri, traendo spunto da riflessioni della dottrina francese, questa riduzione dei tratti distintivi implicava sì un riavvicinamento di azioni e obbligazioni, le quali però risultavano contrapposte sotto il profilo dogmatico, meno dal punto di vista economico: ASCARELLI, *Sul voto*, cit., p. 141 e s.

minoranze di capitali), di eguaglianza tra i soci rispetto al diritto di voto, di proporzione voto-‘compartecipazione’ al capitale, la riduzione dell’assemblea ad organo degli azionisti a voto plurimo e il suo soggiogamento agli amministratori (in ultima analisi, la sua ‘pratica abolizione’ ⁽⁶⁸⁾). L’opposizione al riconoscimento legislativo dell’istituto poggiava *in parte* su alcuni dei medesimi argomenti (arguibili da disposizioni e principi da confermare anche nel diritto riformato), *in parte* su pericoli, di diversa natura, ravvisati nel voto potenziato ⁽⁶⁹⁾;

⁽⁶⁸⁾ « La concessione del privilegio del voto ad alcuni azionisti si risolve [...] nella facoltà riconosciuta ad un gruppo di azionisti di governare la società e porta quindi alla conseguenza di abolire praticamente quell’essenzialissimo organo sociale che è l’assemblea [...] da ridurlo ad una larva di quello che è nel sistema della legge [...] Un’assemblea generale in queste condizioni si riduce alla assemblea degli azionisti a voto plurimo. Ora pensiamo che ciò non possa assolutamente essere consentito »: FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., p. 505, il quale, subito dopo — p. 506 —, aggiunge: « Ora ci domandiamo se, quando la maggioranza dei voti sia assicurata al gruppo delle azioni a voto plurimo e queste siano nelle mani di un solo azionista o di un gruppo compatto di pochi azionisti, non si violano gli imperativi presupposti della valida formazione della volontà sociale, che tanto giustamente lo Scialoja richiama, e se può dirsi legittimo il funzionamento dell’assemblea, quando i soci, che rappresentano magari la parte più ingente del capitale sociale, si trovano nelle condizioni di non poter in alcun modo contrastare all’oligarchia degli azionisti con voto privilegiato la facoltà di deliberare a loro beneplacito sugli affari sociali ».

⁽⁶⁹⁾ Combinando, senza ordine di priorità, alcuni ovvero tutti questi argomenti oppure utilizzandone in via principale uno, cfr., per tutti, FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., (soprattutto) p. 491 e ss. (il quale sottoponeva a serrate critiche le tesi di Vivante, Scialoja e Ascarelli, e, in prospettiva di riforma, concludeva: « Per quanto riguarda l’avvenire ci limitiamo a rilevare [...] che, se è vero che il legislatore deve trarre dalla realtà della vita le nuove norme destinate a regolarla, non è meno vero che egli deve innanzi tutto assicurarsi che la pratica, svoltasi al di fuori delle regole del diritto scritto, risponda ad un effettivo bisogno della collettività e giovi ad aumentarne il benessere, se vuole evitare di codificare l’infrazione non solo della legge, ma anche dei principi fondamentali dell’equità, commessa da pochi audaci a danno dei molti. Che il voto plurimo sia oggi una infrazione della legge crediamo di aver dimostrato; che esso rappresenti anche una violazione di tali principi è cosa di cui ci sembra, per le ragioni dette più innanzi, che non si possa dubitare »); LORDI, *Sul progetto*, cit., p. 300, testo e nt. 2 (« Tutti gli abusi delle azioni individuali non di rado ricattatorie, tutte le scalate, tutte le prevenzioni contro gli assalti non valgono a giustificare che la legge stessa ponga il mezzo di emissioni di azioni con un così strano e ingiustificato privilegio [...] Le scalate forse trovano in se stesse il loro rimedio. Il loro costo eccessivo le rende accessibili a pochi: in ogni caso l’assaltatore dovrà accorgersi di aver pagato caro il bottino [...] [Nel

(b) il codice di commercio del 1882 implicitamente (sempre arg., in particolare, ex artt. 89, n. 10, 155, 157, 164, 158 e 172)

voto plurimo] vi è ben più che una preferenza di carattere economico: vi è lo spossessamento di un potere di amministrazione che coinvolge i più ampi diritti e rende possibile una vera schiavitù [...] È senza dubbio un grave inconveniente che un'amministrazione possa da un momento all'altro essere scalzata [...] Ma l'eventualità che un'amministrazione possa cadere la persuade a una più rigida amministrazione, precisamente pel timore che i successori possano rivedere e criticare. D'altro canto l'assalto è impresa così grave e costosa che potrà tentarla solo chi abbia grandi mezzi e grande capacità amministrativa »); cfr. pure S. JANNE, *Il diritto delle minoranze nelle società anonime*, in « Riv. dir. comm. », 1930, I, p. 820; (ma prefigurando eccezioni di ammissibilità *de iure condendo*) G. CASSINELLI, *Illegalità delle azioni privilegiate aventi diritto a voto multiplo*, in « Giur. it. », 1925, I, 2, p. 416 e ss. Una valutazione a parte merita la posizione di Angelo Sraffa (all'epoca, assieme a Vivante, direttore della *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*). A prescindere dalla spiccata sensibilità comparatistica dimostrata anche nell'esame del voto potenziato (SRAFFA, *Un progetto*, cit., p. 353 e ss.; ID., *Le azioni a voto plurimo all'estero*, in « Riv. dir. comm. », 1930, I, p. 630 e ss.), leggendo l'introduzione a *Il voto plurimo e i suoi disastrosi effetti nell'economia germanica*, cit., p. 515, si potrebbe essere indotti a catalogare il giurista pisano tra gli oppositori e i critici dell'istituto: « La nostra *Rivista* — è scritto all'inizio del contributo inserito nella rubrica *Varietà* — pubblica in questo stesso fascicolo un articolo del Vivante favorevole al voto plurimo nelle società anonime [e lo stesso fascicolo accoglieva pure l'indagine comparata di FRÈ, *Le azioni a voto plurimo in Francia*, cit., p. 207 e ss.], come pubblicò recentemente una nota (1925, II, 210) dello Sraffa nettamente contrario ». Esaminando i vari rimedi approntati dalla prassi per fronteggiare queste ultime e soppesando la loro meritevolezza giuridica, Sraffa scriveva (ivi, p. 294 e s.): « quello escogitato dai maggiori istituti bancari [...] di costituire cioè Consorzi finanziari incaricati di comprare le azioni controbattendo gli assalitori con le stesse loro armi, costa troppo, urta contro l'art. 144 del cod. di comm. e porta diritti all'Alta Corte di giustizia; quello inventato dal più insigne dei riformatori della legislazione commerciale nel 1919, di sospendere il voto nelle assemblee ordinarie ai portatori che non siano iscritti nel libro soci da almeno tre mesi o che da quella data non siano depositate presso la società, è caduto quando precipitò la nominatività obbligatoria delle azioni ed è inattuabile finché le azioni al portatore abbiano diritto di cittadinanza nel nostro sistema giuridico ». E nel prendere in considerazione l'ultimo di questi rimedi, vale a dire proprio il voto plurimo, il giuscommercialista certo osservava che « quello attuato pure ieri con l'audacia che gli è propria e che non è sempre fortunata da un abilissimo finanziere piemontese ricorrendo ad una nuova emissione di azioni in parte a voto plurimo, ha per strumento un'arma pericolosa e non legittima, che se può servire una volta tanto a fin di bene, è, di per sé, una minaccia alla economia nazionale ». Quindi, è sicuro che Sraffa avvertisse la pericolosità, anche (soprattutto) per la medesima economia nazionale, e illegittimità di fondo dell'istituto; ma, a ben vedere, il suo drastico giudizio si riferiva al diritto vigente quale applicato e applicabile, non giungendo a

sanciva la non legittimità della creazione delle azioni a voto plurimo ovvero l'interpretazione di sue disposizioni conduceva a non ammettere la loro creazione; tale preclusione, tuttavia, doveva essere rimossa mercé un espresso riconoscimento legislativo di legittimità (legge speciale ovvero riforma del codice ⁽⁷⁰⁾) e, comunque, in forza di una disciplina presidiata con apposite cautele e specifici limiti (su tutti, quelli afferenti la misura massima della dotazione incrementale del voto e le materie di competenza assembleare sottratte, in modo inderogabile, al potenziamento del voto) ⁽⁷¹⁾;

(c) il codice di commercio del 1882 implicitamente (arg. proprio *ex artt.* 89, n. 10, 155, 157 e 164) decretava la legittimità della creazione delle azioni a voto plurimo, per i più in sede costitutiva e per taluno anche in via di modifica statutaria, ovvero l'interpretazione di sue disposizioni legittimava il voto multiplo (istituto il quale non avrebbe prodotto le conseguenze e gli effetti dei quali era accusato, né sarebbe stato osteggiato da supposti principi intangibili dell'ordinamento delle anonime, primi tra tutti quelli dello snaturamento tipologico ⁽⁷²⁾ e dell'eguaglianza dei soci nel

decretare l'assoluta non meritevolezza, giuridica ed economica, del voto plurimo: se è vero, come è vero, che il giudizio di pericolosità, non legittimità e minacciosità dell'istituto avrebbe dovuto essere mantenuto fermo — aggiungeva (p. 295) — « almeno fino a quando non trovi nella legge una regola precisa ad un freno ».

⁽⁷⁰⁾ Comparando le due opzioni, giudicava più opportuna la seconda, ad esempio, ASCARELLI, *Sul voto*, cit., p. 147.

⁽⁷¹⁾ Così, tra altri, JANNONI SEBASTIANINI, *Azioni a voto multiplo*, cit., p. 628 e ss.

⁽⁷²⁾ SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 760 e s. (attribuire alle « azioni di comando [...] un voto quintuplo significa assegnare al possessore o al gruppo dei possessori di esse la supremazia su un capitale azionario cinque volte maggiore, secondo un rapporto matematico che è puramente teorico, poiché praticamente il rapporto è molto più ampio per la facile compattezza delle azioni privilegiate di fronte alla dispersione ed all'assenza parziale delle azioni ordinarie. Così il gruppo privilegiato può dominare la società possedendo solo il sesto delle azioni e può agevolmente conservare il proprio dominio nei successivi aumenti del capitale. Questa situazione non ha nulla di strano o di anomalo, anche se fa uscire la società anonima da quel tipo di associazione di capitali che essa ha avuto fin qui [...] Dunque in sostanza che cosa avviene nelle anonime con voto plurimo? Alla società concepita come riunione di volontà eguali od equivalenti per uno scopo comune si sostituisce un organismo in cui l'elemento puramente pecuniario, in cerca unicamente di un collocamento fruttifero, è subordinato allo elemento intellettuale e dirigente, tecnicamente preparato ed amministrativamente esperto »); VIVANTE, *I progetti*, cit., p. 432 e ss. (« *l'intuitus personae* che anche oggidi ha nelle società anonime

diritto di voto) ⁽⁷³⁾ e questa ammissibilità doveva essere più convenientemente esplicitata da una legge speciale e/o in sede di riforma del diritto commerciale (il quale, quindi, non avrebbe dovuto vietare le azioni a voto plurimo, bensì ammetterle ⁽⁷⁴⁾). La prassi statutaria e la disciplina riformata, nondimeno, dovevano essere corredate da precisi (ma variabili, secondo le differenti tesi ⁽⁷⁵⁾) limiti e attente cautele (confermandosi imprescindibili quelli sul numero dei voti — dai più, identificati nella misura di cinque ⁽⁷⁶⁾ — e sull'inderogabile esenzione di determinate deliberazioni dal potenziamento di voto) ⁽⁷⁷⁾;

una parte considerevole nell'opera degli amministratori vi acquisterà un maggior rilievo, perché la loro scelta sarà fatta da chi ne conosce le maggiori attitudini [...], ma la società resta una anonima in quanto [...] conserva il suo carattere essenziale di società a responsabilità limitata per tutti gli azionisti di fronte a tutti i creditori sociali»; sono impressioni «dilettanti del diritto» quelle che fanno discendere da queste azioni un avvicinamento tra anonime e accomandite per azioni).

⁽⁷³⁾ Per proposte di confutazione alle obiezioni dei critici delle azioni a voto plurimo (*de iure condito et condendo*) v., soprattutto, VIVANTE, *I progetti*, cit., p. 432 e ss.; SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 768 e ss.

⁽⁷⁴⁾ SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 779, giudicava (oltre che «draconiana») «vana» la proibizione del voto plurimo.

⁽⁷⁵⁾ La più liberalizzante delle quali era perorata da Scialoja, *ivi*, c. 783 e ss.

⁽⁷⁶⁾ Ho rammentato che nell'ultimo progetto che contribuì a mettere a punto, VIVANTE, *Contributo*, cit., propose il contenimento a tre del potenziamento del voto. In quello, sempre da lui apprestato anni prima, pubblicato in calce a ID., *Proposte*, cit., ammetteva il potenziamento del voto fino a un decuplo (cfr. art. 5 del progetto); mentre nelle riflessioni al Progetto formulato dal Consiglio Superiore dell'Economia Nazionale (ID., *I progetti*, cit., p. 437 e ss.), l'assenza di 'ritocchi' da parte di Vivante sulla proposta dell'art. 2 di tale Progetto — «che [...] le azioni [...] a voto plurimo non abbiano un numero di voti superiore al quintuplo di quelle ordinarie di eguale valore» — induce alla conclusione che egli accedesse, implicitamente, a questo contenimento numerico del montante di voto (così rivedendo al ribasso la proposta del limite massimo di dieci voti inserita nel Progetto da lui stesso predisposto e pubblicato, nel medesimo anno, nella *Rivista Bancaria*).

⁽⁷⁷⁾ VIVANTE, *I progetti*, cit., *passim* (con esenzione delle deliberazioni di cambiamento oggetto sociale, riduzione del capitale, liquidazione della società, nomina dei sindaci; mentre il voto plurimo andava ammesso, osservava Vivante 'senza alcuna contraddizione', nella delibera di azioni di responsabilità contro gli amministratori; ma diversamente in ID., *Proposte*, cit., p. 57, dove il giuscommercialista estendeva la riduzione a un voto anche per queste ultime delibere, come pure per le assemblee convocate dal tribunale ai sensi dell'art. 153 cod. comm.); A. ARCANGELI, T. ASCARELLI, *Il*

(d) la definizione della questione della legittimità o meno, *de lege data*, delle azioni a voto plurimo si mostrava controversa e altamente incerta (78); attesa la diffusione empirica del fenomeno, tale incertezza non poteva permanere e il legislatore, pertanto, sarebbe dovuto intervenire per sancire o meno l'ammissibilità dell'istituto.

Si trattò di un dibattito che non riuscirebbe realmente compreso, però, se lo si ripercorresse canalizzandolo e costringendolo in un ambito esclusivamente teorico, quale questione interpretativa del diritto allora vigente e di opportunità/necessità di sua riforma; e, quindi, astraendolo e isolandolo dalla prassi che ne fu il terreno generatore (79), dallo scenario economico-finanziario e da eclatanti vicende giudiziarie che lo anticiparono e lo accolsero e agirono, nel contempo, da sfondo, da substrato e da propulsore, innervando, in modo esplicito ovvero implicito, disomogenee e contrapposte valutazioni *non solo* delle azioni a voto potenziato — le quali, « da un punto di vista storico », si prestavano a venire esaminate « come indice delle tendenze che si [andavano] affermando nello sviluppo delle società per azioni » (80) (inclusi gli « imponenti fenomeni di

regime delle società per azioni con particolare riguardo al voto plurimo e alla protezione delle minoranze, in « Riv. dir. comm. », 1932, I, p. 163 (necessità di disciplinare la creazione di azioni a voto plurimo « limitando il numero di voti di ciascuna azione a voto plurimo e delle azioni a voto plurimo nel loro complesso, escludendo il voto plurimo nelle assemblee straordinarie [ma ASCARELLI, *Sul voto*, cit., p. 133 e s., ne professava l'esclusione *de iure condito*, non *de iure condendo*], non computando la pluralità dei voti ai fini dell'accertamento del *quorum* necessario per la validità dell'assemblea, concedendo maggiori privilegi patrimoniali agli azionisti esclusi dal voto plurimo»). Critici sulle proposte di esclusione del voto plurimo nelle deliberazioni di nomina dei sindaci si dichiararono SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 783 e ss.; ASCARELLI, *Sul voto*, cit., p. 149 (e non condividendo anche la eventuale negazione del potenziamento di voto nelle deliberazioni di promozione dell'azione di responsabilità contro gli amministratori).

(78) In particolare, sulla non sufficienza degli artt. 157 e 164 cod. comm. a risolvere la questione della legittimità del voto potenziato v., in giurisprudenza, App. Milano, 11 agosto 1925, *cit.*, p. 498.

(79) « Questo problema non è sorto dalla mente dei giuristi, ma da una viva e pratica necessità in tutti [?] i paesi del mondo »: VIVANTE, *Le azioni*, cit., p. 548.

(80) I virgolettati sono di ASCARELLI, *Sul voto*, cit., p. 132; lo stesso Autore, peraltro (p. 145), coglie nella più recente (coincidente con l'epoca delle sue osservazioni) evoluzione delle società anonime dotate di azioni a voto potenziato « un vero e proprio ricorso storico, tornandosi, per qualche aspetto, alla situazione propria del primo

concentrazione industriale »⁽⁸¹⁾) e pienamente s'inserivano, e all'apice, nell'« agitato, e perciò interessante e fecondo, periodo della vita economica nazionale »⁽⁸²⁾ —, *bensì pure* di altri innovativi istituti del diritto commerciale⁽⁸³⁾, e, in particolare, delle società anonime: quest'ultime, a partire dai primi anni del secondo decennio del Novecento, percepite, sempre più con maggiore consapevolezza e robusto discernimento, quale « problema complesso »⁽⁸⁴⁾, anche perché divenute « dentro i confini dello Stato, [...] i maggiori centri di attività economica e giuridica »⁽⁸⁵⁾, provvisti di « grandissima plasticità »⁽⁸⁶⁾, ai vertici dell'« opera ricostruttiva del diritto, da compiersi sotto l'influenza della guerra »⁽⁸⁷⁾.

affermarsi delle società per azioni [...] è nelle prime società anonime che noi constatiamo quel mancato parallelismo tra diritto di voto e numero delle azioni possedute che ora torna ad imporsi [...] E forse la visione del fenomeno potrebbe allargarsi alla constatazione di non indifferenti analogie tra quel primo affermarsi della società capitalistica e la situazione odierna; l'analogia che può cogliersi nei rapporti interstatuali nei quali torna oggi a trionfare uno spirito protezionistico che ricorda l'antico mercantilismo, potrebbe forse perseguirsi anche nei rapporti interni ».

⁽⁸¹⁾ FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., p. 128 (con critica radicale).

⁽⁸²⁾ SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 758 (« un aumento vertiginoso nel numero e soprattutto nelle proporzioni [...] [delle] società anonime [...] un accentuarsi ed inasprirsi della concorrenza commerciale nazionale ed internazionale; una lotta alimentata da mezzi sempre più potenti per il predominio bancario; un riprendere insidioso o violento da parte di egemonie industriali o finanziarie straniere dei tentativi di sotto-mettere o schiacciare le più promettenti iniziative industriali dei paesi più poveri, ma che vogliono finalmente affermarsi come liberi concorrenti nel mercato mondiale »); cfr. oltre.

⁽⁸³⁾ Collocato « agli avamposti del diritto » (BRUSCHETTINI, *L'intruso*, cit., p. 812), il « vero bersagliere del diritto » [come ebbe a contrassegnarlo Vittorio Polacco: lo rammenta P. GROSSI, « *Il coraggio della moderazione* » (*Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco*), in « Quaderni fiorentini », 18 (1989), p. 251, nt. 231].

⁽⁸⁴⁾ « Il problema delle società anonime è un problema complesso; è un problema tecnico perché dipende dal valore della maestranza e di coloro che la dirigono; è un problema economico perché dipende dai capitali che vi concorrono; è un problema fiscale perché dipende dalla moderazione del fisco, ed è soprattutto un problema morale perché se la ricca vena della probità non circola per entro gli istituti giuridici questi si sfasciano nelle crisi e nei fallimenti »: VIVANTE, *Per la riforma*, cit., p. 146.

⁽⁸⁵⁾ VIVANTE, *La difesa*, cit., p. 638.

⁽⁸⁶⁾ JANNACONE, *Le azioni*, cit., p. 645.

⁽⁸⁷⁾ VIVANTE, *La difesa*, cit., p. 637; il quale, di là a un anno (ID., *Sul risanamento*, cit., p. 61), replicando ai critici della tesi della nominatività dei titoli azionari, così si

In particolare, è unicamente indagando, pur nei e con i limiti della presente riflessione, lo scenario economico-finanziario, solo posizionando al centro (e non ai margini) della riflessione (o, peggio, espellendoli da essa) alcuni degli accadimenti che lo agitarono con maggiore risonanza, gravità di risvolti e ricadute, che si può cercare di comprendere (i) ‘*chi*’, più di tutti, fu a dare impulso alla diffusione nella prassi e a propugnare il riconoscimento, a un tempo, *de lege data et de lege ferenda*, della legittimità di creazione di azioni a voto ineguale, pur non trascurando che differenti letture furono offerte, in questa prospettiva di valutazione, della spiegazione della diffusione del fenomeno; in correlazione (ii) ‘*quali principali interessi*’ (economici, finanziari, ideologici) — magari non esclusivamente ovvero del tutto e autenticamente generali ma piuttosto fortemente di parte, contingenti e strettamente connessi proprio a tratti caratterizzanti quello scenario ⁽⁸⁸⁾ — antistavano e sottostavano a incalzanti richieste, non solo e non prima di tutti, di autorevoli giuscommercialisti, di concedere cittadinanza nel nostro ordinamento al voto potenziato; (iii) ‘*chi e quali interessi*’, oltre che a *quali convincimenti teorici e applicativi*, furono capaci di mantenere ferma, sebbene in alcuni casi con dei correttivi non marginali di segno restrittivo, la richiesta di legittimazione delle azioni a voto potenziato nell’ordinamento italiano là dove altri ordinamenti continentali (Germania e Francia), a fronte di esperienze applicative negative, lanciavano inequivocabili segnali di ripiegamento dell’orientamento favorevole a queste azioni e vedevano diffondersi, con palpabile rapidità, opposte istanze per la formulazione di prescrizioni normative di divieto del voto ineguale ⁽⁸⁹⁾; (iv) *se e quali concezioni e/o orientamenti politici, costituzionali, ideologici* animassero l’orientamento di

esprimeva (con pensiero di più ampio respiro): « Penso che il miglior modo di preparare strumenti di vittoria pel tempo di pace sia quello di apprestare all’economia nazionale istituti solidamente temprati alla lotta industriale ».

⁽⁸⁸⁾ Come — l’ho ricordato in precedenza — sentenziò la Relazione di accompagnamento al codice civile del 1942 in punto di motivazione del divieto di emissione delle azioni a voto plurimo.

⁽⁸⁹⁾ Pienamente corrispondente a questo scenario comparatistico era, dunque, il rilievo di FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., p. 512: « Anche l’esperienza fatta dagli altri paesi [...] aumenta, anziché diminuire il nostro convincimento che la nuova pratica [delle azioni a voto potenziato] debba essere condannata ».

quanti furono convinti e irremovibili sostenitori della legittimità delle azioni a voto potenziato; (*v*) in ultimo, *se*, tra questi ultimi, *i ovvero alcuni giuristi*, a prescindere dai propri convincimenti economici e ideologici, furono consapevoli di supportare i e dare manforte ai *superiori eventuali interessi*, alle dette *concezioni* e a quegli *orientamenti*.

Se si indietreggia al 1916 e, da qui, si muove agli anni successivi, ognuno conosce come fosse quello un contesto economico, oltre che politico e sociale, fragile, squassato da profondi e repentini rivolgimenti aventi cause endogene ed esogene, più o meno risalenti — direi, alla crisi economica della primavera del 1907⁽⁹⁰⁾ (e, nello stesso anno, per quanto concerne il nostro Paese, a « non felici esperienze »: il salvataggio della Società Bancaria Italiana, la crisi di borsa e la contrazione del credito erogato dalle grandi banche⁽⁹¹⁾), sebbene poi, soprattutto appunto nell'immediato primo dopoguerra, originari fattori e manifestazioni evolsero in o si abbinarono ad altri, quali ad esempio la crescente svalutazione monetaria e il processo inflazionistico⁽⁹²⁾ —, in un sistema industriale nazionale costituito, sebbene in minima parte, da dimensionalmente importanti imprese di interesse e utilità pubblici, permeabile al (e acco-

⁽⁹⁰⁾ La crisi globale della primavera del 1907 è stata generalmente interpretata, anche in Italia, in termini crisi finanziaria (con antecedenti in USA nell'autunno del 1906), anche se, in realtà, suona condivisibile l'affermazione che vuole tale natura finanziaria come « la conseguenza di un eccezionale e disordinato sviluppo economico, che aveva segnato il suo massimo nel 1906 e nei primi mesi del 1907 »: A. CONFALONIERI, *Banca e industria in Italia dalla crisi del 1907 all'agosto 1914*, I, *Il sistema bancario in una economia di transizione*, Milano, Banca Commerciale Italiana, 1982, p. 3 e ss. (a p. 4 il virgolettato), il quale precisa poi che « la crisi economica risultò, se non più profonda, certo più lunga in Italia che nei grandi paesi industrializzati, anche per un duplice ordine di motivi: nei primi anni del Novecento il nostro sviluppo industriale fu più accentuato che altrove [...] e da noi mancarono quegli arresti nella crescita che in altri paesi caratterizzarono quel periodo » (p. 7). Ancora fondamentale F. BONELLI, *La crisi del 1907. Una tappa dello sviluppo industriale in Italia*, Torino, Fondazione L. Einaudi, 1971.

⁽⁹¹⁾ A. CONFALONIERI, *Banca e industria in Italia dalla crisi del 1907 all'agosto 1914*, II, *Crisi e sviluppo nell'industria italiana*, Milano, Banca Commerciale Italiana, 1982, *passim* (in particolare, p. 467 e ss.).

⁽⁹²⁾ Sulla tensione inflazionistica negli anni 1919-1920, v., per tutti, G. TONIOLO, *L'economia dell'Italia fascista*, Roma-Bari, Laterza, 1980, p. 83 e ss.

gliente il) capitale straniero ⁽⁹³⁾ e interessato, almeno per ciò che riguardava proprio società di più rilevanti dimensione operanti in settori di produzione industriale strategici per l'intera economia nazionale, dal finanziamento e dall'influenza di primarie banche, a loro volta afflitte da tensioni di liquidità, crisi di tenuta finanziaria, carenze organizzative e instabilità gestionale, esposte all'aggressione di soggetti imprenditoriali, alcuni dei quali senza dubbio animati dall'obiettivo di soddisfare il proprio fabbisogno finanziario e, più complessivamente e in ultima analisi, in funzione di rafforzamento rispetto ad altri soggetti industriali concorrenti: contesto nel quale « le banche e le imprese optarono [...] per un sistema in cui il mercato era inteso come luogo di consolidamento del controllo » ⁽⁹⁴⁾.

Con maggiore precisione e più nel dettaglio, variegato l'ordine dei fenomeni e dei fattori economici, finanziari e di 'mercato', visibili appunto, per quello che qui rileva, sin dal 1916 (e, alcuni di essi, in seguito in consolidamento e crescita, e netta differenziazione), i quali esercitarono, negli anni 1924-1926, decisivo influsso, diretto ovvero indiretto, sullo sviluppo della pratica delle azioni a voto potenziato e furono invocati a sostegno della loro legittima-

⁽⁹³⁾ VIVANTE, *Sul risanamento*, cit., p. 61, il quale ancorava la sua riflessione alla constatazione di partenza secondo la quale « l'Italia [...] si diede leggi nazionali quando la sua povera economia sentiva vivo il bisogno dei capitali e del tecnicismo stranieri, e questo bisogno economico favorì negli istituti giuridici sotto le forme ideali dell'ospitalità, della parità e talvolta, con un protezionismo a rovescio, coi favori largiti alle società straniere che piantavano le loro officine fra da noi o ci inviavano i loro prodotti industriali »; ID., *Per la riforma*, cit., p. 156 (« nelle società italiane costituite prevalentemente con capitale straniero [...] mentre i maggiori azionisti stranieri comandano, gli amministratori non contano che per decorazione »).

⁽⁹⁴⁾ G. NARDOZZI, G. PILUSO, *Il sistema finanziario e la borsa*, in *Tra imprese e Istituzioni. 100 anni di Assonime*, 2, *Il sistema finanziario e la borsa*, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 36, citando U. CAPRARA, *Il credito industriale e mobiliare. La borsa valori* (1932), a cura di B.L. Mazzei, Torino, Utet, 1991, p. 6 e ss. P. GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in questa « Rivista », 1999, p. 1001, ha scolpito, con sintesi efficace, questo contesto: « nel corso dell'evento bellico talune esigenze socio-economiche divengono sfacciate, brutali, impellenti. La guerra, tuttavia, in Germania come in Italia non fa che portare alla superficie e manifestare apertamente una tendenza latente ma serpeggiante nella società da parecchi anni: il necessario primato dell'economia ».

zione: profonda trasformazione dell'economia capitalistica ⁽⁹⁵⁾; non ricchezza di capitali delle società industriali ⁽⁹⁶⁾; vitale necessità di finanziamento e ricapitalizzazione, in primo luogo ma non solo, di società di c.d. interesse pubblico e di società, anche di nuova costituzione, operanti in settori nevralgici per l'economia nazionale, bellici e non; aumento (già dal 1906), nel capitale di banche, di « quella particolare categoria di immobilizzi rappresentata da parte del portafoglio titoli e dalle quote di partecipazioni in sindacati » ⁽⁹⁷⁾; erogazioni di finanziamenti e assunzione del controllo,

⁽⁹⁵⁾ Solo per un esempio nella letteratura giuridica, cfr. l'*incipit* di ARCANGELI, ASCARELLI, *Il regime*, cit., p. 159.

⁽⁹⁶⁾ Tra altri, nella giuscommercialistica: VIVANTE, *Per la riforma*, cit., p. 152; ARCANGELI, ASCARELLI, *Il regime*, cit., p. 162 (v. pure *infra*).

⁽⁹⁷⁾ Così CONFALONIERI, *Banca e industria in Italia dalla crisi del 1907 all'agosto 1914*, I, *Il sistema*, cit., p. 361, esaminando, in particolare, la situazione della Banca Commerciale Italiana, nella quale, al 7 ottobre 1907 (ivi, p. 361, nt. 1), tale categoria di immobilizzi era superiore al limite statutario (art. 4) del 30% del capitale versato. Confalonieri rammenta (ivi, p. 364) che l'avvocato Luigi Rossi, all'epoca principale consulente legale della Comit (e guida professionale di Camillo Giussani, futuro consulente principe della Comit, della quale fu poi nominato amministratore delegato nel 1945), « aveva consigliato [suggerimento che fu poi accolto e seguito: assemblea straordinaria del 31 marzo 1908] d'integrare il dettato statutario dell'art. 4 tenendo in considerazione, nel determinare il parametro di riferimento degli impieghi in titoli, anche le riserve e non solo il capitale versato: titoli e partecipazioni, insomma, non avrebbero dovuto superare il 30% del totale dei mezzi propri — capitale versato e riserve — anziché del solo capitale versato »; sulla « vulnerabilità » patrimoniale-finanziaria (al culmine tra la fine del 1930 e il giugno 1931) della Banca Commerciale Italiana [pressoché in contemporanea, in Germania, nel luglio 1931, fallivano la *Darmstädter- und Nationalbank* e, soprattutto, la *Dresdner Bank*, con la conseguente chiusura della borsa tedesca dal 13 luglio 1931 all'aprile 1932: cfr., per tutti, J. BEER, *Die Funktionswandel der deutschen Wertpapierbörsen in der Zwischenkriegszeit (1924-1939)*, Frankfurt a. M., Peter Lang, 1999, p. 225 e ss.; e, ora, cfr. pure C. BURHOP, D. CHAMBERS, B. CHEFFINS, *Law, Politics and the Rise and Fall of German Stock Market Development, 1870-1938*, ECGI - Law Working Paper 2015, No. 283/2015, in particolare p. 30 e ss.] spiegabile, tra l'altro, con il ruolo svolto dall'istituto milanese negli anni Venti (in coincidenza con l'aumento di rilevanza della banca mista), con l'ampiezza e la precarietà del portafoglio titoli e l'entità dei fidi concessi a imprese industriali (oltre che delle operazioni a sostegno dei propri titoli, di quelli di società collegate e dell'indebitamento estero), v. pure TONIOLO, *L'economia*, cit., p. 197 e s., 228.

solitario ovvero congiunto ⁽⁹⁸⁾, diretto oppure indiretto, di tali società in testa a primari istituti bancari (in particolare, le cc.dd. banche speculative o miste ‘di ceppo’ tedesco) a fronte, in seguito, di una progressiva riduzione del loro (delle banche) investimento in azioni ⁽⁹⁹⁾; accrescimento dell’influenza gestionale diretta delle medesime banche nelle società industriali ⁽¹⁰⁰⁾, il quale diede vita, secondo taluni in senso critico e allarmato, a un autentico processo di ‘infeudamento bancario’ di società industriali, foriero di comissioni economicamente preoccupanti e pericolose ⁽¹⁰¹⁾, il cui

⁽⁹⁸⁾ Mi piace rammentare che fu E. Finzi, con la capacità di acuta interpretazione e d’innovazione che lo contraddistinguevano (cfr. GROSSI, *Enrico Finzi*, cit., p. 377 e ss.), a scolpire, con strabiliante chiarezza, la rilevanza giuridica, nel nostro ordinamento, del controllo congiunto (ma, in realtà, più ampiamente, della nozione giuridica di controllo): cfr. E. FINZI, *Società controllate* (art. 6. R.D.L. 30 ottobre 1930 n. 1450), in « Riv. dir. comm. », 1932, I, p. 462 e ss.

⁽⁹⁹⁾ ARCANGELI, ASCARELLI, *Il regime*, cit., p. 163.

⁽¹⁰⁰⁾ Pochi anni dopo, descriveranno così la situazione (ancora perdurante) sempre Arcangeli e Ascarelli, ivi, p. 162: « questa influenza delle banche che caratterizza il problema delle anonime in Italia come in Germania, a differenza di quanto ha luogo nei paesi anglosassoni, è una delle cause più notevoli dell’atteggiamento in questi ultimi anni dalla pratica delle società anonime. [...] Sono le banche fondatrici quelle che formano il capitale della società, sono le banche fondatrici quelle che conservano il controllo delle società sono le banche fondatrici quelle che dominano spesso un sistema di società tra loro collegate e che possono attraverso la loro influenza danneggiare l’una a vantaggio dell’altra. [...] È questa influenza bancaria nell’ambito delle società anonime quella che costituisce la spiegazione economica di molti aspetti della pratica ».

⁽¹⁰¹⁾ Con dimensioni già ragguardevoli a ridosso dell’inizio del primo conflitto mondiale — ma sempre più in crescendo nel pieno della guerra e negli anni successivi alla sua fine, e sebbene suonerebbe approssimativa e non attendibile la conclusione che vedesse nel finanziamento bancario alle industrie coinvolte dall’evento bellico l’unico fattore idoneo a spiegare la posizione di preminenza gestionale di banche [*rectius*, di cc.dd. banche miste di ceppo germanico, quelle che comparsero in Italia nel 1894-1895 (del 10 ottobre 1894 è la fondazione della Banca Commerciale Italiana): cfr., per tutti, TONIOLO, *L’economia*, cit., p. 197 e ss.] nelle medesime industrie —, la capitalizzazione bancaria di società, l’assunzione di partecipazioni azionarie e di conseguenti posizioni di preminenza gestionale erano dati che, tra i giuristi e gli economisti (ma anche tra gli operatori e i politici), *alcuni* si limitavano a registrare quali situazioni evidenti e inevitabili; *altri* ne rimarcavano la virtuosità; *altri ancora*, come appunto appena ricordato, facevano seguire al riscontro preoccupazione e, sovente, sollecitazioni di provvedimenti (legislativi e/o politici) idonei a ridimensionare la presenza, o quanto meno appunto la titolarità giuridica e/o fattuale di influenza gestionale delle banche: nel

effetto fu che « le Banche sono divenute [...] le dominatrici dell'industria, che avvincono ai loro interessi finanziari »⁽¹⁰²⁾, banche

confronto dell'epoca, molto nutrito di opinioni, cfr., *ex multis*, A. CABIATI, *Lo Stato e le banche*, in « Riv. banc. », 1924, p. 563 (la « eccessiva potenza degli istituti bancari di fronte all'industria dipende da come fu sostenuta e finanziata la guerra, obbligandole banche a fornire tutto il credito alle industrie; allargare il controllo sulle industrie è stato in questa situazione più un dovere che un diritto »); EINAUDI, *Ancora*, cit., p. 15 e s., 17 [non si può dubitare che si diano assemblee nelle quali « le Banche interessate ad imprimere questo o quell'indirizzo all'azienda sociale accaparrano azioni [...] ma se [...] oggi in Italia le banche accaparrano le azioni al portatore dando ad esse un premio; chi potrà impedire domani che esse cerchino di assicurarsi la maggioranza delle azioni nominative, dando qualche vantaggio agli azionisti, i quali consentissero a dare loro a riparto le proprie azioni nominative od intestarle a nome della banca, ricevendo da questa un certificato di deposito? »; e lo stesso Einaudi, nel 1916, differenziando tra banche 'pure' e banche 'miste o speculative', osservava (ID., *La nominatività*, cit., p. 632) *da una parte*, che « l'azione delle società per azioni italiane non fosse caratterizzata [...] dalla dipendenza verso le banche »; *dall'altra* (p. 640), che « finché in Italia si continuerà a predicare che le banche devono venire in aiuto delle industrie e dei commerci, devono fomentare il processo industriale dall'interno e l'espansione commerciale all'estero, sarà inevitabile [...] che le banche dominino le imprese o le società a cui hanno fatto anticipazioni od in cui hanno interessenze » (così pure ROCCO, *Azioni*, cit., p. 8); e *dall'altra ancora* — EINAUDI, *La nominatività*, cit., p. 641 — si domandava « chi [avesse] mai sentito dire che i nostri più vecchi ed accreditati istituti bancari veri e propri — ed in Italia questi istituti [...] bisogna principalmente cercarli fra le casse di risparmio e le banche popolari — spadroneggino nelle assemblee delle società anonime »; ma v. ROCCO, *Azioni*, cit., p. 7; v. pure oltre]; CAPRARA, *Il credito*, cit., p. 6 e ss.; per un esame dell'auspicabile atteggiamento bancario nei confronti delle società per azioni, v., sempre nella riflessione dell'epoca, A. CHICHINIER, *La politica bancaria nei riguardi della creazione e dello sviluppo delle società per azioni*, in « Riv. soc. comm. », 1920, p. 251 e ss.; VIVANTE, *Per la riforma*, cit., p. 153. Tra le analisi prossime ai giorni nostri, cfr., sempre *ex multis*, con particolare chiarezza espositiva e ricchezza di documentazione, A. CONFALONIERI, *Banca e industria in Italia dalla crisi del 1907 all'agosto 1914*, I, *Il sistema*, cit., *passim*; ID., *Banche miste e grande industria in Italia 1914-1933*, I, *Introduzione - L'esperienza della Banca Commerciale Italiana e del Credito Italiano*, Milano, Banca Commerciale Italiana, 1994, *passim*; cfr. pure NARDOZZI, PILUSO, *Il sistema*, cit., p. 34 e ss.; v. anche S. BATTILOSSI, *Did Governance Fall Universal Banks? Moral Hazard, Risk Taking and Banking Crises in Interwar Italy*, in « Economic History Rev. », 62 (2009), p. 101 e ss.

⁽¹⁰²⁾ VIVANTE, *La difesa*, cit., p. 639. Il giuscommerzialista veneziano, che nel perorare qualche anno dopo la legittimità e il riconoscimento legislativo del voto potenziato non poteva non avere ben presente l'utilizzo che le stesse banche avrebbero (e risultavano avere) fatto dell'istituto in funzione non solo di propria difesa (*id est*, del preferito proprio assetto partecipativo di controllo), ma pure di acquisizione ovvero conservazione del controllo di società industriali finanziate e partecipate; Vivante che si

non più « pure » ma (appunto) « speculative » ⁽¹⁰³⁾; anche a causa della svalutazione monetaria, afflusso di capitale straniero in società

esprese contro la prospettata preclusione delle banche a fare uso del voto ineguale (cfr. anche dopo): bene, Vivante, appunto anni prima (ivi, p. 638 e s.) — ma, forse, si trattava di un Vivante ‘diverso’, non ancora convinto sostenitore (si potrebbe supporre, in ragione del mutato contesto economico nazionale e delle connesse esigenze e urgenze: ma tale spiegazione non persuade) dell’esistenziale ruolo delle banche nella gestione e conduzione delle società industriali —, professando il suo favore verso la nominatività obbligatoria delle azioni (v. sopra), esternava l’urgente necessità di « attenuare » questa « dipendenza finanziaria delle Società industriali » dalle banche, così complessivamente (e significativamente) scrivendo: « Le Banche possono facilmente raccogliere la maggioranza delle azioni e valersene per la nomina degli amministratori ligi al loro programma finanziario e industriale. Esse acquistano il diritto di voto nelle assemblee col mezzo dei riporti: si stipulano nelle anticipazioni concesse sul pegno delle azioni o nei depositi con una clausola divenuta abituale il diritto di voto per l’azionista che ha consegnato le azioni. Se col mezzo di questi contratti non riescono ad ottenere la maggioranza offrono un premio all’azionista che cede il diritto di voto, e insieme coronano tutta questa opera minuta di preparazione mettendo reciprocamente l’una a disposizione dell’altra le azioni di cui dispongono per un titolo o per l’altro »; e, ancora più recisamente (nei confronti delle banche), affermando la strumentalità della conversione delle azioni in titoli al portatore alla sostanziale eliminazione della responsabilità degli amministratori, osservava (ivi, p. 640) che gli amministratori così procedevano « perché solo allora si sentono padroni dell’assemblea, quando le azioni sono al portatore e gli azionisti, messi nell’impossibilità di conoscersi e di concertarsi li lasciano assoluti padroni dell’amministrazione. Ma per togliere all’osservazione ciò che potrebbe avere di maligno [...] occorre ricordare l’analisi che ho fatto testè del modo con cui gli amministratori o le banche che li hanno preposti e che fanno i propri affari mediante la loro soggezione, manipolano le azioni in modo da essere sempre padroni della maggioranza. Gli amministratori — proseguiva inequivocabilmente Vivante —, che possono contare o direttamente o col mezzo delle Banche, sulla maggioranza delle azioni non hanno più a temere di quell’azione di responsabilità [...] Se essi possiedono la metà più una delle azioni, o se possono contare sull’incetta delle medesime — molte volte le grandi banche, mediante una provvigione assumono l’incarico di raccogliere — *essi sono sicuri di farsi assolvere da ogni responsabilità* e di consolarsi per giunta di ogni errore commesso con un voto di plauso dell’assemblea ». E via esponendo (ivi, p. 640 e ss.), con toni identici. Quel ‘primo’ Vivante aspirava ad affrancare « l’esercizio industriale della società » « dalle influenze della banca e della borsa, che tolgono il respiro agli amministratori e ai direttori che devono transigere ogni giorno con quelle influenze »; ed era sempre Vivante che lamentava: « In parole semplici e piane: oggi si vendono e si comprano liberamente i voti: alla vigilia di ogni assemblea combattuta se ne fa l’incetta per far assolvere gli amministratori colpevoli; per assicurare l’esercizio industriale ad un sindacato, ad una banca, ad un fornitore di macchine, italiano o straniero, coll’aiuto di una maggioranza mercenaria e fittizia, e via via »: (VIVANTE, *Sul risanamento*, cit., p. 69). V. pure, anni dopo, ASCARELLI, *La funzione*, cit., p. 18, nt. 1.

di diritto italiano e « invadenza » nella loro amministrazione (a detta di alcuni, con toni altrettanto critici e allarmati, nelle forme assunte, un vero e proprio processo di ‘infeudamento straniero’ e ‘xenofilia’ di società industriali ⁽¹⁰⁴⁾); accaparramenti di e speculazioni e manovre di borsa su titoli di società industriali e di banche e connessi tentativi di scalate ⁽¹⁰⁵⁾, valutati, non di rado, con apprensione e preoccupazione per i presunti deleteri effetti economici e finanziari su scala nazionale ⁽¹⁰⁶⁾, in particolare ravvedendosi rischi, questa volta, di un ‘infeudamento industriale’ di banche di rilevanza nazionale ⁽¹⁰⁷⁾, e, nei casi di « scalate, accaparramenti, manovre di borsa di speculatori » su azioni di società industriale, paventando, nel caso fossero pervase le « perniciose dottrine » secondo le quali simili « procedimenti [...] non vanno attraversati né ostacolati, per lasciare libero il giuoco dei contrastanti interessi » ⁽¹⁰⁸⁾, « danni irreparabili [...] all’organizzazione

⁽¹⁰³⁾ EINAUDI, *Ancora*, cit., p. 18, con riferimento alla realtà esistente all’esordio del primo conflitto mondiale, auspicava una mutazione (o una riconversione) delle banche da speculative in pure.

⁽¹⁰⁴⁾ Emblematiche, di nuovo, nella dottrina giuridica, le posizioni di VIVANTE, *La difesa*, cit., p. 637 e ss.

⁽¹⁰⁵⁾ SRAFFA, *Un rimedio*, cit., p. 294, il quale definì le scalate una « terribile insidia ».

⁽¹⁰⁶⁾ SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 758.

⁽¹⁰⁷⁾ TONIOLO, *L’economia*, cit., p. 200, ravvede nelle circostanze belliche l’*h’umus* che favorì « il tipo più aggressivo e pericoloso » di banche miste « quella filiatà direttamente da imprese industriali per soddisfare al proprio fabbisogno finanziario: nella fattispecie si trattò della Banca italiana di sconto partorita dall’Ansaldo dei fratelli Perrone »; sul tentativo di scalata alla Banca Commerciale Italiana messo in atto dai medesimi Perrone (tramite la stessa Ansaldo), v. dopo.

⁽¹⁰⁸⁾ SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 758 (del quale sono anche i precedenti virgolettati). Mi pare riecheggi evidente l’allusione alle tesi, in particolare, della scuola economica liberale torinese, soprattutto nelle persone di L. Einaudi, A. Cabiati e P. Jannacone. Sotto uno specifico profilo (obbligatorietà della nominatività dei titoli), così stilizzò (dal suo punto di vista) questo contrasto EINAUDI, *Ancora*, cit., p. 20 (diversamente da quanto riassunto da Vivante: v. sopra): « Qui sta la differenza tra i paternalisti ed i liberali. I paternalisti si fissano in mente che i titoli nominativi siano una bella cosa; e subito vogliono fare entrare questa fissazione, come tante altre, nella testa degli azionisti a colpi di legge. Coloro i quali sentono invece profondamente i vantaggi della libertà dicono: può darsi che i titoli nominativi siano migliori di quelli al portatore; ma non importa nulla che questa eccellenza sia riconosciuta dai professori, dagli scrittori, dagli uomini politici. Essa deve essere riconosciuta dai soli competenti a trarne partito, ossia dagli azionisti, ed esso devono persuadersene volontariamente, senza il pungolo di

industriale, ed al sano e proficuo andamento degli affari, nel contrasto con gli organismi di altri paesi, più agguerriti di moderne armi di lotta » (109).

Diversi di questi fenomeni e fattori reclamavano (110) subitanei

un danno minacciato ». Nel riferimento ai 'professori' si potrebbe pensare di cogliere quello che IRTI, *Dialogo*, cit., p. 26, ha contrassegnato, evidenziandola quale 'nota comune' a Croce ed Einaudi, come « il rifiuto della tecnocrazia, del primato di 'esperti' o 'competenti' ». In realtà, al di là degli scritti che tracciano il dialogo con Croce, l'opera di Einaudi è disseminata di affondi polemici, più che contro i 'professori' (rispetto ai quali non lesinava invece stilette proprio Vivante, almeno verso quei professori che 'vivevano sulla cattedra'), alla 'confraternita dei dottrinari', « una delle sette piaghe d'Egitto [che], in punto di perniciosità pubblica, vengono dopo soltanto a quell'altra pestilenza detta in lingua italiana dei « periti » e più conosciuta nel linguaggio internazionale ginevrino sotto il nome di 'esperti'. Dottrinari e periti [contrapposti, nella concezione di Einaudi, ai chierici della scienza] sono congiunti strettissimi, perché afflitti dal medesimo vizio mentale, che è la convinzione di essere chiamati da dio a risolvere 'problemi' » (EINAUDI, *Miti*, cit., p. 6 e s.). L'economista piemontese, infatti, avverte che « non ho scelto tuttavia di parlar male nel titolo dei dottrinari per non far supporre che volessi dir male dei professori. Se nella nostra confraternita si è talvolta intrufolato un dottrinario, fa d'uopo rivendicarci perlomeno un merito: quello di essere accessibili al dubbio » (ivi, p. 7).

(109) E si proseguiva: « nella vastità sempre crescente delle imprese industriali, quando i capitali delle società bene spesso si contano a centinaia di milioni, non appare più sostenibile il criterio, buono forse per altri tempi, che i dirigenti [...] non abbiano modo di assicurare la continuità e la tranquillità della loro opera se non mediante il possesso effettivo della maggioranza delle azioni. Quali e quanti dannose ripercussioni sullo sviluppo degli affari questo principio avrebbe nell'attuale stadio della vita economica, è stato già efficacemente detto »: SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., cc. 758 e 761. Dal canto suo, EINAUDI, *Ancora*, cit., p. 15 e s., non negava che vi fossero assemblee « in cui si combattono fiere battaglie fra gruppi finanziari, i quali desiderano, pur non possedendo azioni e non essendo realmente interessati al buon funzionamento dell'impresa, di impadronirsi della sua direzione, per disporre dei milioni di capitali sociali o per raggiungere fini indipendenti da quello sociale, di trustificazione con altre imprese, fini forse contrastanti con l'interesse sociale », ma ritenne, almeno in una prima fase della sua riflessione, che ciò non fosse causato, tra altri fattori, dalle azioni al portatore.

(110) Secondo un convincimento non unanime, ma certo diffuso, autorevolmente sostenuto e accreditato, propugnato con risolutezza e preoccupati allarmi, talvolta però con lampanti mutamenti di opinioni che suonano sospetti (più che spontanei), a meno di non essere disposti a spiegarli, il che però mi pare forse semplicistico o comunque non del tutto soddisfacente, con l'acquisita consapevolezza di presunte mutate esigenze, nel corso del decennio 1916-1926, di interesse pubblico e generale. Ho in mente il già menzionato (v. sopra) cangiante atteggiamento di Vivante rispetto all'influenza dominante delle banche su società industriali; e penso pure, se ben leggo,

interventi, a livello politico, economico e legislativo (o, più latamente, giuridico) ⁽¹¹¹⁾, i quali avrebbero propiziato, negli auspici ovvero nei proclami dei fautori: stabilità di programmazione, di sviluppo e di 'direzione tecnica' delle attività industriali e bancarie al fine di garantire lunghi processi di produzione industriale e di favorire la concentrazione del credito e l'indipendenza bancaria dall'industria; in reciprocità, ridimensionamento e riduzione dell'ingerenza gestionale bancaria su e in società industriali; sottrazione delle società industriali all'azione e all'influenza, ritenute disgregatrice e deleterie, delle condotte di azionisti « ordinari, inoperosi, incompetenti e speculatori » ⁽¹¹²⁾, « o troppo docili o troppo ve-

ai sostanziali mutamenti della sua visione sul, e della sua concezione del potere di controllo dell'assemblea (quale organo *di tutti gli azionisti*) sugli amministratori e sulla loro 'libertà di azione e movimento': quanto meno sempre più chiaramente evolvendo, o involvendo, le sue posizioni, ricorrendo a classificazioni di stampo ideologico e politico, da una visione 'socialista', 'liberal-socialista', 'popolare' e 'quasi democratica' a una 'oligarchica' e 'aristocratica' dell'organo assembleare: v. anche sopra e dopo. Ci si può rendere conto di ciò, semplicemente leggendo, appaiati, VIVANTE, *La difesa*, cit., p. 637 e ss., ID., *I progetti*, cit., p. 429 e ss.; e, d'altronde, mi pare che, nel contempo, già in VIVANTE, *Sul risanamento*, cit., p. 60, ove è scritto degli 'azionisti effettivi', si colgano le avvisaglie per la futura netta divaricazione, della quale di certo non ha però il primato e l'esclusiva, tra azionisti ordinari, incompetenti, speculatori e azionisti cc.dd. stabili e realmente interessati alle sorti delle società; v. pure *retro*, nelle note, e più avanti.

⁽¹¹¹⁾ V. ancora ARCANGELI, ASCARELLI, *Il regime*, cit., p. 162: « le nuove esigenze economiche debbono necessariamente trovare nuove forme giuridiche ed è questo appunto il compito della pratica statutaria. Ma è certo che lo sviluppo incessante di nuove clausole statutarie e l'adattamento nella pratica delle varie norme di legge, ha via via intessuto attorno alle anonime, e il fenomeno non è solamente italiano, né europeo, una nuova disciplina della quale è necessario rendersi esatto conto se si vuole efficacemente procedere nella riforma legislativa ».

⁽¹¹²⁾ VIVANTE, *Le azioni*, cit., p. 551 (il quale però, almeno in seguito, non pare ripudiare *in toto* la speculazione sul mercato come tale: « se giova favorire l'industria con lo stimolo della speculazione, è pur necessario di alimentare il capitale che vi si impiega con la tutela degli azionisti »: ID., *Per la riforma delle società anonime. Istituzione*, cit., p. 499; ma soprattutto, a p. 497, il riferimento al « beneficio delle speculazioni borsistiche », nel quale si rintraccia una valutazione non corrispondente a quella che Vivante dava, in senso assoluto, delle speculazioni allorché invocava appunto le azioni a voto plurimo, tra l'altro, come rimedio contro la speculazione soprattutto quando questa avveniva al fine di preparare le cc.dd. scalate). Nel contempo, occorre aggiungere che il giurista veneziano non arrivò formalmente a revocare in dubbio la qualità di socio di questo azionista ordinario (cfr. ID., *Sul risanamento*, cit., p. 64): negazione che appartene-

nali »⁽¹¹³⁾, portatori di « raffiche subitanee che vengono dal di fuori »⁽¹¹⁴⁾; rafforzamento del potere di direzione imprenditoriale dei diversi (dai primi) azionisti cc.dd. stabili dediti e realmente interessati all'industria⁽¹¹⁵⁾, un « gruppo scelto »⁽¹¹⁶⁾ ai quali gli altri azionisti deleghino « la funzione di comando »⁽¹¹⁷⁾; aumento del potere gestionale degli amministratori e preservazione della stabilità della loro azione⁽¹¹⁸⁾; regolazione dell'« assemblea inorganica », « organo corrotto e corruttibile »⁽¹¹⁹⁾, flagellata da « insana-
bile debolezza »⁽¹²⁰⁾, « capace [questa regolazione] di farle eserci-

neva, invece, alle tesi, ad esempio, dell'economista JANNACONE, *Le azioni*, cit., p. 645 e s. (il quale però, nel contempo, insisteva sulla presenza di due 'tipi' di azionisti, ai quali « logicamente [...] dovrebbero corrispondere due diverse forme di azioni, le quali attribuissero una disuguale partecipazione agli utili dell'azienda e diritti disuguali nella sua gestione »). Sulla duplice categoria di azionisti (« attivi » e « passivi »), e sugli azionisti « incapaci e incompetenti », v. pure, sempre tra gli economisti, C. RONADÒ, *Le società anonime ed i finanziamenti bancari*, in « La Riforma Soc. », 1924, p. 300 e ss. ASCARELLI, *Sul voto*, cit., p. 144 (ma v. già in pagine precedenti), indica gli economisti come coloro che « nella compagine delle società anonime [...] distinguono due categorie di azionisti: gli azionisti imprenditori e gli azionisti meramente partecipanti ai benefici », e considera — come d'altronde Vivante — le azioni a voto plurimo come atte a « sanzionare questa distinzione »: cfr. dopo, ancora in nota; cfr. pure ID., *La funzione*, cit., p. 17 e ss.; P. GRECO, *Aspetti e tendenze odierne nel diritto commerciale*, in « Riv. dir. comm. », 1934, I, p. 351 ('discriminazione' della « massa amorfa e indifferenziata, e perciò irrealle, dell'assemblea in gruppi più omogenei »).

⁽¹¹³⁾ VIVANTE, *I progetti*, cit., p. 431.

⁽¹¹⁴⁾ VIVANTE, *Sul risanamento*, cit., p. 63, riferendosi alla Borsa, affermava: « Compia pure liberamente [...] la sua provvida funzione di collocare i titoli là dove si cercano, richiamando nuovi capitali in questo impiego, attenuando gli sbalzi repentini dei prezzi, ma non getti il nodo scorsoio alle industrie, avvelenando la loro vita colle continue minacce di una razza di avventurieri ».

⁽¹¹⁵⁾ ARCANGELI, ASCARELLI, *Il regime*, cit., p. 159, i quali definivano (p. 160) 'legittima' la « diffidenza verso una minoranza non interessata alla vita dell'impresa e spesso effettivamente nemica della società ».

⁽¹¹⁶⁾ VIVANTE, *Sul risanamento*, cit.

⁽¹¹⁷⁾ VIVANTE, *Le azioni*, cit., p. 551.

⁽¹¹⁸⁾ ARCANGELI, ASCARELLI, *Il regime*, cit., p. 159 e ss.

⁽¹¹⁹⁾ VIVANTE, *Sul risanamento*, cit., p. 61 e s.

⁽¹²⁰⁾ « [Q]uesta insanabile debolezza dell'organo supremo della Società, privo di tradizioni, senza senso di responsabilità, senza gruppi stabili di maggioranza e di minoranza, senza doveri di coerenza [...] organo collettivo dove ogni azionista vota secondo il proprio interesse » (VIVANTE, *I progetti*, cit., p. 431).

tare una funzione onesta ed efficace » (121), assemblea alla quale occorre donare, nel contempo e per converso, « una funzione di resistenza » (122); censura della « assoluta libertà di negoziare le azioni » (123); esclusione del dominio dell'interesse straniero su società italiane e, quindi, sottrazione di queste ultime alla soggezione a tale interesse (propiziata, tra l'altro, dall'obbligatorietà della maggioranza italiana nei consigli di amministrazione delle anonime), pur confermandosi la necessità o, quanto meno, l'auspicio della raccolta di capitale estero (124); nominatività dei titoli azionari (125); agevolazione dell'emissione di azioni privilegiate (126).

(121) Tale intervento regolatore costituiva, secondo Vivante (*ibidem*), « il più urgente compito del legislatore in questa materia ».

(122) VIVANTE, *Sul risanamento*, cit., p. 62.

(123) Emblematiche, di nuovo, le perentorie asserzioni di VIVANTE, *I progetti*, cit., p. 431: « L'assoluta libertà di negoziare le azioni, come una proprietà individuale, senza addentellati con l'industria, libertà senza scrupoli e senza riserve di forma, produsse di frequente l'accaparramento delle azioni nelle mani di coloro, concorrenti, speculatori e finanzieri, che volevano dar la scalata all'industria »; e, un decennio prima, ID., *La difesa*, cit., p. 642: « Nel regolare le società anonime, per favorire gli interessi di chi specula nelle borse sulla circolazione delle azioni, si è fatto un salto radicale; si saltò a tal punto che il trasferimento delle azioni non solo poté farsi liberamente, senza il consenso della società, ma poté farsi senza nemmeno dargliene notizia »; v. pure dopo.

(124) Ancora VIVANTE, *La difesa*, cit., p. 638: « Gli stranieri che la [l'industria italiana] tengono sotto la loro influenza possono farci mancare qualche ramo d'industria o qualche macchina o qualche prodotto speciale e tenerci in uno stato di cronica dipendenza, che può divenire disastroso in tempo di guerra, e in tempi normali può metterci, con minacce di ricatti e di inasprimenti fiscali, in uno stato di soggezione che può ripercuotersi sulla indipendenza politica ».

(125) V. *retro*, in nota.

(126) Per tutti: VIVANTE, *Per la riforma delle società anonime. Istituzione*, cit., p. 497 (« quando le azioni ordinarie non trovano collocamento, la società che abbisogna di capitale può trovarne ancora colla emissione di azioni privilegiate, che possono dare un diritto di preferenza sul dividendo e sul capitale »). Delle azioni economicamente privilegiate fu sostenitore lo stesso L. EINAUDI, *A favore delle azioni privilegiate (ma non di quelle a voto plurimo)*, in « La Riforma Soc. », 1934, p. 619 e ss., identificandovi uno strumento di 'risanamento' dei bilanci (ma affermando che, per conseguire tale obiettivo, sarebbe stato necessario che « le banche si astengano e possano astenersi dal far deliberare dividendi si di esse fino al giorno in cui non solo gli utili esistano ma possano essere con sicurezza distribuiti » e che « per essere attraente, occorre che il privilegio non sia una turlupinatura »: pp. 625 e 628); e avvertendo che (p. 629) « Come di tutti gli istituti giuridici [ma non, all'evidenza, secondo le nette convinzioni di Einaudi, per le

Il convincimento sulla necessità oppure opportunità dei ovvero di rimedi appena menzionati non era certo da tutti condiviso ⁽¹²⁷⁾, e ancora prima, non lo era la diagnosi ⁽¹²⁸⁾ « dei malanni i quali affliggerebbero il regime delle società italiane per azioni » ⁽¹²⁹⁾; così divenendo, entrambi gli aspetti della riflessione,

azioni a voto plurimo: v. dopo], si può dire dell'azione privilegiata che essa non funziona con successo di per sé. Occorre, come sempre, prudenza nell'uso, occhio attento in primissimo luogo all'interesse dell'impresa e alla sicurezza del risparmiatore. L'azionista ordinario deve riflettere che il suo vantaggio coincide col massimo di sicurezza per l'azionista privilegiato». Proprio per le azioni privilegiate, tuttavia, retrodatandone correttamente la genesi, si ebbe a ricordare che « appena costituitesi le moderne società anonime, gli uomini di affari si diedero ad escogitare sistemi per acquistare in esse una situazione privilegiata e si pensò di emettere delle azioni che conferissero ai loro possessori diritti speciali. Tali azioni vengono designate coi nomi di *azioni di preferenza* o di *priorità* o *privilegiate* e garantiscono generalmente ai sottoscrittori un minimo di benefici annuali da prelevarsi in utili dell'esercizio, oppure un diritto di prelazione sul capitale sociale dopo la liquidazione od entrambi questi diritti »: FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., p. 132.

⁽¹²⁷⁾ Alcuni furono bollati come « empiastri e cataplasmi legislativi » da EINAUDI, *Ancora*, cit., p. 20.

⁽¹²⁸⁾ Prima di tutte, quelle formulate, nel 1916 (alcune delle quali rimasero intatte anche negli anni successivi), da Vivante.

⁽¹²⁹⁾ Che quelle diagnosi fossero « esageratissim[e] » appariva « verità manifestata », almeno tra il 1916 e il 1920, a EINAUDI, *La logica*, cit., p. 632 (e pur restando alcune di quelle esagerate, nel suo pensiero, anche nel decennio a venire): « A chi vuol far credere sul serio il Vivante che l'azione delle società italiane sia caratterizzata: — da una tendenza al monopolio e alla dominazione del mercato italiano; — dalla possibilità che esse cadano, ed insieme con esse tutta l'economia nazionale, sotto la soggezione straniera, incombente su di noi con minacce di ricatti e di inasprimenti fiscali; — dalla dipendenza verso le banche, le quali formerebbero ad arte assemblee di azionisti, nominerebbero amministratori, avvincerebbero le società ai loro interessi stranieri ed essenzialmente cosmopoliti? Questa è una descrizione di maniera — affondava la critica sprezzante Einaudi —, tollerabile a mala pena nelle colonne di un giornale sensazionale giallo, scritto da giovinotti dai begli entusiasmi nazionalisti, che non sanno che cosa siano né banca né borsa, e che non hanno alcuna dimestichezza con le cose delle quali discorrono. Sarebbe un discorso comprensibile, sebbene pernicioso, nella bocca di un burocrate ministeriale [...] Ma è un linguaggio inverosimile nella bocca di uno scienziato [...] Tutto ci si potrebbe attendere da un commercialista, fuorché una visione delle forme più moderne e ricche dell'economia industriale simile a quella la quale potrebbe avere, insieme ai giovinotti ed ai burocrati di cui sopra, un latifondista assenteista del Mezzogiorno, un *junker* prussiano od un piccolo proprietario rurale del Piemonte. Le società italiane per azioni sono parecchie migliaia; ed il prof. Vivante pretenderebbe che

terreno di acceso confronto. Per apprezzare la dimensione del dissenso — il quale, voglio ribadire, trascendeva le singole questioni giuridiche ed economiche, per irradiare dissonanti impostazioni metodologiche e visioni culturali, nonché dissidi che si radicavano in tendenze e convinzioni ideologiche —, è bastevole menzionare, di nuovo, per la sua complessiva valenza sistematica e idoneità riassuntiva a catalizzare la trattazione di diverse questioni, il dissidio (particolarmente serrato tra il 1914 e il 1920) sulla *nominatività obbligatoria dei titoli azionari*: più precisamente, e in ultima analisi, sul rapporto causa-effetto tra alcuni dei denunciati « malanni » e le azioni al portatore e, più in generale, sulla presunta suscettibilità di questo e di altri rimedi proposti a rimediare a tali malanni ⁽¹³⁰⁾.

ad esse si confacesse una descrizione la quale tutt'al più potrebbe essere buona, entro limiti assai ristretti, per qualche decina di società famigerate » (a queste accuse Vivante risponderà con toni pacati: VIVANTE, *Sul risanamento*, cit., p. 62 e ss.); v. anche *infra*.

⁽¹³⁰⁾ Vale la pena svolgere qualche considerazione aggiuntiva a quelle condensate nella nota 2: avvertendo che non tanto rileva che Einaudi cambiò poi opinione sulla nominatività obbligatoria dei titoli, quanto che alcuni degli argomenti contrari specificamente adottati vennero da lui confermati e spesi nell'analisi di altre questioni. Come ho già accennato, sebbene le tesi vivantiane trovassero critici tra altri economisti di vaglia (*in primis*, P. Jannacone, A. Cabiati, U. Gobbi), e a esse fosse obiettato da giuscommercianti (inizialmente, A. Scialoja; anche A. Rocco, U. Navarrini, A. Ascoli), è, senza dubbio, L. Einaudi, in ripetuti scritti (soprattutto, del 1914, 1916 e 1917), ad assumere, all'inizio, una posizione di netta contrapposizione al giurista veneziano. L'articolazione e la complessità delle argomentazioni sfruttate da Vivante a sostegno della sua 'campagna' contro i titoli al portatore — argomentazioni che, *per un verso*, coinvolgevano alcuni capisaldi del diritto delle società, *per altro verso*, si rivolgevano all'assetto dell'economia industriale e delle politiche fiscali e doganali nel pieno della e successivamente alla Prima Guerra Mondiale — agevolarono un confronto (quasi) a tutto campo, il quale toccò questioni nevralgiche del diritto societario che si ritenne fossero implicate (e così, in effetti, davvero risultava, anche se non tutte quelle supposte e non con la medesima compenetrazione) da quella della nominatività dei titoli. Ad esempio: (i) quanto alla 'invasione/invadenza straniera' (*in special modo, tedesca*) nell'economia italiana, EINAUDI, *La logica*, cit., p. 630 e ss., osservava che « non vedo un gran danno nella proposta di rendere obbligatoria una maggioranza italiana nel consiglio di amministrazione delle società, ma non vedo nemmeno quale apprezzabile beneficio ce ne possiamo ripromettere [...] Le società anonime, la cui maggioranza del capitale e dell'influenza apparterrà a stranieri, troveranno sempre il modo di darsi un consiglio di amministrazione dominato dall'influenza straniera, anche se la maggioranza e persino tutti gli amministratori saranno italiani [...] E viene fuori il prof. Vivante a proporre che le macchine tedesche e gli altri prodotti tedeschi tutelati da brevetto non possano essere più importati

Come ho già indicato, le azioni a voto potenziato riceverono impulso — tanto come *questione empirica* (nel senso della genesi e del vorticoso sviluppo di adozione nella prassi statutaria, soprattutto di società industriali a rilevante interesse nazionale, operanti nei settori siderurgici, idroelettrici, dei trasporti terrestri e ferroviari, della navigazione, della stampa, dell'estrazione mineraria ⁽¹³¹⁾), quanto come *questione ermeneutica* (vale a dire, di loro riconoscimento o meno già alla luce del diritto allora vigente) e *legislativa* (s'intende, di un'esplicita legittimazione normativa) — da alcuni superiori fenomeni e fattori; e furono collocate, a far data dal 1924, tra le questioni maggiormente sensibili e critiche del dibattito ver-

dall'estero sotto l'egida del brevetto; ma debbano, sotto pena di decadenza del brevetto, essere prodotte in Italia! [...] S'intende che, *dopo aver voluto la causa di quello che lui considera un malanno*, il professore Vivante si affanna ad erigere dighe e ad applicare empiastri contro la 'invasione' straniera; e si illude che il divieto della azioni al portatore e della maggioranza degli amministratori stranieri possa far spuntare come un fungo dal suolo italiano i 'vistosi' capitali che l'utilizzazione in Italia dei brevetti stranieri richiederebbe; possa indurre finanziari, banchieri e capitalisti stranieri a rinunciare all'amministrazione dei capitali di loro proprietà, possa far scomparire l'usanza degli azionisti e degli amministratori teste di legno » (v. pure, p. 637 e ss.); cfr. altresì JANNAGONE, *Le azioni*, cit., p. 647 e ss.); NAVARRINI, *Per la cosiddetta*, cit., p. 649 e ss.; (ii) con riguardo alla c.d. *corruzione interna delle società provocata dalla forma al portatore*, EINAUDI, *La logica*, cit., p. 639 e ss., addossa a Vivante, tra le altre censure, la grave carenza metodologica di non addurre prove a sostegno della sua tesi e di avere omesso di studiare l'esperienza di altri paesi; (iii) in relazione al supposto (da Vivante) 'peccato originale' delle azioni al portatore, vale a dire la loro *libera credibilità* e il *diritto di non darne notizia agli altri soci*, e alla spiegazione che lo stesso giurista veneziano avanza (favorire gli interessi di speculatori di borsa), Einaudi, ivi, p. 641 e s., incredulo, sentenziava (v. già *supra*) che 'Vivante l'hobbyista' « ha tirato giù una motivazione che a mala pena non stonerebbe in un opuscolo di propaganda della sezione grossolana del partito socialista [...] Perché dunque il prof. Vivante parla di borse e di speculatori come se fossero saccheggiatori e malandrini intenti alle rovine del paese; ed affibbia ad essi la responsabilità di aver creato le azioni al portatore? »; e cfr. pure ROCCO, *Azioni*, cit., p. 9 (« Le società, specialmente le società industriali che raccolgono il loro capitale da un gran numero di azionisti, e che hanno le loro azioni largamente diffuse nel pubblico dei piccoli risparmiatori, sono in Italia rare [...] Sono sempre [...] gruppi limitati di persone, che hanno in mano il capitale delle società industriali; speculatori di grossi e subiti guadagni, più che risparmiatori in cerca di un collocamento pei loro capitali. Ora è naturale che in questi ambienti ristretti ed agitati le lotte si accendano. E mancando quella massa neutrale di azionisti [...] si comprende come ogni gruppo cerchi, in tutti i modi, di far valere i propri interessi »).

⁽¹³¹⁾ Alcuni di questi settori esplicitamente catalogati da VIVANTE, *Le azioni*, cit., p. 548, nt. 1.

tente sulle più o meno opportune, più o meno necessarie, più o meno ammissibili condotte applicative, proposte interpretative e iniziative legislative idonee a ordinare e disciplinare detti fenomeni e fattori.

Fin da ora osservo che sono persuaso che, tra tutti quei fenomeni e fattori, uno svolse un ruolo davvero fondamentale ed essenziale, a volte in modo sotterraneo e ufficioso, altre volte tramite canali ufficiali, sempre però in nome di una pretesa utilità generale e pubblica del voto plurimo, funzionale allo sviluppo economico nazionale e alla salvaguardia della sua stabilità: *l'attivismo delle grandi banche miste o speculative, tra le quali svettò l'opera di diffusione statutaria e di promozione di riforma legislativa intrapresa dalla Banca Commerciale Italiana*. E questa interpretazione — la quale, almeno sotto un profilo 'di sistema' (nel riferimento alle banche), trova un riscontro oggettivo nel rammentato passaggio della Relazione di accompagnamento al codice civile del 1942, in punto di illustrazione del divieto sancito dall'art. 2351, comma 4, v.t., c.c. ⁽¹³²⁾ — non risulta indebolita ovvero pregiudicata dall'estensione di adozione empirica del voto plurimo anche da parte di società prive di presenza bancaria, diretta ovvero indiretta, nel capitale.

3. *Il voto potenziato tra divergenti concezioni economiche e tendenze ideologiche.*

In modo ancora più chiaro, è mia convinzione che, tra i diversi riscontri, pure la ricostruzione storica del relativo dibattito, fondi di archivio, nonché le condotte di protagonisti di alcune eclatanti vicende giudiziali vertenti sulle azioni a voto plurimo, come anche iniziative associative in argomento — penso, ovviamente, al ruolo primario svolto dall'ABI: e non solo, appunto, in ragione della predisposizione di un apposito progetto (peraltro, contenente limiti e cautele di creazione di queste azioni ⁽¹³³⁾), bensì pure del contegno

⁽¹³²⁾ « Le emissioni di azioni a voto plurimo si riconnettono [...] ad una fase ormai superata della nostra struttura finanziaria. Sganciata provvidamente l'attività produttrice dalle interferenze bancarie ».

⁽¹³³⁾ Nel progetto di legge messo a punto dall'ABI a metà degli anni Venti del secolo scorso, tra l'altro: (i) si riconosceva la legittimità di creazione delle azioni a voto

assolutamente favorevole all'istituto desumibile dall'orientamento dei saggi pubblicati sulla *Rivista Bancaria* ⁽¹³⁴⁾ — dimostrino quanto puntuale, veritiera e lucida si rivelasse la categorica affermazione di Attilio Cabiati in esplicita contrapposizione con le proposte vivantiane (affermazione la quale ebbe il merito, non certo unico, di richiamare indirettamente l'attenzione ⁽¹³⁵⁾ sulla connessione, me-

plurimo in sede costitutiva; *(ii)* se ne ammetteva l'emissione da parte di società già costituite solo ove si trattasse di società di pubblica utilità, d'interesse nazionale ovvero che avessero, negli ultimi cinque anni, distribuito utili in misura superiore in media all'8%; *(iii)* si prescrivevano speciali maggioranze rafforzate per l'adozione delle deliberazioni di emissione, attribuendo il diritto di recesso ai soci dissenzienti; *(iv)* si determinava nel decuplo di quello delle azioni a voto unico il limite massimo della dotazione potenziata di voto; *(v)* s'imponeva la nominatività obbligatoria e si prescriveva il divieto di assegnare alle azioni a voto potenziato privilegi economici; *(vi)* si stabiliva l'attribuzione del voto unico per le deliberazioni di nomina dei sindaci e di azione di responsabilità contro gli amministratori; per commenti a tale progetto, v. (con obiezioni su alcune di queste proposte) ASCARELLI, *Sul voto*, cit., p. 148 e ss. (particolarmente dubbioso sulla limitazione di creazione solo ad alcune società e sulla disposizione — art. 4 del progetto — la quale prescriveva che tutte le azioni e tutti i soci dovessero potere concorrere nella sottoscrizione delle azioni a voto plurimo; nonché, già lo rammentavo, sulla parificazione della dotazione di voto di tutte le azioni, nell'ordine del voto unico, con riguardo alle deliberazioni aventi a oggetto l'elezione dei sindaci e l'azione di responsabilità contro gli amministratori); SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 783 (classificando « inammissibile » ogni limitazione del voto plurimo con riguardo all'oggetto della deliberazione); cfr. pure JANNONI SEBASTIANINI, *Azioni a voto multiplo*, cit., p. 631 e ss. Un cenno anche in CALABRESI, *L'Associazione*, cit., p. 165.

⁽¹³⁴⁾ Non giudico affatto un caso — bensì segnale e sintomo del favore per le azioni a voto plurimo da parte della linea editoriale della rivista dell'ABI — che, sull'argomento, la *Rivista Bancaria*, oltre che pubblicare il citato progetto dell'Associazione, ospitò tre saggi (due nel 1925, uno nel 1926), a firma di Cesare Vivante, tutti favorevoli all'istituto. In quegli anni, la direzione della rivista fu affidata a Giuseppe Bianchini, direttore generale dell'ABI, fermo sostenitore anch'esso delle azioni a voto plurimo. Per rendersene conto, basta, per il momento, rilevare un primo dato. VIVANTE, *Le azioni*, cit., p. 549, cita un passaggio della relazione svolta da Giuseppe Bianchini nel Consiglio Superiore dell'Economia Nazionale, nel quale l'esponente dell'ABI motiva il suo netto favore per la legittimazione legislativa delle azioni a voto potenziato: « Abbiamo da una parte un gruppo intelligente, altamente organizzato, responsabile, dall'altra un gruppo senza pensiero ed attività proprie privo della più elementare organizzazione responsabile, soggetto a tutte le improvvisazioni e impulsività delle masse ». Per un secondo dato, v. oltre, nel testo.

⁽¹³⁵⁾ Senza alcun compromesso, in coerenza con il suo costume morale, intellettuale, scientifico, politico e di vita. Attilio Cabiati « fu un economista liberale che

glio sulla contiguità delle proposte riformatrici di Vivante in materia, tra gli altri, con interessi di grandi banche miste, anzitutto, a mio avviso, sebbene Cabiati non la menzioni mai, appunto la Comit⁽¹³⁶⁾):

In fondo, la riforma delle azioni a voto plurimo oggi è voluta soprattutto dalle banche⁽¹³⁷⁾, le quali hanno stretto troppo ingenti rapporti con

godette di un'ampia ed elevata reputazione negli anni venti e trenta del secolo scorso in Italia e all'estero [ai suoi studi furono tributari J.M. Keynes, D.H. Roberson, F. Lutz, D. Patinkin: PINO PONGOLINI, *Note*, cit., p. 5], ma la cui fama svanì nel contesto antiliberista della cultura economica italiana post-1945. Nelle sue *Reminiscenze*, Luigi Einaudi lo ricorda come uno dei maggiori economisti della prima metà del Novecento italiano, accanto a Enrico Barone, Antonio De Viti De Marco e Pasquale Jannacone»: R. MARCHIONATTI, *Attilio Cabiati. Profilo di un economista liberale*, Torino, Nino Arango, 2011, VII. Cabiati, in effetti, si distinse come un importante esponente in Italia del liberalismo economico d'ispirazione classica e un degno erede della grande scuola di Pantaleoni e Pareto, animatore, insieme a Einaudi, Jannacone e Giuseppe Prato della Scuola torinese di economia tra l'inizio del Novecento e gli anni del fascismo. Di simpatie socialiste e antifasciste (in realtà, l'antifascismo di Cabiati fu ben più che una 'simpatia': v. *infra*), come ancora ricorda Luigi Einaudi, «'in tempi tristi' seppe fare aperta professione della verità, professione che gli valse la cacciata dalla cattedra [nel maggio 1939, per la sua vigorosa ed esplicita presa di posizione contro le leggi razziali], con onore suo e disdoro dei persecutori»: MARCHIONATTI, *Attilio Cabiati*, cit., VII e ss. e p. 48. La frequentazione di Cabiati con illustri giuristi dell'epoca trova, nel rapporto con Angelo Sraffa, la più emblematica rappresentazione. Fu proprio quest'ultimo, il cui figlio Piero venne avviato alla carriera accademica proprio da Cabiati e Einaudi, a parlargli, nel 1918, della riorganizzazione dell'Università Bocconi, progettata con Piero Bonfante e lo stesso Einaudi; e a offrirgli l'incarico dell'insegnamento di Politica commerciale e legislazione doganale (la collaborazione con la Bocconi durò fino al 1926, quando, per ragioni politiche, Cabiati, Einaudi e altri lasciarono l'ateneo milanese): ivi, p. 25 e ss.

⁽¹³⁶⁾ V. dopo [sebbene risulterebbe — cfr. la bella voce di M. LIBERTINI, voce *Vivante, Cesare*, in *Dizionario bibliografico dei giuristi italiani (XII-XX Secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta, II, Bologna, il Mulino, 2013, p. 2059 — che Vivante non sia mai stato 'consulente di fiducia' di grandi gruppi imprenditoriali]. Considerata proprio la sua conclamata e riconosciuta autonomia e indipendenza di pensiero, non credo che la mancanza di espliciti riferimenti di Cabiati alla Banca Commerciale Italiana dipendesse dal rapporto, per altri di natura esclusivamente scientifica-editoriale, che l'economista romano instaurò con la banca milanese: MARCHIONATTI, *Attilio Cabiati*, cit., p. 27 e ss.; più ampiamente e prima, PINO PONGOLINI, *Note*, cit.

⁽¹³⁷⁾ Nell'art. 2 del progetto pubblicato in calce a VIVANTE, *Proposte*, cit., p. 49 e ss., le banche vengono indicate per prime tra le società espressamente autorizzate ad emettere azioni a voto potenziato: «Le società anonime ed in accomandita per azioni,

industrie belliche ⁽¹³⁸⁾, ne hanno in mano la maggioranza delle azioni per controllarle e tutelare i propri interessi e vorrebbero raggiungere lo stesso scopo con un minore immobilizzo. Ma questa ragione contingente mi fa essere più contrario ancora alla riforma: perché questo prepotere della banca pare già sin d'oggi troppo pericoloso, per l'opposizione di interessi che spesso si viene così a manifestare fra un organismo produttivo ed uno eminentemente speculativo. Ora, a questo pericolo il progetto Vivante non dà nessuna risposta. E d'altra parte il danno sempre potenziale e gravissimo di immobilizzare il progresso delle aziende infeudandole ad un piccolo gruppo che con poca spesa le domini, mi sembra tale che supera di gran lunga i pretesi vantaggi del sistema del privilegio ⁽¹³⁹⁾.

Sotto il profilo economico-finanziario-istituzionale, emerge qui il conflitto, non facilmente componibile e sanabile giacché nutrito da divergenti impostazioni culturali, ideologiche e politiche di vertice, tra la visione di chi, *da una parte*, considerando la « difficilmente eliminabile » comunanza di interessi tra Stato, banche e industria creata dalla gestione dell'economia bellica (ma non solo), e il ruolo propulsore e decisivo svolto dalle banche miste (almeno fino alla loro crisi ovvero alla crisi di un 'consolidato modello' della loro azione proprio allo scemare degli anni Trenta del secolo trascorso ⁽¹⁴⁰⁾) nello sviluppo industriale italiano ⁽¹⁴¹⁾, nella sua stabi-

che hanno per oggetto le operazioni di banca, le assicurazioni, il trasporto di persone e cose per terra, acqua ed aria con mezzi meccanici, la produzione di gas, acqua, forza idraulica e energia elettrica, l'esercizio di miniere, cave e torbiere; quelle che sieno dal Ministero dell'Economia Nazionale, ai fini della presente legge, qualificate di utilità pubblica o di interesse nazionale; e quelle che negli ultimi cinque anni abbiano distribuito o messo a riserva — non considerata quella di cui all'art. 182 cod. comm. — utili in media superiori all'8%, potranno, anche in deroga all'atto costitutivo o statuto, deliberare che ad una parte delle azioni sia conferito il diritto ad un numero multiplo di voti nelle assemblee, o che siano emesse nuove azioni fornite di tale privilegio ».

⁽¹³⁸⁾ Prevalentemente, ma non solo.

⁽¹³⁹⁾ CABIATI, *Il progetto*, cit., p. 12.

⁽¹⁴⁰⁾ Assai di recente, uno dei più acuti e fini storici italiani delle banche, in occasione della celebrazione del ventesimo anniversario della scomparsa di Antonio Confalonieri, ha rilevato come, *per un verso e in generale*, non risulti provata l'affermazione (per tutti, A. GERSCHENKRON, *Economic backwardness in historical perspective. A book of essays*, Cambridge, Massachusetts, Belknap Press of Harvard University Press, 1962) secondo la quale il 'tipo' banca mista produrrebbe di per sé crescita economica (e per considerazioni critiche sull'insegnamento secondo il quale le banche 'universali' imprimano sempre stimoli alla crescita, cfr., tra altri, G. PILUSO, *From the universal bank to the universal bank: a reappraisal*, in « Jour. of Modern Ital. Stud. », 15 (2010), 1, p. 84

lizzazione e salvaguardia ‘nazionale’, giudicava da accogliere e diffondere i più efficaci ‘strumenti giuridici’ a tal fine utilizzabili (quali, appunto, si credette da diversi, le azioni a voto plurimo); e chi, *dall'altra*, pur magari non negando quel ruolo ⁽¹⁴²⁾, ma di sicuro reclamandone una regolazione, una moderazione e un contenimento non invasivo e, appunto, ‘infeudativo’ delle industrie, non taceva di stigmatizzare i pericoli ‘sistemici’ e sistematici di alcuni di quegli strumenti (tra i quali, il voto potenziato) piuttosto che ad accentuare l'enfasi sui loro supposti benefici.

Inserendo e contestualizzando le tesi vivantiane sul voto plurimo nel suo più generale « atteggiamento mentale », Cabiati osservava che

L'illustre Professore dell'Ateneo di Roma conserva da un quarto di secolo, di fronte alle società commerciali, quell'identico atteggiamento mentale che, in materia di diritto pubblico e di rapporti fra Stato ed organismi privati, ispira l'attuale legislazione fascista. Egli sente, cioè, alto il culto del principio di autorità contro quello elettivo, la superiorità degli organismi su gli individui che lo compongono e nutre per il potere esecutivo una ammirazione pari alla diffidenza che prova contro quello legislativo. Il che porta scientificamente il Maestro a deprimere i poteri delle assemblee deliberanti, di fronte alle facoltà concesse ai corpi che eseguono ⁽¹⁴³⁾.

All'evidenza, l'*incipit* Cabiati verte, direttamente e anzitutto, sull'*incipit* ‘politico-ideologico-pubblicistico’ del saggio di Vivante ⁽¹⁴⁴⁾:

e ss.); *per altro verso e in particolare*, fino al 1907, perno della banca mista fosse « l'integrazione di banca e mercato azionario (riporti), senza la quale la banca mista tende all'immobilizzo degli attivi in condizioni di razionamento della liquidità »; *per altro verso ancora, e sempre in particolare*, in Italia, il c.d. ritorno all'oro, preannunciato all'inizio del 1925, abbia coinciso con la crisi delle due grandi banche miste nazionali (Comit e Credit), spiazzate dall'affermazione del ‘modello Stringher-Beneduce’ (credito speciale e mercato obbligazionario): cfr. G. PILUSO, *Gli studi di storia della banca*, relazione orale al Convegno Antonio Confalonieri. Studioso, banchiere, gentiluomo. Nel ventesimo anniversario della scomparsa, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 17 marzo 2015 (citazioni dalle slides, lette per cortese concessione dell'Autore).

⁽¹⁴¹⁾ Un'efficace sintesi, qui citata proprio perché svolta in relazione alla ricostruzione di posizioni cabiatiane, in PINO PONGOLINI, *Note*, cit., p. 21 e s.

⁽¹⁴²⁾ Ivi, p. 22.

⁽¹⁴³⁾ CABIATI, *Il progetto*, cit., p. 9 e s.

⁽¹⁴⁴⁾ VIVANTE, *I progetti*, cit., p. 429 e s.

Non si fa una scoperta rilevando che l'ordinamento politico ha generalmente influito sull'ordinamento delle anonime [...]. Nel nostro ordinamento parlamentare l'assemblea era considerata sovrana e col suo voto s'imponeva al potere esecutivo dei Ministri, cui era tolta ogni possibilità di svolgere un programma a lunga scadenza. Ogni loro durevole iniziativa rimaneva paralizzata dall'imprevisto delle combinazioni parlamentari, onde si impose la urgente necessità di consolidare il potere dei Ministri affinché possano trarre dalle loro convinzioni una vigorosa attività regolatrice ⁽¹⁴⁵⁾.

L'economista, dunque, coglie, non a torto, nelle *modalità di perorazione* vivantiana delle azioni a voto plurimo — soprattutto per i sostenitori, nate, tra l'altro ⁽¹⁴⁶⁾, per combattere le scalate, « dal bisogno di assicurare all'industria uno stabile e programmatico sviluppo » ⁽¹⁴⁷⁾, e così « salvarla dai colpi di mano » ⁽¹⁴⁸⁾ —, meglio ancora, nel *ruolo* assegnato da Vivante al voto plurimo nell'ambito della profonda revisione riformatrice dei *rapporti interorganici nelle anonime* e della nascente riorganizzazione legislativa e operativa

⁽¹⁴⁵⁾ E v. altresì, in seguito, VIVANTE, *Contributo*, cit., p. 320, il quale, illustrando, negli 'studi' offerti (da lui, Frè, De Gregorio e Biamonti) al Ministro Guardasigilli De Francisci, la parte relativa alla amministrazione delle anonime, scrive: « Questa riforma si accorda colla riforma analoga degli attuali ordinamenti dello Stato e degli istituti parastatali dove sale al primo piano la posizione del potere esecutivo. Provvida riforma, che si sostituisce al regime parlamentare vigente nel codice anche per le società anonime, dove si subì l'influenza dell'ordinamento liberale che poneva in primo piano il potere regolatore delle assemblee, illuminato da uno schema di bilancio, per lo più indecifrabile ».

⁽¹⁴⁶⁾ Sull'altro (principale) obiettivo, propagandato da Vivante, della conservazione del controllo nazionale sulle società finanziate da capitale straniero, v. dopo.

⁽¹⁴⁷⁾ VIVANTE, *I progetti*, cit., p. 435.

⁽¹⁴⁸⁾ VIVANTE, *Contributo*, cit., p. 317; e, attingendo a qualificazioni di altri, difenderla dagli « attacchi della speculazione e della concorrenza » [SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 760; FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., p. 136 (voto plurimo quale « strumento perfetto per quelle [...] lotte e combinazioni [...] e trovò nella speculazione il terreno più fertile per la sua fioritura »), strumento — le azioni a voto plurimo — con il quale « la società anonima si rafforza e acquista una [maggiore] potenza [...] dalla quale deriva un generale vantaggio dell'economia nazionale » (SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 761, il quale non si risparmiava e aggiungeva che da tali azioni sarebbe derivato, altresì, « un diretto beneficio dei singoli soci, i quali vengono così ripagati ad usura del sacrificio dei propri diritti individuali compressi dal predominio della oligarchia dirigente »), « il mezzo migliore per riuscire ad affrancare [...] il consiglio di amministrazione dalla volontà assembleare e [...] per battere in breccia la potenza del capitale » (FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit.).]

dell'economia nazionale, la manifestazione di un « atteggiamento mentale » consono e allineato all'ideologia legislativa fascista di quell'epoca ⁽¹⁴⁹⁾ (e il medesimo linguaggio e stile vivantiano appare intriso, non occasionalmente, dell'enfasi linguistica fascista e, anzi, anni dopo, *apertamente celebrativo del duce e dell'ordinamento corporativo fascista, nel quale Vivante, all'apice della sua fama e indiscussa autorevolezza, nutriva massima fiducia 'riformatrice'* ⁽¹⁵⁰⁾),

⁽¹⁴⁹⁾ Meglio precisarlo subito, a scanso di equivoci, anche se dovrebbe essere ovvio: sebbene le azioni a voto plurimo possano prestarsi a una qualifica di 'istituto di o delle autorità' (v. sopra), soprattutto nel contesto storico in esame, quanto sto esponendo non vuole affatto stabilire un'equazione 'voto plurimo = istituto fascista'; semmai rimarcare — ed era, in ultima analisi, la convinzione di Cabati — che tale istituto ben s'inseriva, per come concepito e interrelato con altri istituti, nella complessiva concezione organizzativa (giuridico-economica) dell'anonima di stampo fascista (e questo al di là e a prescindere dal vivace e ben noto dibattito sul 'tasso fascista' della legislazione speciale e generale del ventennio). D'altro canto, proverebbe troppo (o, addirittura, peccherebbe di banalità) obiettare che, se così fosse stato, il codice civile del 1942 avrebbe accolto, invece che vietato, il voto potenziato, e non gli avrebbe preferito le azioni a voto limitato. E infatti, la spiegazione che il legislatore del 1942 diede del divieto del voto plurimo non fu 'politico-ideologica', ma strettamente pragmatica, di natura economico-finanziaria e, si potrebbe dire, congiunturale; e v. anche ASQUINI, *Le azioni privilegiate a voto limitato*, cit., p. 929 e ss.

⁽¹⁵⁰⁾ Ad esempio: « E spesso avvenne ancora che riunendo molte società in una società centrale (holding) nell'interesse della produzione e anche della speculazione, questa sopprimeva l'autonomia delle società affiliate, costringendole a subire di fatto una comune amministrazione e i risultato di un unico bilancio, per precipitare poi con la sfrenata moltiplicazione delle azioni da un'illusoria prosperità ad un fallimento irreparabile. Se la vibrante reazione del Duce ha cercato di colpire questi abusi come fece con la legge penale del 30 ottobre 1930, poco si ottenne perché le sanzioni penali cadono nel vuoto quando mancano le regole specifiche di amministrazione di cui dovrebbero tutelare l'osservanza »: VIVANTE, *Per la riforma delle società anonime. Istituzione*, cit., p. 499; sulla celebrazione dell'ordinamento corporativo, tra altro, ivi, p. 497 e ss., dove si suggerisce anche che alla « triste sorte riservata agli azionisti » delle società 'affiliate' debba « rimediare l'ordinamento corporativo nell'interesse dell'economia nazionale », dal momento che « Solo nel regime corporativo, che concilia gli interessi opposti, a beneficio dell'economia nazionale, si troverebbero soluzioni capaci di conciliare gli interessi spesso opposti degli amministratori e degli azionisti »; ma soprattutto, prima, e più in generale, ID., *La penetrazione dell'ordinamento corporativo nel diritto privato*, in « Il Dir. del lav. », 1931, I, p. 439 e ss., nel quale, dopo un esordio inequivocabilmente non proprio 'distaccato' (« La letteratura giuridica si è occupata in gran copia del contratto collettivo di lavoro e soprattutto dei suoi organi costituzionali, non già dell'ordinamento corporativo che rappresenta in nuovo assetto economico della Na-

ispirato, permeato e mosso da una visione autoritaria dei ‘rapporti fra Stato ed organismi privati’ ⁽¹⁵¹⁾; « atteggiamento mentale » del

zione. Eppure questo nuovo ordinamento economico dato ai fattori della produzione è essenziale nel regime fascista. Questa è la sua forma più incisiva ed organica; senza la sua attuazione il regime potrebbe lasciare nella storia una impronta caduca. Ben disse il Ministro Bottai: ‘il nuovo ordine istituzionale delle Corporazioni forma l’essenza stessa dello Stato’ », prosegue (ivi, p. 440 e s.), con parole e pensieri altrettanto non equivoci ed equivocabili: il Consiglio Nazionale delle Corporazioni « potrebbe con intendimenti corporativi studiare la riforma [...] sulla organizzazione delle società anonime e dei fallimenti, considerando che ogni categoria è interessata dalla solidarietà degli interessi collettivi a salvare o espellere gli elementi che ne diminuiscono il credito. Un ufficio di tecnici e di giuristi, costituito con la mutua comprensione dei Ministeri della Giustizia e delle Corporazioni, farebbe così un’opera preparatoria, ispirata al nuovo ordinamento corporativo per cui l’interesse economico degli individui deve essere subordinato all’interesse generale della Nazione [...] Questa elaborazione sperimentale emersa dal sano e ordinato realismo dell’ordinamento corporativo affida di più, in materia commerciale, che una adunanza di professori nella cui dottrina, fatta generalmente sui libri, non passano queste vie e nuove influenze. Se l’ordinamento corporativo, sospinto dalla logica della sua missione rinnovatrice, non pigliasse parte alla riforma e all’aggiornamento del diritto vigente che ci starebbe a fare, se è appunto nelle leggi che si deve consacrare quel nuovo indirizzo intergale e realistico dell’economia nazionale? »; cfr. anche Id., *Congedo*, in « Riv. dir. comm. », 1938, I, p. 1 (« il nostro diritto commerciale, sotto la provvida influenza dell’ordinamento corporativo, present[a] ormai la conquista di regole nuove desunte dalla attuale feconda realtà »). V. la nota successiva.

⁽¹⁵¹⁾ *Vivante era, dunque, un giurista ‘di’ regime, anche se forse non propriamente ‘del’ regime; un giurista ‘fascista’, anche se forse non esattamente ‘del fascismo’.* Sebbene ci sia stato in prevalenza tramandato e consegnato un Vivante (dalle ‘propensioni socialiste’) il quale prestò « formale e distaccata adesione » al fascismo [le parole virgolettate sono di LIBERTINI, *Vivante*, cit., p. 2061; e v. — mi sembra — pure l’accenno di P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in « Quaderni fiorentini », 28 (1999), I, p. 256 (« la linea che va da Coviello a Vivante, dissepolta da Mossa, come ‘linea di non partecipazione’ o esclusione »)], colpito dalle leggi razziali del 1938 ed espulso dall’Accademia dei Lincei [e qui appena menziono il fenomeno degli ebrei, uomini di cultura e del mondo imprenditoriale e bancario, fascisti ovvero ‘fascistissimi’, ‘ebrei assimilati’, per usare due aggettivazioni riferite al banchiere Ettore Ovazza da V. PINTO, *In nome della Patria. Ebrei e cultura di destra nel Novecento*, Firenze, Le Lettere, 2015, p. 48 e ss., i quali pure accettarono la legislazione antiebraica (ancora Ovazza ne è un esempio attestato: ivi, p. 49), divulgando anche la propaganda del regime (si pensi all’organo *La Nostra Bandiera*, nato nel 1934: *ibidem*): nonostante tutto ciò e altro, ho l’impressione che la storiografia, arrestatasi ad affermare che « nei suoi interventi *de iure condendo*, frequenti anche durante il periodo fascista, [Vivante] continuò a dare testimonianza di onestà intellettuale, nel denunciare pratiche aziendali e societarie scorrette e nel proporre riforme

tutto consono al fascismo come ultimo e massimo « garante del profitto privato », nonché, tra l'altro, del radicamento e della radi-

collettive » (LIBERTINI, *Vivante*, cit., p. 206), si sia astenuta dal rimarcare, nello specifico, ovvero vi abbia proceduto con toni lievi, *l'intima coerenza, la contiguità e la stretta funzionalità di alcune tesi vivantiane elaborate e formalizzate tra il 1925 e (almeno) il 1935* (ma forse pure fino al congedo, nel 1937, dalla direzione della *Rivista del diritto commerciale*) con *l'ideologia giuridica, economica e politica fascista*. La questione non si presta a essere esaurita nello spazio di qualche pagina (ed esorbita da questo contesto espositivo); e, più in generale, tutt'altro che definitivamente sviscerata e definita resta, a tutt'oggi, la serena ricostruzione (*id est*, al riparo sia da posizioni forzatamente revisionistiche, sia da quelle affette da « idiosincrasia ideologica », dalla « idea gnoscocomanichea [di certa] cultura di sinistra »: PINTO, *In nome*, cit., p. 5) dei rapporti *scientifici ed ideologici* tra il regime fascista (non tra la cultura 'di destra') e quei giuscommercialisti dell'epoca non definitivamente ascritti e fuor di dubbio ascrivibili (inizialmente, successivamente ovvero sempre) *nettamente a favore* ovvero *nettamente contro* il medesimo regime; come pure, più in generale, ancora non completamente sopita, nonostante brillanti analisi (A. TARQUINI, *Storia della cultura fascista*, Bologna, il Mulino, 2011; e ora, in una prospettiva molto stimolante, PINTO, *In nome*, cit., *passim*), risulta la ('vecchia') questione dell'esistenza di una c.d. cultura fascista. Mi limito a brevissimi cenni. Sono fermamente convinto che Vivante s'isciva appieno tra quei giuristi, e più complessivamente tra quegli intellettuali, che con la propria opera, seppure di elevato contenuto 'scientifico' (anzitutto, perché opera sistematica), *offrirono una sponda e una legittimazione 'tecnica' (id est, legislativa) all'ideologia fascista e di essa furono, in più di un'occasione, aperti sostenitori* (v. nota precedente); e che non basti, per sminuire ciò, affermare che vi fu una coincidenza 'non responsabile' di (alcune) vedute e che non si sarebbe potuto pretendere da un giurista il ripudio di o il silenzio su proprie costruzioni perché in 'spontanea sintonia' con visioni di quella ideologia (sul generale atteggiamento degli italiani, cfr., tra altri, G. PASQUINO, *The Cult of the Duce. Mussolini and the Italians*, in « Jour. of Modern Ital. Stud. », 19 (2014), 2, p. 193 e ss.); e neppure ci si possa accontentare di osservare che Vivante rientrasse in quella schiera di giuristi fascisti 'loro malgrado' (la felice espressione è di T. GIARO, *Paul Koschaker sotto il nazismo: un fiancheggiatore "malgré soi"*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, 4, Napoli, Jovene, 2011, p. 159 e ss., ripresa nella densissima ricerca comparatistica di A. SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino: economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2005, p. 77 e ss.). Si trattò pur sempre di giuristi e intellettuali che, in ogni caso, *colpevolmente* non presero le distanze dal fascismo, anche nelle sue prime evidenti manifestazioni autoritarie, ma anzi, col passare degli anni e l'inasprirsi del regime, non mancarono di dichiarare la propria adesione alla sua impostazione legislativa e, più complessivamente, istituzionale (senza poter dire, per alcuni di essi, che seppero distinguere riforme e interventi comunque benefici, anche sul piano economico, da quelli che non lo furono). Penso che per Vivante, come per altri, ove pur non si accettasse il giudizio assoluto qui espresso (e che, appunto, già trovò espressione nel riprodotto *incipit* di Attilio Cabiati, inciso opportunamente rammentato

calizzazione della « idea [...] che il capitalista potesse conservare il controllo dell'impresa grazie alla scarsa contentibilità della sua posizione » e della « collusione fra imprese restie a rischiare il capitale e banche disposte a conferirlo in loro vece » (152).

Cabiati, al pari di altri, aveva a cuore di stigmatizzare l'ineliminabile funzionalità del voto potenziato a generare, conservare e solidificare (dietro il velo della perorazione della provvidenziale, per l'economia nazionale, stabilità di conduzione delle società e della difesa della categoria degli azionisti stabili realmente interessati alle vicende imprenditoriali) vere e proprie *inamovibili ovvero difficilmente dissolvibili oligarchie di azionisti*. Quelle oligarchie che — si sosteneva da critici del voto plurimo —, per inciso, l'art. 164 cod. comm. 1882, stando alla Relazione Mancini (Parte I, n. LXXXVIII) (153), peraltro oggetto sul punto di contrapposte interpretazioni (in quanto invocata a sostegno sia dai fautori, sia dagli oppositori dell'ammissibilità delle azioni a voto potenziato ai sensi dell'allora diritto vigente (154)), mirava a scongiurare (155).

anche da G. CASTELLANO, *La 'Rivista del diritto commerciale' fra le due guerre*, in *Studi in memoria di Domenico Pettiti*, I, Milano, Giuffrè, 1973, p. 204), si dovrebbe meditare se possa tornare calzante, almeno in qualche passaggio, quanto rilevato, in relazione al 'peccato della maggioranza' dei giuristi dell'epoca, da P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, in questa « Rivista », I, 1999, p. 1 e s.: quello che « lo spirito inquieto e tormentato di Arturo Carlo Jemolo avrebbe qualificato come 'impassibilità', ossia scelta della appartatezza di un rifugio (il formalismo, il concettualismo) per non lasciarsi coinvolgere e macchiare dagli imbrattamenti quotidiani »; e v. pure, per una bipartizione di fondo degli atteggiamenti dei giuristi dell'epoca, R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 13 e ss., testo e nt. 19. Almeno a me, risulta però arduo, leggendo alcune pagine di Vivante (soprattutto) tra il 1925 e il 1935, pensare, in ogni caso, a un *Vivante rifugiato nel formalismo e nel concettualismo, che oppone una « resistenza passiva », tiepido o addirittura apertamente ostile al fascismo*.

(152) Così, con efficace sintesi, seguendo la traiettoria che condurrà alla creazione dell'IRI, da ultimo, P. CIOCCA, *L'IRI nell'economia italiana*, in *Soria dell'IRI*, 6, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 10 e ss. (ivi i virgolettati).

(153) « Questo principio [dell'art. 164 cod. comm.] è indiscutibile se non si vogliono costituire delle oligarchie nelle società commerciali ».

(154) E v., a favore della legittimità del potenziamento del voto ai sensi dell'art. 164 cod. comm., SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 770 e s. (« Leggere l'art. 164 come se addirittura escludesse il diritto di voto da quelli per i quali è ammissibile la disuguaglianza è assolutamente arbitrario. La disposizione del codice è chiarissima nella sua

Più in dettaglio, l'economista liberale, con coerente applicazione dei principi e del metodo che lo sorreggevano nei suoi studi e nelle sue riflessioni ⁽¹⁵⁶⁾, pur riconoscendo « denso ed acuto » il saggio di Vivante pubblicato nella *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* del 1925 ⁽¹⁵⁷⁾, ne seziona le proposte interpretative, applicative e normative sotto i profili dell'*effettiva afferenza e corrispondenza alla realtà esistente* (la quale, secondo Cabiati, stride e diverge, in modo netto, dai riscontri e dall'interpretazione che Vivante avrebbe voluto avvalorare), del *rigore del ragionamento* (non di rado, ritiene l'economista, affetto da

forma, così come fu chiara nella mente del legislatore. Scriveva il Mancini, nella sua Relazione (*Motivi del codice di commercio*, ed. Marghieri, IV, p. 203): 'Il diritto di voto è regolato dal contratto e nessun pubblico interesse richiede che in ciò sia posto alcun limite alla libertà dei contraenti, salvo sempre il principio che ogni azionista debba avere *almeno un voto* nell'assemblea generale. Questo principio sembra indiscutibile, se non si vuole che le società commerciali costituiscano altrettante oligarchie' »; *contra* FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., p. 493 e ss. (il quale, in confutazione all'affermazione di A. Scialoja classificante unica disposizione inderogabile quella che attribuiva almeno un voto a ogni azione, si domandava: « Come immaginare d'altra parte che il Mancini pensasse di introdurre con tanta semplicità nel testo della legge, un'eccezione che ne mutava radicalmente il sistema? Né l'idea che si potessero creare azioni fornite di un diverso diritto di voto può essere balenata al suo spirito, vari anni prima che la pratica entrasse nell'uso [...] e sempre Frè, spostando l'attenzione dall'art. 164 all'art. 157 cod. comm., rilevava che la prima parte del passo della Relazione Mancini si sarebbe ispirata allo scopo di evitare che [...] le società commerciali costituiscano altrettante oligarchie, trasformandosi in un privilegio di pochi il diritto più naturale e legittimo di tutti coloro che conferiscono le cose proprie a scopo comune [...] Il rigido rapporto capitalistico per cui a tante azioni corrispondono altrettanti voti potrebbe portare appunto alla conseguenza che un'azionista solo esercitasse sulla gestione della società un'influenza decisiva e questo ha voluto evitare il legislatore »).

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr., ad esempio, in giurisprudenza, Trib. Roma, 17 novembre 1925, in « Riv. dir. comm. », 1926, II, p. 80 (decreto definito da FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., p. 507, nt. 4, « notevolissimo e pregevolissimo »): « Le azioni con voto plurimo favoriscono [le] oligarchie, dando la prevalenza nelle deliberazioni delle assemblee ad un determinato ceto di azionisti, come peraltro appare dalla denominazione che qualche scrittore ad esse dà di *azioni di comando* [ci si riferiva, di certo, a VIVANTE, *I progetti*, cit., p. 432; e SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 760] e facendo prevalere in tal modo l'elemento personale, denatura la società anonima che [...] è una società di capitali ».

⁽¹⁵⁶⁾ I quali privilegiavano, a volere essere scarni, la c.d. economia applicata, oltre l'analisi comparatistica.

⁽¹⁵⁷⁾ Ne ho già attestata la pubblicazione anche su « Riv. banc. », 1926, p. 60 e ss.

inversioni), delle correlate *asserzioni* che lo formalizzano e delle *omissioni* che ne emergono.

E così, osserva Cabiati, non senza pungente ironia,

il prof. Vivante, volendo giustificare la adozione di mezzi destinati a dare agli amministratori la sicurezza di una lunga permanenza al potere e atti a garantire all'azienda la continuità di indirizzo e di azione ⁽¹⁵⁸⁾, ci offre una pittura dell'ambiente societario di un'anonima che mi ha non poco meravigliato [...]. Questa descrizione di un'anonima, dove gli amministratori stanno come dei rassegnati Danieli nella fossa dei leoni delle assemblee « quarentes quos devorent », ritorna già abbastanza letteraria a quanti sanno come procedono le cose nelle grandi società odierne di capitali ⁽¹⁵⁹⁾.

D'altronde, è lo stesso Vivante a dare agio all'economista liberale d'incastonare le sue obiezioni nella critica alla più complessiva 'impostazione ideologica' dell'insegnamento vivantiano, alle sue ricadute sul piano dell'organizzazione corporativa delle società anonime, nonché alla ricostruzione che il giuscommerzialista offre della 'vita reale' delle anonime (e, a ben vedere, alla sua propugnata impostazione del rapporto industria/banca, *da un lato* ⁽¹⁶⁰⁾, e Borsa, *dall'altro*): là dove il giurista veneziano ⁽¹⁶¹⁾, *per un verso*, rimarca l'influenza dell'ordinamento politico su quello societario; *per altro, sotto un primo profilo* — a dire il vero, con un atteggiamento teorico, a prima vista, non proprio rigorosamente costante ⁽¹⁶²⁾ — contrap-

⁽¹⁵⁸⁾ Tra le quali, le azioni a voto plurimo.

⁽¹⁵⁹⁾ CABIATI, *Il progetto*, cit., p. 9 e ss.

⁽¹⁶⁰⁾ Dando risonanza all'argomento — all'epoca di grande presa pure sull'opinione pubblica, su politici e banchieri — del pericolo di asservimento di banche all'interesse esclusivo di finanziari 'd'assalto' (in ragione di certo anche delle pregresse vicende della Banca Italiana di Sconto), sebbene questo, come l'argomento del pericolo dell'asservimento delle società agli stranieri, fosse un argomento 'a doppio taglio' e desse per scontato, tra l'altro, che le stesse banche non fossero già 'asservite' all'interesse di altri soggetti, reputati invece più affidabili.

⁽¹⁶¹⁾ VIVANTE, *I progetti*, cit., p. 429 e ss.

⁽¹⁶²⁾ Non si può sostenere, infatti, che Vivante, approcciando e indagando altre questioni, non abbia talvolta ribaltato (o, se si vuole, rivisitato, pensando forse che ciò fosse coerente con una supposta diversità di prospettiva di osservazione e indagine prescelta: v. nota successiva) il rapporto amministratori (amministrazione)-generalità degli azionisti, azionisti 'scelti'-'massa' degli azionisti, 'prendendo le parti' di questi ultimi e non dei primi (come, appare invece, nella questione del voto potenziato). Ad esempio: anni dopo, VIVANTE, *Per la riforma delle società anonime. Istituzione*, cit., p. 498, scriveva: « Con una forza conservatrice che non si poté vincere nemmeno dalle Com-

pone l'assemblea, « organo supremo della vita sociale », al consiglio di amministrazione

sottoposto al giudizio inappellabile [dell'assemblea] privo del voto nell'approvazione dei bilanci, come se non avesse anch'egli un legittimo interesse a farli approvare. Ad ogni esercizio esso si trovò [...] davanti all'assemblea come un imputato, privo di voto, benché possa aver posto nella Società la maggioranza del capitale, costretto a dividere le sue azioni fra prestanomi, per creare fittiziamente quell'assemblea che deve giudicarlo ⁽¹⁶³⁾;

sotto un secondo profilo, rileva che occorra

riconoscere che nella massa degli azionisti o troppo docili o troppo venali ⁽¹⁶⁴⁾, vi è un gruppo scelto di azionisti collegati da un comune interesse

missioni costituite per la riforma del Codice, i rappresentanti delle società difendono lo *statu quo*, proclamando che la loro amministrazione ha bisogno di segreto e di libertà, che significa libertà di fare o disfare senza un serio controllo né pubblico, né privato. Perciò non si poté mai ottenere che fosse diminuito il numero degli amministratori; che ciascuno di essi fosse obbligato a esercitare personalmente il proprio ufficio; non si poté dare all'assemblea la garanzia di esatte informazioni e di una libera discussione contro gli eccessi di potere dell'amministrazione a difesa delle minoranze; non si poté mai ottenere che fosse costituita una direzione tecnica fornita di specifiche responsabilità; e tutto fu coperto dalla relazione apologetica dei sindaci, scelti dagli amministratori per tramite delle assemblee, costituite a loro volta in maggioranza dalle Banche coi titoli depositati dagli azionisti; ed a queste assemblee, così costituite, si lasciò la facoltà incontrollabile di assolvere gli amministratori dai loro abusi ».

⁽¹⁶³⁾ Vivante ammetteva apertamente, pertanto, quello che altri giudicavano riprovevole: *la ricerca di prestanomi ai quali intestare le azioni* — e, osservo, questa fu una delle contestazioni mosse dai fratelli Perrone (Ansaldo e altro) alla politica della Comit sulle azioni di Comofin (v. dopo) — e la *natura fittizia delle assemblee così create*. Ed inoltre: qui Vivante offre un'immagine degli amministratori impotenti davanti all'assemblea, la quale li giudica come « imputati »; nove anni dopo — v. nota precedente — questi stessi amministratori diverranno impuniti nei loro abusi in quanto beneficiari di assemblee provviste di « facoltà incontrollabile » di assoluzione. Se una coerenza vuole salvarsi nel pensiero vivantiano, forse si può tentare di farlo (ma è solo un tentativo *in bonam partem*) avanzando l'ipotesi interpretativa che il Maestro dei giuscommercialisti italiani dell'epoca, in realtà, null'altro volesse che demolire la *struttura di composizione dell'assemblea*, la sua 'insincerità', stigmatizzandone gli estremi delle sue derive: consistenti nell'agire contro amministratori virtuosi e, all'opposto, 'assolvere' gestori colpevoli di abusi. Tutto ciò si potrebbe iscrivere, allora e piuttosto, in uno degli orientamenti vivantiani mai mutati: quello, appunto, della predisposizione e legittimazione di istituti giuridici e di differenziazioni tipologiche atte a conformare l'assemblea come organo 'di (in mano a) pochi eletti'.

⁽¹⁶⁴⁾ Definiti altresì, secondo il frasario vivantiano (già più sopra rammentato), « ordinari, incompetenti, inoperosi e speculatori »: e v., ragionando appunto di azionisti

alle sorti dell'industria [...] un gruppo di azionisti stabili, interessati alle vicende dell'industria [...]. A questo gruppo scelto, si deve dare, quasi ad azionisti delegati, una posizione prevalente nell'assemblea [...] ⁽¹⁶⁵⁾ [e che il] conflitto che sorge fra gli uomini dell'industria che si difende, e la Borsa che per intensificare il commercio delle azioni aiuta gli assalitori, è un pericolo continuo per le aziende industriali e bancarie [...]. Il pericolo è tanto più grave quando l'assalto alle banche ha lo scopo di rivolgere una grande massa di depositi a un solo gruppo industriale, o di asservirle a capitali stranieri, accorrenti in Italia per beneficiare della svalutazione della moneta: simili scalate troveranno un ostacolo negli azionisti a voto plurimo, che si stringeranno nella comune difesa ⁽¹⁶⁶⁾;

e, quindi, e sotto un terzo profilo di valutazione e giudizio, indica che

per combattere quella piaga [le 'scalate', cioè di cui erano espressione e le loro presunte conseguenze] si è svolto nella pratica il rimedio del voto plurimo, che ha oramai nel mondo industriale, in Italia ed all'estero, un'applicazione estesa, ma empirica e quasi di contrabbando. Penetrò in molti statuti coll'approvazione dei tribunali, ma senza una disciplina giuridica, col pericolo di abusi che il legislatore deve prevenire, affinché la benefica riforma non sia condannata sul nascere dalla libertà degli Statuti ⁽¹⁶⁷⁾. È conveniente che esso sia tolto dall'incertezza dell'empirismo, e posto sul binario di una legge speciale, che potrà essere regolata più tardi nella futura riforma del codice.

Senonché, stupisce Cabiati che Vivante svolga un ragionamento i cui tre presupposti si prestano a una non equivocabile sequenza, l'uno e gli altri, tuttavia, non convincenti e confutabili:

1° Gli amministratori sono vittime dei soci; 2° Questi si permettono di

ordinari (e che sarebbero dovuti essere esclusivamente a voto unico), VIVANTE, *Le azioni*, cit., p. 551.

⁽¹⁶⁵⁾ In ultima analisi, presentando la dicotomia 'azioni a voto ordinario-azioni a voto plurimo' come il necessario e inevitabile riflesso della dicotomia 'azionisti disinteressati-azionisti interessati' alle vicende industriali della società. A detta di VIVANTE, *Le azioni*, cit., p. 549 è l'«esame dello stato psicologico» degli azionisti che giustificerebbe la distinzione tra azionisti a voto ordinario (unico) e azionisti a voto potenziato. La distinzione 'massa d'azionisti-azionisti scelti' avvince anche in SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 760 e s.

⁽¹⁶⁶⁾ VIVANTE, *Le azioni*, cit., p. 549.

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. anche le quasi identiche parole sempre di VIVANTE, *Le azioni*, cit., p. 548, nt. 1 (rilevando l'avvenuta applicazione «senza limiti e cautele» dell'istituto, con il pericolo che «questa applicazione disordinata può condurre ad abusi che lo condannino a torto, mentre risponde ad un bisogno universalmente sentito»).

negoziare le azioni come se fossero proprietà singola loro; 3° Bisogna quindi « regolare », le assemblee, perché si decidano ad esercitare una funzione « onesta ed efficace » (168).

L'economista conficca una serrata serie di (in certi casi, sprezzanti) obiezioni nei tre capisaldi del ragionamento di Vivante. Stimo non inutile riprodurre (quasi) per intero la struttura argomentativa portante dell'esposizione cabiatiana (169):

La realtà mi pare diversa. Nel mondo economico odierno predomina una figura che guida e comanda: quella dell'imprenditore [...]. Poiché i risparmiatori entrano a partecipare ai rischi dell'azienda e corrono delle alee, così è logico che possano esercitare un controllo [sull'imprenditore al quale affidano i loro 'risparmi'] e che siano forniti di uno strumento per esprimere la propria soddisfazione, o il proprio dissenso di fronte ai dirigenti: ed è quanto avviene nelle assemblee [...]. In via di fatto, i soci sono sovrani solo in un senso determinato. In una riunione tecnica di capitali, come è l'anonima, sono i maggiori capitalisti quelli che dominano nelle società [...]. E gli amministratori, i quali del gruppo privilegiato sono parte e ne costituiscono la quintessenza, vanno alle assemblee conoscendo in anticipo cosa vi avverrà. La folla di piccoli azionisti, il gregge, potrà essere numerosa, ma conta poco: anche perché non sa niente [...]. Onde questo preteso regime democratico, di cui il prof. Vivante colorisce gli inconvenienti in danno degli amministratori, è in realtà la forma più oligarchica a cui il grande capitalismo abbia dato origine.

Cabiati manifesta dissenso anche sulle contestazioni vivantiane, non certo nuove alla riflessione del giurista veneziano, al libero diritto di compravendita delle azioni:

Quanto poi al libero diritto di compra-vendita delle azioni (170) devo ricordare che, buono o cattivo che sia questo fatto, esso costituisce una delle caratteristiche essenziali alla formazione ed al grande sviluppo delle società anonime. Uno dei rischi di chi impiega il proprio risparmio è rappresentato dalla possibile immobilizzazione di esso: sicché ben pochi lo investirebbero in una azienda ove non potessero essere certi di realizzare quando che sia questo investimento.

L'eccedenza di potere di dominio scaturente dalle azioni a voto plurimo, la sua potenziale inamovibilità e sclerotizzazione

(168) CABIATI, *Il progetto*, cit., p. 10.

(169) *Ivi*, p. 10 e ss.

(170) Fortemente criticato non solo da Vivante, ma pure, tra gli altri, da SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 759 (il quale però lo giudicava un limite, completamente 'inventato', al potere dell'assemblea).

allarmano l'economista. E pure lo preoccupano gli effetti 'piramidali' — all'epoca, si sarebbe parlato di 'trustificazione' — scaturenti da agevoli modalità totalmente liberalizzate d'impiego delle azioni a voto plurimo (*con buona pace di quelli che, anche oggi, si ostinano a professare una quasi logica e algebrica separazione e non interferenza tra le vicende del voto plurimo e quelle delle cc.dd. piramidi, beatificando le prime quali dighe alle seconde*). Al fine di concludere la pericolosità della situazione, non a caso Cabiati concepisce un esempio (all'evidenza, tratto dalla realtà dell'epoca) nel quale una banca, tramite l'emissione di queste azioni, sviluppa una 'catena di controllo' su società industriali:

È strano come il presupposto da cui parte l'illustre giurista, caposcuola dei commercialisti italiani, inverta tutte le forme del suo ragionamento. Rispondendo [...] alla obiezione che le azioni privilegiate assicurano l'irresponsabilità degli amministratori e la loro perpetuità alla carica, egli rileva che, per contrario, tali azioni vanno a coloro, ben più numerosi, che sono interessati alla gestione dell'azienda sociale e fa il caso di più società unite fra di loro e quindi interessate a controllarsi a vicenda. A me pare che questo sia il caso proprio più pericoloso per la tesi del Vivante. Una banca finanzia una società costruttrice di un bacino montano e quindi produttrice di energia idroelettrica e di acqua di irrigazione e ne diventa padrona, con un quinto, poniamo, di azioni a voto plurimo. Questa società ne crea un'altra per la vendita e la distribuzione della forza idrica, vi partecipa con uno scambio di azioni e versa azioni ordinarie proprie contro quelle privilegiate della seconda. La seconda società dà vita a sia volta a due società consumatrici, una di energia per ferrovie elettriche, l'altra di acqua per bonifiche e ripete il gioco. Risultato: la banca, possedendo il quinto privilegiato delle azioni della prima società, è padrona delle altre tre e di quante ancora eventualmente derivassero da esse: ed i soci delle quattro società non potranno mai, con tutte le azioni riunite, liberarsi dagli amministratori imposti dalla banca attraverso alla catena ⁽¹⁷¹⁾.

⁽¹⁷¹⁾ Prosegue Cabiati: «Né vale il rimedio già applicato all'estero, e che il Vivante fa suo nel proprio progetto, che le azioni a voto plurimo non potranno riscuotere un centesimo di dividendo (o di capitale) se prima non viene pagato quello dovuto sulle azioni ordinarie. Qui non si parla di cattiva amministrazione da parte dei dirigenti preposti dai detentori di azioni privilegiate, bensì della padronanza che costoro mantengono indefinitamente sull'indirizzo sociale, anche se la maggioranza dei soci avesse fiducia in un indirizzo diverso. Ché poi si trattasse di furfanti i quali vogliono spogliare la società, la questione del dividendo diventa uno scherzo: essi lo faranno figurare in bilancio e lo distribuiranno fino a quando la società avrà un brandello di carne sulle ossa. E non è certo al prof. Vivante, il quale vive non solo sulla cattedra ma anche nel gran mondo professionale, che devo ricordare le prove numerose della verità contenuta in

E infine, gli affondi sulla supposta costante rispondenza delle azioni a voto plurimo all'interesse di tutti i soci e sulla meritevolezza del voto potenziato quale strumento di difesa della nazionalità del controllo di società italiane:

Ma il punto fondamentale, e su cui il progetto Vivante approvati dal Consiglio Superiore dell'Economia ⁽¹⁷²⁾ nulla ci dice, è il seguente: come si

quel mio asserto ». Dovrebbe colpire, questa volta noi lettori odierni, il fatto che Vivante proponesse l'esempio della funzionalizzazione delle azioni a voto plurimo alla creazione di 'catene' di società (quella che, economisti e giuristi dell'epoca e precedenti, battezzavano anche come 'trustificazione': tra i primi, si pensi, ad esempio, a Einaudi, Pantaleoni, Schumpeter), con al vertice una banca, quando poi lo stesso Vivante non si può certo affermare propugnasse un approccio liberalizzante alla creazione delle 'catene di società' (al contrario, e semmai, il suo fu un approccio pessimistico tendente a « moderare la tendenza delle anonime verso concentrazioni industriali che possono col loro monopolio avvicinarci ad un socialismo di Stato »: così lo riassume, criticandolo, V. SALANDRA, *Il progetto Vivante per la riforma delle anonime e le società di partecipazione*, in « Riv. dir. comm. », 1934, I, p. 747).

⁽¹⁷²⁾ Del maggio 1925: tra l'altro, in *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Fondo Segreteria Toeplitz*, cart. 46, nonché in « Riv. dir. comm. », 1925, I, p. 437 e ss. Le Sezioni II e III riunite del Consiglio, *da una parte*, esprimevano « il voto che opportune norme legislative abbiano a riconoscere espressamente la facoltà delle Società anonime ed in accomandita per azioni di emettere azioni con pluralità di voti »; *dall'altra*, « per assicurare i vantaggi connessi [...] evitando gli inconvenienti ed i pericoli di un uso troppo largo ed incondizionato », richiedevano che l'emissione fosse subordinata a una serie di vincoli e regole: deliberazione adottata con intervento inderogabile di tanti soci rappresentanti almeno la metà del capitale sociale e il voto favorevole della maggioranza degli intervenuti, con capitale sociale rappresentato di 2/3 ove l'emissione fosse avvenuta « in deroga alle norme dell'Atto costitutivo e dello Statuto Sociale »; potenziamento del voto non superiore al quintuplo; numero dei voti delle azioni a voto plurimo non superiore al 40% dei voti rappresentati dal capitale sociale; azioni interamente liberate all'atto della sottoscrizione e nominatività obbligatoria; limitazione del trasferimento solo a soci già portatori di tali azioni e, nel caso di assenza di acquirenti di tale categoria, salvo diversa disposizione statutaria, trasferimento a terzi con il consenso dell'assemblea delle azioni ordinarie; nessun privilegio nella distribuzione dei dividendi e nessun rimborso prioritario rispetto alle azioni ordinarie; esclusione del voto plurimo nelle deliberazioni riguardanti la nomina dei sindaci, la emissione di azioni privilegiate (« fermo però il diritto degli azionisti a voto plurimo a mantenere la proporzione dei voti a loro attribuiti »), la modifica dell'oggetto sociale, la riduzione del capitale, la liquidazione, nonché nelle assemblee convocate dal Tribunale ai sensi dell'art. 153 Cod. comm.; indicazione « nella situazione delle azioni e nei titoli » del numero delle azioni a voto plurimo, di quelle a voto ordinario e del numero di voti attribuiti dalle azioni rappresentate dal titolo. V. pure sopra, in nota.

fa a stabilire che il sistema delle azioni privilegiate è effettivamente voluto dai soci, e non da una maggioranza di capitali la quale già si sia preconstituita a favore di un determinato gruppo? L'obiezione non ha ragione di essere certamente se la deliberazione viene presa dalla prima assemblea, costitutiva della società [...]. Ma altra cosa è invece se si vuole introdurre questa innovazione nello statuto di una società già in funzione. Allora un gruppo che posseda il 40, o il 50% delle azioni e che ne prenda altre a riporto, può far votare tutto quello che vuole ed in tal guisa si attribuisce il dominio sull'azienda, liberandosi dalla noia di tenere troppo capitale immobilizzato in azioni [...] Fra questi pretesi vantaggi [delle azioni a voto plurimo], uno che ha fatto molto effetto e che il Vivante ripete, è quello di evitare, con le azioni a voto plurimo e stabilendo che siano nominative ed in mano di nazionali, il pericolo che aziende italiane cadano in poteri di stranieri che le finanziano ⁽¹⁷³⁾. A parte la questione della nominatività, la quale non significa niente perché le « teste di legno » si trovano con facilità dappertutto, è chiaro che il ragionamento è a doppio taglio. Perché l'impossibilità in cui si troverebbero gli stranieri di esercitare un controllo su una amministrazione, che sanno vincolata a priori ad un gruppo « sub specie aeternitatis », li può rendere più difficili nel concedere il finanziamento e più esigenti nel volere dei pgni reali di garanzia ⁽¹⁷⁴⁾.

Critico sulle proposte restrittive del Consiglio Superiore dell'Economia si dichiarò, ad esempio, SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 777 e ss.: « considerando le numerose e restrittive proposte di regolamento, votate dal Consiglio superiore ed approvate dal Vivante, si ha l'impressione che il problema non sia stato esaminato da questo autorevole consesso, né dall'illustre commentatore, in modo del tutto sereno ed esauriente, ma piuttosto sotto il dominio del concetto che le azioni a voto plurimo abbiano da servire solo ad assicurare il potere del gruppo dirigente, e soprattutto con la preoccupazione dell'assoluta incapacità o impossibilità degli interessati a regolare il privilegio del voto, con disposizioni statutarie adatte alla svariata specificità dei casi in rapporto alla diversità del fine [...] È chiaro come alcune di queste restrizioni, ed il macchinoso loro complesso, portino a restringere grandemente l'utilità dell'istituto, fino ad annullarne qualcuna delle più interessanti applicazioni ».

⁽¹⁷³⁾ VIVANTE, *Le azioni*, cit., p. 432 menziona (alcune) « utili applicazioni » delle azioni a voto plurimo, tra le altre enfatizzando la loro agevolazione di raccolta del capitale straniero: « gli stranieri in genere non sono importatori di tecnici ma di capitali, più desiderosi di dividendi, che di ingerenze industriali; e le azioni ordinarie meglio li garantiscono, perché nel sistema di questo progetto sono privilegiate nella riscossione dei dividendi, e subordinate, nella direzione tecnica dell'industria, alla stabile direzione di uomini di accertata esperienza », permettendo però di « conservare agli industriali italiani il comando delle industrie italiane; coll'attuale situazione della moneta pende sovra di esse il pericolo di passare nelle mani straniere; con queste azioni di comando rese nominative e riservate a imprese italiane, si salva l'industria nazionale da un asservimento di cui constatammo nella grande guerra i pericoli »; v. pure ID., *Le azioni*, cit., p. 548, nt. 1.

⁽¹⁷⁴⁾ E rilevò LORDI, *Sul progetto*, cit., p. 300: « Il timore dell'accaparramento di aziende italiane da parte di stranieri, qualora non si difendano gli azionisti italiani con

Nel manifestare un'integrale, non ambigua e irremovibile contrarietà alle azioni a voto potenziato, Cabiati anticipa l'identica convinzione, di vertice e di fondo, che, otto anni dopo (1934) — in concomitanza temporale con la già evocata formulazione, da parte di Vivante e altri, di proposte più ammorbidite (rispetto alle sue originarie) in tema di riconoscimento della maggioranza del voto —, Luigi Einaudi affiderà, con toni ancora una volta accessi, corrosivi, coloriti e perentori ⁽¹⁷⁵⁾, a dimenticate o almeno non sufficientemente meditate (se non, temo, addirittura, dai più sconosciute ⁽¹⁷⁶⁾), ma significative pagine de *La Riforma Sociale*. Anch'esse meritano una pressoché integrale riproduzione:

L'azione a voto plurimo ⁽¹⁷⁷⁾ fu certo una invenzione del diavolo al preciso preordinato scopo di far scappare i risparmiatori a gambe levate dagli investimenti in società per azioni. Chi può avere immaginato per un istante che uomini sani di mente potessero decidersi ad investire 10 milioni dei loro sacrosantamente sudati risparmi in acquisto di azioni ordinarie, sapendo che altri, più astuto, con la spesa di appena un milione in azioni privilegiate a voto plurimo poteva acquistare ugual diritto di voto nelle assemblee, ossia diventare di fatto, uno o pochi azionisti a voto plurimo valendo più di molti ordinari, padrone delle cose sociali? Si usino quante cautele si vogliono, si faccia finta di dare le azioni a voto plurimo agli azionisti ordinari, il succo dell'imbroglio è che coloro che hanno investito dieci sono nelle mani di quelli che avaramente cacciarono fuori uno. Cosa contro natura e che non dura. Chi dà denari vuole almeno avere l'illusione di essere padrone del negozio. È vero che gli azionisti sono fatti per essere menati per il naso dagli

voto plurimo, è spesso prospettato a giustificare il voto plurimo [...]. Per le aziende interessanti la difesa militare o pubblici servizi basta prescrivere, come frequentemente si usa, la nominatività delle azioni e la loro appartenenza ad italiani. Per le altre aziende è proprio l'accaparramento che preoccupa? Preoccupa piuttosto il disinteresse del capitale straniero verso le aziende di paesi con valuta deprezzata. L'esperienza di questi ultimi anni non offre esempi di accaparramenti: dimostra invece i non sempre riusciti tentativi di far intervenire il capitale straniero ».

⁽¹⁷⁵⁾ Come già avvenuto per un'altra questione qui accennata, quella della nominatività obbligatoria dei titoli; seppure, nel caso delle azioni a voto plurimo, senza mai menzionare mai Vivante.

⁽¹⁷⁶⁾ Al pari, ho l'impressione, a seconda dei casi, della dimenticanza, della non sufficiente meditazione ovvero della non conoscenza che avvolge il pensiero cabiatiano in argomento, soprattutto, sebbene non solo, da parte dei giuristi.

⁽¹⁷⁷⁾ Che Einaudi ammonisce di non confondere, neppure dal punto di vista terminologico e classificatorio, con le azioni privilegiate; ma v., ad esempio, VIVANTE, *Proposte*, cit., p. 49 (l'art. 164 cod. comm. avrebbe ammesso le azioni a voto plurimo come « sottospecie delle azioni a voto privilegiato »).

amministratori; è vero che ci sono cento altri modi per condurli, occhi bendati, al macello [...]. Ma è vero anche che nel condurre gli uomini, e specialmente la sotto-categoria di essi detta dei risparmiatori la quale ha sempre imbrogliato gli studiosi per la incertezza se classificarla tra le pecore o le lepri, un po' di pudore non guasta. Pecore sì, e pronti a fare quel che gli altri fanno; ma anche lepri in fuga al più lieve stormir di fronde. I risparmiatori che sono già caduti nella padella, occorre si lascino friggere quando, con i dovuti sacramenti, un'assemblea si è lasciata persuadere a votare l'emissione di azioni a voto plurimo [...]. Friggono; ma dopo le ripetute esperienze, anche fuggono. Il che vuole dire vendono le azioni ordinarie malavventuratamente possedute e fanno gli scongiuri quando loro se ne offrono delle nuove. Poiché questa è veramente una grave sciagura per il paese, occorre far onorevole ammenda dei passati trascorsi, se si vuole che a poco a poco, molto a poco a poco e molto adagio i risparmiatori riprendano coraggio. La fiducia [...] andrà verso quelle società, le quali non hanno mai emesso azioni a voto plurimo o che riusciranno a far sì che i loro possessori rinuncino al malo diritto di contar per dieci o cinque laddove i colleghi ordinari votano per uno ⁽¹⁷⁸⁾.

Si badi: i due punti, iniziale e finale, della traiettoria temporale, la quale dal saggio di Cabiati (1926) conduce a quello di Einaudi (1934), coincidono con i e si sovrappongono ai periodi di ascesa (1924-1926), ripiegamento e poi dissoluzione (dal 1934 al 1942) della prassi statutaria, del confronto teorico, delle prese di posizioni della giurisprudenza e delle proposte riformatrici in materia di azioni a voto potenziato. Le vibranti e sferzanti critiche dei due illustri economisti si posizionano agli estremi temporali, all'alba e al tramonto, del dibattito sul voto multiplo, sì che scaturisce spontanea l'affermazione che vuole, dall'inizio alla fine, la percezione e la concezione massimamente negativa di questo istituto conservate, in Cabiati ed Einaudi, intatte e senza incrinature (una percezione e una concezione che, questa volta sì, denotano una divaricazione di approccio, di metodi e di ricerca tra i due *economisti* e il *giurista*), a dispetto dei favori statuari, dell'adesione (peraltro, certo non totale) della giuscommercialistica, degli interventi propugnatori della giurisprudenza e dei progetti di riforma che si addensarono quegli anni. E forse meritevole di una supplementare riflessione è la circostanza che Vivante, a differenza del contegno che decise di assumere con riguardo agli attacchi polemici sferrati anche da economisti (su tutti, lo si è ricordato, proprio Einaudi) alle sue tesi a favore della

⁽¹⁷⁸⁾ EINAUDI, *A favore*, cit., p. 626 e s.

nominatività dei titoli azionari, non rispose mai, apertamente e specificamente, alle contestazioni di Cabiati ⁽¹⁷⁹⁾; mentre l'identico silenzio mantenuto nei confronti delle critiche con le quali Einaudi investì l'istituto si spiega, probabilmente, non tanto con il fatto che il giuscommerzialista veneziano non si sentisse direttamente 'preso di mira' (o che si avvertisse ovvero si fosse collocato ai margini del dibattito riformatore), quanto, piuttosto, con la circostanza che le critiche intervennero quando Vivante, pur non deflettendo da formulare osservazioni favorevoli alla legittimazione legislativa, come evidenziato invero assai dimesse se confrontate alle originarie proposte e prese di posizioni, del voto plurimo, era forse ormai conscio di una 'perdita di spinta' empirica dell'istituto e quasi rassegnato nel riscontrarne un indebolimento nel contesto delle principali proposte riformatrici.

4. *Voto plurimo, 'battaglie' finanziarie e bancarie, conflitti giudiziari.*

Che l'interesse di grandi banche miste (segnatamente, la Banca Commerciale Italiana) favorevoli al voto potenziato si saldasse con e trovasse corrispondenza piena nelle tesi di autorevoli giuscommerzialisti (*in primis*, ancora Vivante), i quali, nella sostanza, e più o meno dichiaratamente anche nella forma, pensavano e agivano come giuristi *di ovvero vicini al dominante apparato bancario-economico-finanziario* (e non solo politico), e che quell'interesse trovasse eco e ricevesse propagazione, *veri e propri avallo e legittimazione scientifici* nelle voci di questi giuristi, non è lecito dubitare, anche solo a limitarsi a registrare le vicende mettendo in fila fatti e accadimenti. Due di questi, tra loro strettamente connessi, desidero lumeggiare.

Quanto al *primo*, si tratta di uno scambio di corrispondenza, restituito dai fondi di archivio, tra Camillo Giussani, all'epoca

⁽¹⁷⁹⁾ Il quale, a sua volta, focalizzò le sue critiche sul solo Vivante, probabilmente, *sia* perché padre delle principali proposte di riforma, *sia*, a prescindere da ciò, per l'autorevolezza e indiscussa preminenza del giurista veneziano, « caposcuola » dei commercialisti italiani (come subito lo qualifica Cabiati). Pur scrivendo un anno dopo la pubblicazione dei contributi di Scialoja e Ascarelli, Cabiati non ne fece oggetto né di menzione, né, tanto meno, di espressa critica.

principale consulente legale della Banca Commerciale Italiana ‘diretta’ da Joseph Toeplitz, e Giuseppe Bianchini, direttore generale dell’ABI e direttore responsabile della *Rivista Bancaria*. Alludo, più precisamente, alle lettere del 28 e 30 maggio 1925 ⁽¹⁸⁰⁾. Bianchini invia a Giussani, pregandolo di farsi da tramite anche con Toeplitz « copia dei documenti che riassumono il risultato di due giorni di discussione sul voto plurimo del Consiglio Superiore dell’Economia Nazionale », e lo informa di avere proposto

uno schema di voti che si ispira alle modalità già entrate in uso, ma salvo l’aiuto datomi dal prof. Vivante, ho trovato in tutti gli altri membri e specialmente in alcuni, una notevole resistenza ⁽¹⁸¹⁾.

L’alto dirigente dell’ABI aggiunge che

il 6 giugno [1925] è convocata la Commissione per la riforma del codice di commercio il cui progetto esclude il voto plurimo, ma il Prof. Vivante si propone di risolvere in tale adunanza plenaria la questione

e domanda a Giussani di parlare allo stesso Vivante « anche in rapporto a questa questione della esclusione delle società dalla possessione delle azioni a voto plurimo ».

Giussani risponde a Bianchini, concentrando la sua attenzione sul paventato divieto di possesso delle azioni a voto plurimo da parte di società:

la limitazione dell’appartenenza di tali azioni a persone fisiche è assai grave, perché praticamente frustra la pratica applicazione dell’istituto. Comprenderei, al più, che si volessero garanzie speciali di italianità delle Società

⁽¹⁸⁰⁾ In *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Fondo Segreteria Toeplitz*, cart. 46.

⁽¹⁸¹⁾ Invero, Bianchini precisò di avere ricevuto appoggio pure dal Sen. Silvestri, il quale presiedeva il Consiglio, essendone supportato almeno nell’impedire che si formulasse un voto sulla proposta di divieto, avanzata dall’On. Guido Jung e vivamente appoggiata dall’On. Olivetti e da altri membri della Confindustria, di appartenenza delle azioni a voto plurimo a società. Più precisamente, questa proposta, alternativa a quella formulata da Bianchini (secondo il quale queste azioni sarebbero dovute appartenere esclusivamente a cittadini e società italiane), restringeva il possesso alle sole persone fisiche di nazionalità italiana; la soluzione intermedia prevedeva il possesso delle sole persone fisiche italiane, salvo diversa disposizione dello statuto. Le ragioni dell’opposizione della Confederazione dell’Industria vengono sintetizzate da Bianchini nel timore « che il voto plurimo faciliti la soggezione delle società ai gruppi finanziari ».

titolari di dette azioni; ma escluderle senz'altro dalla possibilità di possederle, è fuor di luogo.

Quindi, rassicura il direttore generale dell'ABI che « per il Prof. Vivante vedrò di fargli parlare: intanto gli scriverò io stesso »⁽¹⁸²⁾.

Il 1° giugno 1925 — questo il *secondo* dato — Giussani scrive a Vivante⁽¹⁸³⁾. Tale corrispondenza mi pare ancora più esplicita. L'avvocato della Comit inizia rammentando al giuscommercialista veneziano un loro recente incontro in Tribunale a Roma, nel quale Vivante avrebbe accennato a Giussani la « questione delle azioni a voto plurimo » e *il suo interessamento* « per fare ammettere tale istituto nella riforma del Codice di Commercio ».

Al pari che con Bianchini, anche con Vivante, Giussani concentra l'attenzione sulla « questione della nazionalità italiana prescritta per i titolari di azioni a voto plurimo, che si vorrebbero limitare a persone fisiche, escludendo le Società commerciali ». Giussani premette di conoscere il pensiero di Vivante, non aderente a tale restrizione, ma non si esime dal manifestare nel dettaglio le sue argomentazioni « nel senso della assoluta inopportunità di quella limitazione », bollata altresì come « una cosa assurda e completamente inopportuna », una « soluzione [...] veramente paralizzatrice dei vantaggi indiscutibili che l'istituto in esame può e deve arrecare ». Pur comprendendo che, talvolta, « la qualità esteriore di ente italiano in una Società anonima possa non corrispondere alla sostanza, per essere il capitale della stessa prevalentemente in mani estere », questa preoccupazione — sostiene Giussani — avrebbe determinato « nel caso attuale [...] delle conseguenze che feriscono sostanzialmente la ragione di essere e la possibilità di attuazione dell'istituto delle azioni a voto plurimo »: dal momento che, se si fosse precluso il possesso di queste azioni da parte delle società, si sarebbe appunto impedita « praticamente » la loro creazione⁽¹⁸⁴⁾ ovvero si sarebbe provocato « il ricorso a meschini ed inopportuni

(182) V., inoltre, la lettera, del 29 maggio 1925, di Bianchini all'Ing. C. Nava, Ministro per l'Economia Nazionale: in *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Fondo Segreteria Toeplitz*, cart. 46.

(183) *Ibidem*.

(184) Che Giussani riteneva, senza nutrire alcun dubbio, consentita dalla legge.

espedienti (teste di legno) con tutte le spiacevoli conseguenze di codesti sistemi tortuosi di adattamento delle esigenze di fatto alle improvvide disposizioni di diritto »⁽¹⁸⁵⁾.

Balza agli occhi, per l'appunto, la piena sintonia, l'eclatante convergenza tra interessi economici-finanziari della principale banca speculativa, *da una parte*, e le tesi vivantiane, *dall'altra*; il potente intrecciarsi tra convinzioni e obiettivi di attori e protagonisti primari del contesto economico-finanziario del paese, *da un lato*, e di artefici e costruttori di orientamenti interpretativi e di regole scritte del diritto delle società anonime, *dall'altro*. E mi pare che queste sintonia e convergenza tra Vivante e la Comit non esca smentita,

⁽¹⁸⁵⁾ Nei materiali di archivio consultati non ho reperito alcuna risposta di Vivante a Giussani, In compenso, VIVANTE, *I progetti*, cit., p. 435, osserva che « nelle discussioni che si fecero [...] nel Consiglio Superiore dell'Economia Nazionale [...] qualche voce sorse a combattere la convenienza di assegnare azioni a voto plurimo alle Banche. Si giustificò la esclusione col pericolo che esse soffochino l'indipendenza delle industrie nelle loro spire finanziarie. Questo ostracismo non mi pare né giusto né giustificato. Non mi pare giusto, perché mettendo il suo vivo contante in un'industria la Banca deve pure avere la possibilità di controllarne l'impiego, concorrendo alla scelta del Consiglio, col peso del voto plurimo. Né mi pare giustificato il timore che la Banca domini l'industria con poca spesa, perché limitando il numero dei voti spettante a queste azioni per es., a 5, le Banche dovrebbero per dominare l'impresa sottoscrivere un quinto del capitale, e queste ingenti immobilizzazioni non sono consentanee alla funzione bancaria ». Che Vivante abbia caldeggiato una soluzione legislativa conforme a quella perorata da Giussani (soluzione che, invero, come appunto lo stesso Giussani fece intendere, era già nel pensiero di Vivante) lo si evince, inoltre, dalla proposta di modifica all'art. 4 del Progetto del Consiglio Superiore dell'Economia Nazionale, così come formulata in VIVANTE, *I progetti*, cit., p. 438. A tale disposizione, che prevedeva l'intera liberazione delle azioni a voto plurimo all'atto della sottoscrizione e la loro nominatività obbligatoria, il giurista veneziano suggerì di aggiungere « la limitazione che le azioni a voto plurimo non devano essere quotate nelle borse, e devano appartenere a cittadini o a Società italiane » (chiarendo che dal divieto di quotazione « sarà agevolata anche la circolazione delle azioni ordinarie, che sarebbe turbata dalla contemporanea circolazione nelle borse delle azioni a voto plurimo »); v. però SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 778. E nondimeno, lo stesso C. Vivante (*Trattato di diritto commerciale*, II, *Le società commerciali*, Milano, Vallardi, 1935⁵, ristampa anastatica a cura di Alpa, Angelici, F. d'Alessandro, Padova, Piccin, 2014, p. 228) scriverà che « nelle assemblee ogni azionista ha diritto ad un voto, ed a questo si accompagna quello di partecipare alle discussioni, di fare delle proposte nelle forme stabilite dallo statuto: questi diritti sono intangibili, né possono essere ridotti per coperte vie. Quindi sono illegittime le clausole dello statuto che negano il diritto di voto alle donne o agli stranieri ». V. altresì dopo.

scalfita oppure ridimensionata dalla constatazione che, andando avanti negli anni, mentre il giurista veneziano — seppure, si è appurato, con proposte legislative sempre più contenute e meno liberalizzanti e un patente disinvestimento sul piano degli interventi e degli sforzi interpretativi e argomentativi — non fece mancare, almeno fino al 1934, il suo sostegno al voto potenziato; dal canto suo, la Banca Commerciale Italiana, per vicende legate alla sua ‘crisi’ e al suo complessivo riassetto, (i) sostanzialmente dal 1930-1931, apparve tiepida e poi disinteressata alle vicende ‘legislative’ dell’istituto, sebbene di esso continuerà a far uso, pur per pochissimi anni, nella strutturazione degli assetti azionari delle società industriali partecipate e (ii) rimosse, nel 1935, il voto multiplo dal proprio statuto, voto potenziato del quale, l’anno prima, a seguito della messa in liquidazione del Consorzio, era di conseguenza cessato l’utilizzo in Comofin.

Le Banca Commerciale Italiana ⁽¹⁸⁶⁾, pertanto, si dimostrò fautrice primaria della legittimazione, *de iure condito et de iure condendo*, del voto potenziato e protagonista decisiva della sua introduzione e diffusione nella prassi statutaria riscontrabile nel periodo nel quale si concentrò il dibattito dottrinale (riformatore) e la questione approdò in sede giudiziale: propugnatrice di un impiego del voto plurimo in chiave di strumento atto *sia* a preservare, difendere e consolidare il proprio assetto di proprietario e di controllo da tentativi di ribaltamento provenienti da soggetti a quell’assetto estranei e ostili, *sia* a garantire alla banca medesima l’acquisto ovvero la conservazione del controllo di imprese industriali (segnatamente, quelle finanziate).

Rivelatrice appare l’esperienza della Comit, in particolare, tra il 1897 e il 1935; banca che, nel 1931 (anno del c.d. salvataggio pubblico), arriverà a controllare oltre un quarto del complessivo capitale delle società per azioni italiane ⁽¹⁸⁷⁾.

⁽¹⁸⁶⁾ Allo stato, mi risulta manchi un approfondimento sull’eventuale impiego e sull’eventuale perorazione del voto plurimo da parte dell’altra grande banca mista o speculativa dell’epoca, il Credito Italiano.

⁽¹⁸⁷⁾ All’epoca, cfr. *Il dissesto della “Commerciale”*, in «Lo stato operaio. Rassegna di politica proletaria», 1931, p. 562 [alla rivista comunista fu possibile pubblicare la ricostruzione della ‘rete’ partecipativa della Comit essendo entrata in

In via preliminare, constatazione rilevante è che la Comit rappresentò, nella nostra esperienza nazionale, il *primo (in ordine cronologico) esempio significativo di società la quale creò azioni a voto potenziato*. Ciò avvenne con la deliberazione dell'assemblea straordinaria del 3 settembre 1897 ⁽¹⁸⁸⁾, di aumento del capitale e di

possesso di puntuali dati forniti da Giorgio Amendola, messi a disposizione da Raffaele Mattioli (all'epoca, direttore generale): cfr., da ultimo, l'eclettico, suggestivo e assai informato saggio di M. BLONDET, *Adelphi della dissoluzione. Strategie culturali del potere iniziatico*, Proceno, Effedieffe, 2013, p. 31 e s. (devo all'amico Giuseppe Ferri la segnalazione del libro)]; in precedenza, con riferimento alla situazione quale attestata dal bilancio dell'esercizio 1925, cfr. *Dichiarazione di Toeplitz al Consiglio della Banca Commerciale Italiana del 3 novembre 1931, in merito al colloquio con Mussolini del 26 settembre 1931 e successivi incontri romani*, in *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Verbali del Consiglio di Amministrazione (VCA)*, 13, p. 61 e ss., e riprodotto anche in CONFALONIERI, *Banche miste*, cit., p. 634 e ss. (complesso di titoli e partecipazioni pari a 1.350.000.000). Evidenziano l'estensione della 'rete' delle società controllate dalla Comit, tra altri (oltre a quelli fondamentali di Confalonieri), gli studi di P. GRIFONE, *Il capitale finanziario in Italia* (1945), Torino, Einaudi, 1981, p. 32 e ss.; E. CIANCI, *Nascita dello stato imprenditore in Italia*, Milano, Rocco Carabba, 1977, p. 86 e ss.; A.M. FALCHERO, *La Banca Italiana di Sconto 1914-1921. Sette anni di guerra*, Milano, Franco Angeli, 1990, p. 52 e ss.; G. TONIOLO, *Crisi economica e smobilizzo pubblico delle banche miste (1930-1934)*, in *Industria e banca nella grande crisi 1929-1934*, Milano, Etas Libri, 1978, p. 291 e ss.; G. CONTI, *Finanza d'impresa e capitale di rischio in Italia (1890-1939)*, in « Riv. stor. econ. », 1993, p. 314 e ss.; L. SEGRETO, *Gli assetti proprietari*, in *Storia dell'industria elettrica in Italia*, 3, *Espansione e oligopolio 1926-1945*, I, Roma-Bari, Laterza, 1993, p. 94 e s.; P. HERTNER, *Il capitale tedesco in Italia dall'Unità alla prima guerra mondiale. Banche miste e sviluppo economico italiano*, Bologna, il Mulino, 1984, p. 61 e ss. Nell'epoca considerata, cfr., ad esempio, N. BAVA, *I quattro maggiori istituti italiani di credito*, Genova, Valugani, 1926.

⁽¹⁸⁸⁾ In via assoluta, pertanto, non risulta corretto sentenziare che le azioni a voto potenziato fossero *completamente* sconosciute alla prassi italiana di fine Ottocento. Questa affermazione (appunto, non corretta in senso assoluto) ricorre, ad esempio, in atti della causa Società An. Idroelettrica Piemontese (S.I.P.) contro Baratelli, la quale diede luogo alla pronuncia (favorevole alla creazione delle azioni a voto potenziato) di App. Torino, 3 giugno 1927, in « Riv. dir. comm. », 1927, II, p. 405 e ss. (con nota critica di R. PAULIS, *Le azioni a voto plurimo*). Nel novero dei provvedimenti giudiziali legittimanti la creazione di azioni a voto potenziato, quello emesso dai giudici torinesi riveste primaria importanza anche perché si tratta di una delle più rilevanti società all'epoca finanziate e partecipate proprio dalla Comit. La deliberazione dell'assemblea straordinaria della S.I.P. del 23 marzo 1925 aveva aumentato il capitale da L. 200 a L. 600 milioni, aumento da effettuarsi (*t*) da L. 200 milioni a L. 400 milioni, mediante emissione di n. 1.600.000 azioni da L. 125 cadauna, da collocarsi presso enti bancari o

modifica dello statuto (per quel che qui rileva, l'art. 30, comma 2) quale all'origine adottato (1894) ⁽¹⁸⁹⁾. Devo subito precisare, tutta-

industriali, esclusivamente « in permuta d'interessenze azionarie », in aziende elettriche nazionali o per apporti di impianti elettrici; (ii) da L. 400 milioni a L. 600 milioni, mediante emissione di altre n. 1.600.000 azioni riservate interamente in opzione agli azionisti. Baratelli impugnò la deliberazione, domandandone l'annullamento in base: a) all'illegittimità della creazione delle azioni a voto plurimo; b) alla mancanza nell'atto costitutivo di una deroga che ne consentisse creazione (stante l'interpretazione del combinato-disposto degli artt. 6 e 18 dello statuto); c) alle peculiari modalità di emissione di queste azioni, in quanto, in violazione di principi inderogabili e fondamentali delle anonime, le azioni a voto plurimo erano state riservate nella maggior parte al 'nucleo' di comando, anziché assegnate interamente in opzione a tutti i soci. La III Sezione del Tribunale (9 dicembre 1926, in « Foro sub. », 1927, p. 39) annullò la deliberazione, rilevando, tra l'altro, il contrasto del voto potenziato con la « impronta dell'assemblea a tipo parlamentare », la « originaria concessione dei suoi poteri », la « funzione specifica dell'azione », la « impossibilità in cui si trovò il legislatore di prevedere la eventuale creazione di azioni a voto plurimo », e le « norme regolatrici dell'esercizio del potere legislativo ». La S.I.P. impugnò la statuizione del Tribunale. La Corte d'Appello, dopo avere invocato il precedente di Cass., 15 luglio 1926 (v. oltre) favorevole al potenziamento statutario del voto, statuì, tra l'altro, che occorreva verificare se la creazione delle azioni a voto plurimo fosse stata prevista dallo statuto della S.I.P. risalente al 1897, in quanto il Tribunale di Torino, pur ammettendo il voto plurimo, aveva negato che lo statuto della società, riferendosi alle azioni privilegiate o preferenziali, lo contemplasse giacché al tempo della redazione dello statuto le azioni a voto plurimo non sarebbero state conosciute, e praticate, né in Italia né all'estero. Al contrario, secondo la Corte d'Appello, la creazione di queste azioni da parte dell'assemblea straordinaria della S.I.P. null'altro aveva disposto che dare esecuzione proprio a quella previsione statutaria (art. 6) che legittimava la creazione delle azioni preferenziali. Nel riconoscere ciò, i giudici dell'appello rilevarono la non esattezza dell'affermazione (del Tribunale e del convenuto) che voleva non conosciute le azioni a voto plurimo nel 1899, anno di costituzione della S.I.P. (con il nome Società Industriale Elettrochimica di Pont Saint Martin). Questa conoscenza ricavano, la Corte d'Appello e l'attore (*id est*, la S.I.P.), invocando V. MORI, *Amministrazione della società anonima nel diritto e nella giurisprudenza*, Torino, F.lli Boccia, 1897, secondo il quale, nel vigore del codice di commercio del 1882, la preferenza di una categoria di azioni avrebbe potuto concernere anche il voto (a nulla valendo l'obiezione della convenuta fondata sulla presunta carenza di autorevolezza dottrinale di Mori). I giudici di appello, conformandosi a un orientamento dottrinale e giurisprudenziale, affermarono che la legittimità delle azioni a voto potenziato discendeva « logicamente » dall'ordinamento perché non in contrasto con i principi affermati negli artt. 89, n. 10, 157 e 164 cod. comm. Tra l'altro, osservava la Corte d'Appello, « anche ammettendo che nel 1899 coloro che proposero o votarono lo statuto SIP non avessero in mente il privilegio del voto plurimo [...] ciò però non può avere le conseguenze volute dal Baratelli, perché è manifesto che i proponenti e votanti lo statuto

via, *in primo luogo*, che, in quel contesto deliberativo, le azioni a voto potenziato vennero connesse alla principale esigenza che il maggiore ‘ammontare’ (L. 2500 cadauna) di un determinato numero di azioni, create con l’aumento di capitale da L. 20.000.000 a L. 30.000.000 ⁽¹⁹⁰⁾, trovasse riscontro e riflesso in una (proporzionale)

hanno inteso che le azioni preferenziali potessero usufruire di tutti quei privilegi che lo sviluppo dell’istituto dell’anonima [...] avrebbe consigliato di applicare, e ciò non solo perché fu usata la frase generica ‘azioni preferenziali’ senza quindi alcuna allusione alla natura della preferenza, ma la istituzione di dette azioni preferenziali fu nettamente distinta e separata dalla istituzione di azioni di valore diverso per le quali solo [...] fu stabilita la proporzionalità del voto ».

⁽¹⁸⁹⁾ La possibilità di creazione di azioni a voto plurimo fu rimossa dallo statuto della Banca Commerciale Italiana nel 1935. Più in dettaglio, rispetto alle previsioni statutarie della Comit relative alle dotazioni di voto delle azioni, è possibile isolare, nel periodo 1894-1945, quattro fasi [*Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Fondo Statuti e Regolamenti*, cart. 2, fasc. 1]: (i) dal 1894 al 3 settembre 1897, a ogni azione era attribuito un diritto di voto (art. 30 Statuto); (ii) in forza delle modifiche statutarie approvate dall’Assemblea Straordinaria del 3 settembre 1897 (in particolare, art. 30, commi 2 e 3), ogni azione da L. 500 attribuì un diritto di voto a fronte dei cinque voti di ogni azione da L. 2500. Riflettendo sulle date, si coglie subito che del 1897 è pure, come rammentato, la riforma del § 252 HGB tedesco in forza del quale veniva espressamente ammesso il voto plurimo. Il diverso regime dei diritti di voto restò invariato fino al 1935 (unicamente mutando la numerazione dell’articolo dello Statuto che lo stabiliva: art. 30, commi 2 e 3 fino al 1907; art. 29, commi 2 e 3, dal 1908 al 1935); (iii) dal 1936 al 1938, l’art. 28, comma 2 (in combinato-disposto con l’art. 6, comma 2) tornò all’assegnazione di un unico voto a tutte le azioni; (iv) dal 1939 al 1945, prima il medesimo combinato-disposto, quindi (a partire dal 1942) l’art. 13 contemplarono il riconoscimento di un voto a ogni azione, con eccezione delle azioni di titolarità di cittadini ed enti stranieri, private di ogni diritto di voto.

⁽¹⁹⁰⁾ Reso necessario, almeno stando alle dichiarazioni del Presidente del Consiglio di Amministrazione, dall’estensione al Piemonte dell’operatività della Banca: cfr. Delibera dell’Assemblea Straordinaria del 3 settembre 1897, in *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Verbali dell’Assemblea Generale (VAG)*, 1, f. 48 e s. (« Il Presidente a nome del Consiglio di Amministrazione rivela l’opportunità, già altre volte espressa, di estendere le operazioni della Banca al Piemonte [...] e propone all’uopo che il capitale sia conseguentemente aumentato portandolo da venti a trenta milioni [...]. Osserva che la Direzione Centrale ha già provveduto per accordi presi con un Consorzio di banchieri al conveniente collocamento delle nuove azioni e cioè al 10% sopra la pari e aggiunge che si preferisce di emetterle del valore quintuplo dell’azione attuale onde fruire del mercato germanico dove non sono azioni titoli inferiori a 1.000 marchi ciascuno »).

maggiore dotazione di voto rispetto alle azioni d'inferiore ammontare (L. 500 ciascuna) ⁽¹⁹¹⁾. La *seconda precisazione* concerne alcuni dei più importanti — per le sorti dell'assetto proprietario e, si può dire, altresì di controllo della Comit (la loro sequenza temporale, infatti, ritma e cadenza gli interventi di difesa della Banca dalla « fantasiosa egemonia », dal « sogno egemonico » ⁽¹⁹²⁾, dal « furibondo accaparramento delle azioni sul mercato » ⁽¹⁹³⁾ dei fratelli Perrone) — aumenti di capitale attuati dalla Banca in epoca successiva alla modificazione statutaria in parola: più precisamente, quelli del 1920 (da L. 260.000.000 a L. 400.000.000), 1924 (da L. 400.000.000 a L. 500.000.000) e 1925 ⁽¹⁹⁴⁾ (da L. 500.000.000 a L. 700.000.000). Si dia per acquisita la duplice considerazione, *da una parte*, che l'esplicita autorizzazione statutaria alla creazione delle

⁽¹⁹¹⁾ V. testo modificato dell'art. 5 dello Statuto: « Il capitale sociale è di L. 30.000.000 e può essere rappresentato da azioni di diverso ammontare, ma di pari valore proporzionale nei riguardi dei rispettivi diritti. Esso è costituito da 40.000 azioni da L. 500 cadauna e da 4.000 azioni da L. 2.500 cadauna, ritenuto che ogni azione da L. 2.500 abbia parità di diritti di 5 azioni da L. 500 ».

⁽¹⁹²⁾ Il piano complessivo dei Perrone veniva qualificato dal Presidente del Consiglio di Amministrazione della Comit, Silvio Crespi — del quale i virgolettati nel testo — « certamente colossale, per quanto a noi non chiaro nelle sue finalità », non riferito « ad alcuna necessità industriale », tale da rappresentare « nell'intreccio formidabile un pericolo costante a danno di tutti i portatori delle varie azioni e particolarmente dei depositanti » delle diverse banche (alludendosi ai possessi azionari di Mario e Pio Perrone nella Banca Italiana di Sconto e nella Banca di Roma, oltre che nella Commerciale): seduta consiliare del 28 maggio 1920, in *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Verbali del Consiglio di Amministrazione (VCA)*, 5, f. 260 e s. All'opposto e specularmente, i Perrone lamentavano il danno a tutti gli altri azionisti della Comit derivante dai vantaggi accordati al 'gruppo' facente capo al Consorzio Mobiliare Finanziario (su cui v. *infra*).

⁽¹⁹³⁾ Così, ancora, Crespi, seduta consiliare del 28 maggio 1920, cit., ff. 258 e 261.

⁽¹⁹⁴⁾ Nella seduta del Consiglio di Amministrazione del 12 ottobre 1925 [in *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Verbali del Consiglio di Amministrazione (VCA)*, 8, f. 215 e ss.], il Presidente Crespi spiegò la preferenza per l'aumento dei mezzi propri rispetto alle smobilizzazioni di partecipazioni (più conveniente finanziariamente) osservando che queste non sarebbero state preferibili dal punto di vista dello « standing internazionale della Banca ». L'aumento veniva offerto agli azionisti (ivi, f. 218) « sotto la garanzia del solito Sindacato che verrà costituito dal Consorzio dei maggiori azionisti e della solita schiera dei nostri amici ».

superiori azioni, veniva a forgiare una categoria di azioni che si presentava idonea ad assorbire e sprigionare, da allora in avanti, ove ritenuto opportuno ovvero necessario, in virtù di aumenti di capitale attuati (solo oppure anche) con emissione di azioni a voto plurimo, una frazione rilevante del potere di influenza; e, *dall'altra*, che, nei fatti, la collocazione 'riservata' ⁽¹⁹⁵⁾ ovvero comunque 'indirizzata' e 'veicolata' ⁽¹⁹⁶⁾ dei tre menzionati aumenti di capitale, sotto la garanzia di rispettivi appositi Sindacati ⁽¹⁹⁷⁾, fu assistita dallo scopo, a seconda dei casi e dei contesti, velato da esigenze di opportunità contabile-finanziaria oppure apertamente esternato dai vertici gestionali della Banca, di resistere ai tentativi di 'assalto' (tentativi qualificati, altresì e tra l'altro, di suo asservimento a interessi privati) e, così, di metterne in sicurezza l'assetto proprietario e di controllo. Ciò attestato, devo ricordare, però, che gli aumenti di capitale del 1920, 1924 e 1925 furono attuati mediante emissione esclusivamente di azioni del valore nominale di L. 500 cadauna e, quindi, di azioni provviste di diritto di voto unico.

In realtà e piuttosto, è anche la vicenda dell'aumento di capitale del 1924 del Consorzio Mobiliare Finanziario, e gli strascichi giudiziari ai quali diede luogo, ad attestare, in modo emblematico, assieme tra l'altro all'attività di promozione delle azioni a voto plurimo intrapresa dalla Banca Commerciale Italiana in società industriali partecipate e ai ricostruiti componenti del complessivo carteggio dell'avv. Camillo Giussani, l'interesse della Comit a supportare, in modo energico, il riconoscimento di ammissibilità dell'istituto, *de iure condendo et de iure condito*.

Tra il febbraio del 1918 e il marzo del 1920 ⁽¹⁹⁸⁾, la Comit fu obiettivo di tentativi di scalata ⁽¹⁹⁹⁾ dell'Ansaldo dei fratelli Per-

⁽¹⁹⁵⁾ È il caso dell'aumento di capitale del 1920: v. dopo.

⁽¹⁹⁶⁾ Sono le ipotesi degli aumenti di capitale del 1924 e 1925.

⁽¹⁹⁷⁾ *Id est*, appositi accordi concernenti i singoli aumenti.

⁽¹⁹⁸⁾ E, in questo periodo, con deboli tregue affidate alla stipulazione di patti parasociali: 12 giugno 1918 e 11 marzo 1920: sintesi in CARIELLO, *Azioni a voto potenziato*, cit., p. 30 e ss.; e v. pure *infra*.

⁽¹⁹⁹⁾ « Quello che fu dalla voce pubblica felicemente detto il tentativo di 'scalata alla Banca' », la stessa pubblica opinione della quale si enfatizzò la « reazione vivacissima » a tale tentativo: dichiarazione del Presidente del Consiglio di Amministra-

rone (200). Al fine di scongiurare il successo di questi e di eventuali ulteriori tentativi, Toeplitz e i suoi alleati (201) misero a segno un triplice micidiale colpo per le ambizioni dei Perrone:

zione Crespi, in *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Verbali del Consiglio di Amministrazione (VCA)*, 5, ff. 256 e 261.

(200) La puntuale esposizione degli avvenimenti relativi ai tentativi di scalata alla Comit è ricavabile da *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Carte del Consulente Legale (della BCI) Camillo Giussani (PG)*, cart. 2, fasc. 9, f. 2 e ss. Fondamentale, per cogliere una sintesi del punto di vista dei vertici della Banca Commerciale Italiana sullo svolgimento degli avvenimenti, è la consultazione del Verbale del Consiglio di Amministrazione del 28 maggio 1920, cit., f. 256 e ss., e, in particolare, le dichiarazioni del Presidente, Silvio Crespi. Sui tentativi di scalata dei Perrone alla Comit (paralleli e, in qualche modo, correlati a quelli, tra il 1919 e il 1920, di Agnelli e Gualino al Credito Italiano: come parallelo e correlato alla costituzione del Consorzio Mobiliare Finanziario fu la creazione di un analogo Consorzio da parte del Credito Italiano, legato da accordi finanziari con Comofin) v., tra gli storici dell'economia italiani, per tutti, CONFALONIERI, *Banche miste*, cit., p. 47 e ss.; V. CASTRONOVO, *FIAT 1899-1999. Un secolo di storia italiana*, Milano, Rizzoli, 1999, p. 130 e ss. (il quale ricorda, tra l'altro, che i Perrone « avevano in mano una carta decisiva: quella offerta loro dal progetto Nitti sulla nominatività dei titoli delle società bancarie e industriali. Qualora il governo l'avesse tradotto in pratica, i responsabili della Comit sarebbero stati costretti a far rientrare le azioni che si trovavano all'estero e, peggio ancora, avrebbero dovuto rivelare pubblicamente chi ne fossero i proprietari »); CIANCI, *Nascita*, cit., p. 21 e ss.; FALCHERO, *La Banca*, cit., p. 55 e ss.; NARDOZZI, PILUSO, *Il sistema*, cit., p. 34 e ss.; F. COLTORTI, *Grandi gruppi e innovazione finanziaria nel Novecento*, in *Tra imprese e istituzioni. 100 anni di Assonime*, cit., 5, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 29 e ss.: v. anche due passaggi, rispettivamente, di App. Milano, 11 agosto 1925, cit., p. 497, e App. Torino, 3 giugno 1927, cit., p. 420. Sul complessivo scenario economico-finanziario nel quale si inserì questo tentativo di scalata (e anche quelli al Credito Italiano), cfr. G. TONIOLO, *Il profilo economico*, in *La Banca d'Italia e il sistema bancario 1916-1936*, a cura di G. Guarino e G. Toniolo, Roma-Bari, Laterza, 1993, p. 5 e ss.; A. CARRERAS, E. FELICE, *L'industria italiana dal 1911 al 1938: ricostruzione della serie del valore aggiunto e interpretazioni*, in « Riv. st. econ. », 2010, p. 285 e ss.; e, in una prospettiva particolare, A. ROSSELLI, *Gli economisti e il finanziamento della seconda guerra mondiale. Ideologie politiche e dottrine economiche*, ivi, 2014, p. 79 e ss.

(201) Un numeroso 'gruppo' di 'antichi e fedeli' azionisti della Comit [ALTA CORTE di GIUSTIZIA, *Sentenza assolutoria del 19 dicembre 1922 nel processo della « scalata alle banche »*, in: *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Segreteria dell'AD Giuseppe Toeplitz (ST)*, cart. 25, fasc. 4, f. 8] facente capo al Banco L. Marsaglia di Torino. Non è però condivisibile che la variegata composizione di Comofin non permettesse di individuarne un nucleo di controllo: sicché il Consorzio, oltre che la Comit (ma v. dopo, nel testo, la contraria indicazione del Presidente del Consiglio di Amministrazione Crespi), sarebbero stati enti privi di soggetti di controllo

(i) a seguito della stipulazione di un nuovo accordo (11 marzo 1920), le 200.000 azioni riconducibili a Mario e Pio Perrone vennero offerte in cessione a un « gruppo di Società, d'industriali, di commercianti, di azionisti della Banca »⁽²⁰²⁾;

(ii) questo 'gruppo' s'identificava in quello costitutivo (25 marzo 1920) del e formante il Consorzio Mobiliare Finanziario⁽²⁰³⁾, sorto « per la necessità di difesa dell'indipendenza della Banca e dell'intero credito nazionale »⁽²⁰⁴⁾;

perché, piuttosto, 'di tutti gli azionisti e i depositanti' della Banca Commerciale Italiana. Così descrive il ruolo svolto (almeno secondo lui e il 'gruppo' dirigente) dal Consiglio di Amministrazione della Comit il suo Presidente Crespi nella seduta consiliare del 28 maggio 1920, cit., f. 260: « Il Consiglio mandatario degli azionisti e tutore dell'interesse dell'Istituto, non era e non poteva essere parte nelle lotte di borsa per la conquista delle azioni; poteva e doveva aver l'occhio vigile sulla difesa dell'Istituto contro un violento tentativo di asservimento di esso ad interessi particolari ».

⁽²⁰²⁾ Gruppo così dichiarava, ancora una volta Crespi nel corso del Consiglio di Amministrazione del 28 maggio 1920, cit., f. 261, « che si era, sotto il pungolo dell'attacco, più che mai stretto e consolidato a difendere l'indipendenza della Commerciale e con essa l'indipendenza delle nostre industrie », con un « un atto di difesa del credito e di tutta l'attività nazionale »; v. anche dopo.

⁽²⁰³⁾ L'art. 2 dello Statuto di Comofin stabiliva che « La Società ha per oggetto principale di assumere partecipazioni e concedere finanziamenti, sotto qualsiasi forma, in Banche, Società, ed Imprese Industriali e commerciali. Potrà occuparsi di altri affari finanziari e di credito mobiliare in genere ». Quali maggiori azionisti del Consorzio figuravano il Credito Italiano, la Società Commerciale d'Oriente, l'*American Italian Commercial Corporation*, la Banca Italiana e Francese per l'America del Sud: *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Fondo CMF*, cart. 14, fasc. 1. Rileva CONFALONIERI, *Banche miste*, cit., p. 66, come, formalmente, il capitale di Comofin fosse suddiviso tra numerose società industriali e commerciali; e anche che, in sostanza, le disponibilità erano state fornite dalla Banca Commerciale stessa, con crediti a tassi compensati con i dividendi del Consorzio.

⁽²⁰⁴⁾ Così Silvio Crespi, seduta del Consiglio di Amministrazione della Comit, 28 maggio 1920, cit., f. 269. Nelle conclusioni (segnatamente, p. 19) formulate da Giussani, in difesa di Comofin, nel giudizio di annullamento della deliberazione del 24 novembre 1924 davanti al Tribunale di Milano [v. *infra*; in *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Fondo CMF*, cart. 12, fasc. 2], si legge: « È vero ch'essa [la società Comofin] s'è costituita, nel marzo 1920, col concorso delle maggiori e migliori forze industriali e commerciali d'Italia [...], per assicurare, mediante l'assunzione di una cospicua parte del capitale della Banca Commerciale Italiana, la integrità e la indipendenza di questo Istituto di fronte alla clamorosa scalata che in quell'epoca i Fratelli Perrone (che è quanto dire Banca Industriale Italiana: la quale non è che un anonimo strumento loro) avevano tentato,

(*iii*) di lì a pochi giorni (30 marzo 1920), l'assemblea straordinaria della Banca Commerciale Italiana deliberò un aumento di capitale (da L. 260.000.000 a L. 400.000.000), contestato dai Perrone come « illegale » perché « non realmente necessario » ⁽²⁰⁵⁾, ma

e che ne avrebbe compromesso le sorti, come per altro importantissimo Istituto avvenne: con quale iattura per l'economia nazionale non è chi non veda! Ed è vero che, in relazione a quel fine, il Consorzio Mobiliare Finanziario divenne, com'è, possessore di un importante numero di azioni della Banca Commerciale Italiana. Ma che vuol dire tutto ciò? Vuol dire forse che non sia lecito a quella Società di attuare — se la legge lo consente, come dimostreremo — una provvidenza diretta a costituire una più ferma garanzia del proprio fine, ben noto e ben accetto agli azionisti, rendendo nello stesso tempo più facilmente accessibile al pubblico di partecipare, con più larga diffusione delle azioni, ad una Società fiorente e prospera? Se v'è un concetto accolto da economisti e giuristi, anche i più avversi alle concentrazioni consorziali di gruppi azionari, è quello di una differenziazione d'apprezzamento fra il caso di una Società industriale e quello di un'azienda bancaria: per il quale ultimo, la opportunità di provvidenze cautelative nel senso suesposto si riflette in una sfera d'interessi assai più larga di quel che non sia per una normale azienda industriale, e assume quindi un carattere di convenienza generale». V. pure App. Milano, 11 agosto 1925, p. 497, la quale, osservando a proposito della meritevolezza delle azioni a voto plurimo, rilevava trattarsi di un istituto « che si propone di facilitare la costituzione e lo sviluppo delle società, permettendo di far ricorso al capitale ed insieme di mantenere ai più idonei la direzione dell'impresa, assicurare l'operosa continuità di intenti e di indirizzo e rafforzare la difesa contro la cosiddetta scalata che in ispecie se tentata alle banche (il Consorzio Mobiliare Finanziario corse a difendere e garantire l'indipendenza ed integrità della Banca Commerciale), possono risultare perniciose all'economia generale. Certo, non è compito del magistrato invadere il campo delle dottrine economiche e valutare queste esigenze ed i pericoli ed inconvenienti che gli avversari dell'istituto segnalano, pesare cioè pregi e difetti, utili e danni del voto plurimo ». Conforme (sulla meritevolezza della finalità anti-scalata delle azioni a voto plurimo), sempre nella giurisprudenza, Cass., 15 luglio 1926, cit., p. 376: « fautori ed avversari non disconoscono l'esistenza del fenomeno [...] e la necessità di difendere istituti di credito e società commerciali dall'assalto di coloro, che cercano conquistarne il governo, non sempre animati da buone intenzioni [...]. La stabilità e la tranquillità dei dirigenti [...] è d'interesse generale. È probabile che vi sia rimedio più appropriato e opportuno del voto plurimo; ma non può negarsi che esigenze vi siano che chiedono adeguate provvidenze ».

⁽²⁰⁵⁾ Alla contestazione così pensò di ribattere il Presidente del Consiglio di Amministrazione Crespi, seduta consiliare del 28 maggio 1920, cit., f. 261: « Evidentemente si confonde una questione di legittimità con una questione di opportunità, che non la legge ma l'opportunità detta i criteri e i limiti di ogni aumento di capitale ».

omologato dal Tribunale di Milano ⁽²⁰⁶⁾, mediante emissione di una prima *tranche* di n. 104.000 azioni, del valore nominale di L. 500 cadauna, offerte in opzione a tutti gli azionisti, e di una seconda *tranche*, pari a n. 176.000 azioni, d'identico valore nominale di L. 500 per ciascuna ⁽²⁰⁷⁾, con collocamento rimesso al Consiglio di Amministrazione della Banca, il quale procedette alla destinazione a Comofin. L'aumento di capitale era esplicitamente finalizzato, nell'immediato e nello specifico, alla difesa della Comit dai fratelli Perrone:

A quella difesa egli [il Consiglio di Amministrazione della Banca Commerciale Italiana] si apprestava proponendosi di invocare dall'Assemblea una deliberazione di aumento di capitale, d'altronde necessario ed esplicitamente raccomandato dalla nostra Commissione di bilancio che, destinato a paralizzare le sopraffazioni di un gruppo personale, l'asservimento dell'Istituto evitasse ⁽²⁰⁸⁾.

Nel corso dell'Assemblea, il Presidente del Consiglio di Amministrazione, Silvano Crespi, dichiarò:

L'assemblea degli azionisti sappia che nessun gruppo può dominare la Banca perché il solo nucleo di azioni importante è in mano di un Consorzio il quale non è formato da un dato istituto o da un dato gruppo ma da numerosi enti e privati i cui interessi possono essere in contrasto fra di essi e quindi, nei rapporti con la nostra Banca, le loro singole azioni si svolgeranno nell'esclusivo interesse dell'Istituto ⁽²⁰⁹⁾.

Alla sua voce si aggiunse, tra le altre, quella di Camillo Giussani, il cui intervento venne così rappresentato:

Riassume i temi del dibattito chiedendosi che cosa ha soprattutto preoccupato nei fatti recentemente svoltisi. Il dubbio che da parte di una azienda

⁽²⁰⁶⁾ Del quale, sempre il Presidente Crespi, rammenta (Consiglio di Amministrazione del 28 maggio 1920, cit., f. 269) « la [conosciuta] scrupolosa avvedutezza e diligenza di controllo in materia ».

⁽²⁰⁷⁾ Il capitale, pertanto, risultava suddiviso in n. 760.000 azioni, del valore nominale di L. 500 cadauna e con un voto per azione, e n. 8.000 azioni, del valore nominale di L. 2.500 ciascuna e con cinque voti per azione.

⁽²⁰⁸⁾ Dichiarazione del Presidente del Consiglio di Amministrazione Crespi, seduta del 28 maggio 1920, cit., f. 260.

⁽²⁰⁹⁾ Verbale della deliberazione dell'Assemblea Straordinaria del 30 marzo 1920, in da *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Verbali dell'Assemblea Generale (VAG)*, 3, f. 21.

industriale si tentasse un accaparramento ai danni della Banca. Che cosa in sostanza è avvenuto? Che il gruppo possessore di una forte quantità di azioni ha chiesto di entrare a far parte del Consiglio. Successivamente questo gruppo ha ceduto la quasi totalità delle sue azioni. Si è così pertanto eliminato il turbamento che aveva invaso il mondo finanziario e si è tolto al gruppo cui *si attribuivano* scopi di dominio la possibilità di raggiungerli [...]. L'assemblea deve ora limitarsi a plaudire a coloro che hanno condotto a questo brillante risultato senza preoccuparsi se una persona di più o di meno fa parte del Consiglio quando questo è sottratto in modo assoluto e definitivo a qualsiasi dipendenza ⁽²¹⁰⁾.

Negli anni immediatamente successivi, la minaccia dei Perrone sulla Comit era avvertita, dalla esistente (nonostante le attestazioni contrarie dei vertici gestionali) coalizione di controllo della banca milanese, ancora incombenza, e comunque non definitivamente tramontata, e si temeva che essa potesse sortire l'effetto paventato proprio tramite una scalata a Comofin ⁽²¹¹⁾. In ogni caso, in una prospettiva di valutazione più generale, il tentativo dei Perrone aveva fatto maturare o comunque accresciuto la consapevolezza che, al fine di blindare l'assetto di controllo della Comit 'in mani amiche' e — si ripeteva costantemente — nell'interesse nazionale ⁽²¹²⁾, occorresse potenziare la funzionalità difensiva della Comit connessa già alla costituzione del Consorzio (appunto, 'di difesa') tramite un

⁽²¹⁰⁾ Ivi, f. 26.

⁽²¹¹⁾ Nel 1918, gli stessi Perrone avevano rastrellato azioni della Banca Industriale Italiana, futura azionista Comofin; ma, soprattutto, parteciparono al Consorzio per dieci milioni di lire, tramite la Società Nazionale di Navigazione.

⁽²¹²⁾ Sempre secondo il punto di vista dei vertici dell'epoca della Comit « il Paese [...] aveva intuito la minaccia di questo primo tentativo di scalata [quello degli inizi del 1918] »; i fratelli Perrone « sentirono il pericolo e l'offensiva di guerra divenne una offensiva di pace [con riferimento alla stipula del patto di sindacato del marzo 1918] »: così Crespi, seduta del Consiglio di Amministrazione del 28 maggio 1920, cit., f. 256; il quale però, ricostruendo gli avvenimenti che portarono alla costituzione di Comofin, osservava — f. 258 — che il patto parasociale fu per i Perrone « una sosta », « una finta », dal momento che continuarono ad acquistare azioni Comit, giungendo (marzo 1920) a possedere 90.000 azioni sindacate e, soprattutto, 100.000 non apportate al sindacato e ad affermare di possedere 240.000 azioni delle 520.000 formanti il capitale della Banca. Questo seconda incetta di azioni Comit, congiunta all'esercizio « del diritto di sconto (in condizioni di fatto e con finalità perfettamente contrarie a quelle per le quali era stato dalla legge istituito) », condussero a una seconda tregua con la cooptazione dei fratelli Perrone nel Consiglio di Amministrazione della Banca Commerciale Italiana (*ibidem*).

intervento che modellasse la sua struttura azionaria in modo da ancora meglio prevenire l'esposizione di Comofin stesso a scalate e l'accaparramento del pacchetto di controllo delle azioni Comit concentrate e sindacate nel Consorzio. Si decise, pertanto, un aumento di capitale, da L. 100 milioni a L. 210 milioni, di Comofin mediante emissione di azioni a voto plurimo (creazione che sarebbe stata legittimata, e non contrariata, dal combinato-disposto degli artt. 9 e 20 dello Statuto), con connesse modificazioni (a valenza puramente esplicitante e chiarificatrice) dello statuto di Comofin⁽²¹³⁾. Allo scopo, venne convocata, per il 24 novembre 1924, l'assemblea straordinaria con il seguente ordine del giorno:

- 1) relazione del Consiglio di modificazioni del valore nominale delle azioni e deliberazioni relative; 2) proposta di aumento del capitale con emissione di azioni aventi diritti diversi dalle attuali, determinazione della misura, condizioni e modalità di tale aumento e deliberazioni relative; 3) proposta di modificazioni in dipendenza ed in relazione a quanto sopra degli artt. 5, 16, 18, 20, 25, 31 dello statuto sociale e deliberazioni relative.

D'altronde, qualche mese prima, l'amministratore delegato Toeplitz aveva manifestò un aperto assenso nei confronti del voto potenziato⁽²¹⁴⁾, in ragione degli ascritti vantaggi di (contribuire a), appunto, impedire accaparramenti e tentativi di scalate ostili (le quali, se attuati da determinati soggetti imprenditoriali, si pensava avrebbero compromesso l'indipendenza gestionale e finanziaria della società obiettivo ove questa fosse stata una banca, con serio danno, si riteneva, dell'economia nazionale), regolare il mercato e assicurare la continuità d'indirizzo delle imprese. Mi riferisco a quanto affermato da Toeplitz nell'ambito delle dichiarazioni rese sull'*Andamento degli affari della Banca*, durante la seduta del Consiglio di Amministrazione del 2 luglio 1924:

⁽²¹³⁾ Nella giuscommercialistica dell'epoca, SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 763, cataloga l'emissione delle azioni a voto plurimo in Comofin come esempio di ricorso allo strumento al fine d'impedire scalate e accaparramenti.

⁽²¹⁴⁾ CONFALONIERI, *Banche miste*, cit., p. 629; CARIELLO, *La Banca*, cit., p. 40, nt. 31; v. pure NARDOZZI, PILUSO, *Il sistema*, cit., p. 35; nella letteratura economico-bancaria dell'epoca, un riferimento al frequente riconoscimento del privilegio del voto multiplo alle banche che promuovevano o finanziavano le imprese in CAPRARA, *Il credito*, cit., p. 80 e ss.

non è vero che l'eccesso di ottimismo della borsa in questi ultimi tempi sia stato voluto dalla nostra Banca, la quale anzi ha approfittato — come è stato detto — della tendenza favorevole per alleggerire il proprio portafoglio. Sta invece che le grandi fortune particolari createsi negli ultimi tempi si sono accaparrate in parte il dominio del mercato. Abbiamo procurato di controbattere tale azione col cercare di ottenere la creazione di titoli a voto plurimo — come è ammesso per Società di nuova costituzione — anche per quelle preesistenti i cui statuti non li contemplano, ma purtroppo i recenti perturbamenti della vita pubblica obbligano a una politica di attesa, mentre è indubbio il vantaggio che il provvedimento auspicato comporterebbe nell'impedire accaparramenti e scalate col regolare il mercato e coll'assicurare la continuità d'indirizzo delle grandi aziende industriali ⁽²¹⁵⁾.

All'adunanza assembleare di Comofin del 24 novembre 1924 intervennero 37 azionisti, rappresentanti n. 139.886 azioni sul totale di n. 140.000. L'assemblea deliberò all'unanimità ⁽²¹⁶⁾. Sennonché, il

⁽²¹⁵⁾ *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Presidenza e Consiglio di Amministrazione della BCI, Fondo Verbali, Serie Verbali del Consiglio di Amministrazione, faldone 7, f. 267.*

⁽²¹⁶⁾ Tra l'altro: « b) di stabilire, valendosi della facoltà riservata dall'art. 9 dello statuto sociale e dall'art. 1 dell'atto costitutivo della società, che le azioni di categoria A e le azioni di categoria B godranno rispettivamente dei seguenti diritti: per quanto riguarda il diritto di voto ogni azione di categoria B avrà diritto a cinque voti mentre ogni azione di categoria A avrà diritto ad un voto; per quanto riguarda la partecipazione agli utili sociali (sia in sede di utili risultanti dalla liquidazione dopo l'integrale rimborso del capitale), gli utili stessi dovranno essere assegnati alle azioni di categoria A sino alla concorrenza del 5% sul capitale versato, indi alle azioni di categ. B sino alla stessa misura, infine previa detrazione delle quote spettanti al Consiglio, saranno assegnate a tutte le azioni A e B in uguale misura proporzionale; c) di stabilire che le nuove 140.000 azioni [...] siano offerte in opzione agli azionisti, in ragione di un'azione di categoria A e di un'azione di categoria B per ogni gruppo di due vecchie azioni e cioè dell'attuale valore nominale di L. 100 possedute, provvedendosi dal Consiglio al collocamento di quelle che non venissero optate [...] c) di modificare i sottoindicati articoli dello statuto sostituendo al loro testo attuale il seguente: Art. 5 — Il capitale sociale è di L. 2.1000.000 diviso in N. 420.000 azioni del valore nominale di L. 500 l'una delle quali 350.000 sono di categoria A e 70.000 di categoria B con i vari rispettivi diritti di voto e di partecipazione agli utili [...]; Art. 6 — Le azioni di categoria B ancorché liberate per intero sono nominative, quelle di categoria A dopo liberate per intero possono essere convertite al portatore su richiesta ed a spese dell'azionista [...] Qualora un azionista intenda cedere le proprie azioni di categoria B o parte di esse, dovrà darne preventiva comunicazione scritta al Consiglio di Amministrazione, al quale è riservata la facoltà [...] di presentare altro o altri acquirenti con diritto di prelazione a parità di condizioni [...] Art. 20 — Ogni azione di categoria A dà diritto ad un voto; ogni azione di categoria B dà diritto a cinque voti; Art. 25 — [...] Quando si tratta di deliberare su modificazioni

Tribunale di Milano respinse il ricorso con il quale si domandava venisse ordinata la trascrizione e l'affissione del verbale dell'assemblea (*ex artt.* 91 e 96 cod. comm. 1882), statuendo (decreto 1° dicembre 1924) la contrarietà alla legge della deliberazione di suddivisione delle azioni in due 'serie' (una — 'serie B' — costante di n. 70.000, azioni ognuna delle quali avente diritto a cinque voti, rispetto alle 350.000 azioni formanti la 'serie A', ciascuna provvista di un voto). Il Consorzio Mobiliare Finanziario ricorse in appello e a essa si oppose la Banca Industriale Italiana (in liquidazione) ⁽²¹⁷⁾, controllata dai fratelli Perrone. Da qui s'innescò un contrasto giurisprudenziale ⁽²¹⁸⁾ tra il Tribunale di Milano (accogliente la tesi della Banca Industriale Italiana: « l'emissione di azioni a voto plurimo, accanto ad azioni a voto unico, è contraria alla legge » ⁽²¹⁹⁾) e

statutarie che importino variazioni nei rispettivi diritti delle azioni di categoria A e di quelli di categoria B le maggioranze di intervento e di voto favorevole richieste [...] dovranno essere distintamente raggiunte in rapporto al capitale rappresentato da azioni di categoria A, sia nei rapporti a quello rappresentato da azioni di categoria B»: in *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Fondo CMF*, cart. 12, fasc. 2.

⁽²¹⁷⁾ Peraltro, proprietaria di sole 38 azioni.

⁽²¹⁸⁾ Comofin venne assistita, nei primi due gradi e nel giudizio di richiesta di sospensione di esecuzione della deliberazione del 24 novembre 1924, da Camillo Giussani, affiancato poi, in Cassazione, dall'avvocato Carlo Scotti; la Banca Industriale Italiana (in liquidazione), dagli avvocati Guido Cassinelli e Filippo Pestalozza, nonché da Umberto Navarrini, nel giudizio di sospensione da Filippo Pestalozza, e in Cassazione da Guido Cassinelli e Filippo Pestalozza (e Giussani fece risaltare l'assenza di Navarrini tra i legali di controparte nel giudizio davanti alla Cassazione).

⁽²¹⁹⁾ Trib. Milano, 10 aprile - 4 maggio 1925, in « Riv. dir. comm. », 1925, II, p. 488 e ss., secondo il quale l'emissione di azioni a voto plurimo discendeva dalla lettera e dallo spirito dell'art. 164 cod. comm. (da interpretarsi nel senso che l'autonomia statutaria può investire solo i diritti patrimoniali): « Dalla lettera, perché disponendo questo articolo che le azioni conferiscono uguali diritti se non diversamente stabilito dall'atto costitutivo, aggiunge l'inciso « salvo però ad ogni azionista il diritto di voto nelle assemblee generali », e questo inciso non può significare che una cosa sola: e cioè, che la facoltà concessa dal legislatore agli statuti sociali di derogare alle norme dell'uguaglianza dei diritti provenienti dal possesso di ogni singola azione [...] non può essere estesa anche al diritto di voto, il che importa necessariamente che il diritto di voto, non solo non può essere eliminato, ma neppure è suscettibile di un trattamento diseguale fra azione ed azione [...] Dallo spirito, perché il legislatore ha posto il principio che ogni azionista debba avere il diritto di voto nelle assemblee generali, non per la tutela degli interessi privati dei singoli azionisti [...] ma sibbene per un interesse di ordine pubblico,

la Corte d'Appello meneghina (concorde con la posizione perorata da Comofin: « non è contraria alla legge la disposizione dello statuto

quale è quello di evitare che in seno alle anonime solo ad una parte degli azionisti fosse riservato il diritto di concorrere nelle assemblee a formare, con l'esercizio del diritto di voto, la volontà sociale, di impedire che sorgessero delle oligarchie arbitre degli interessi sociali ». Ciò sentenziarono i giudici del tribunale ambrosiano nonostante — si deve riconoscerlo, a prescindere dalla loro persuasività — le assai raffinate argomentazioni spese dall'avvocato Giussani a sostegno di Comofin. In particolare, le conclusioni prodotte in relazione al giudizio di annullamento [sempre in *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Fondo CMF*, cart. 12, fasc. 2] sono lettura che evidenzia l'elevata qualità professionale di Giussani. Il sostegno della tesi della legittimità della delibera di creazione delle azioni a voto plurimo ai sensi del combinato-disposto degli artt. 9 e 20 dello Statuto Comofin si avvale, nell'esposizione di Giussani, tra gli altri, dei seguenti argomenti: (a) l'art. 9 legittima la deroga all'art. 164 cod. comm., più precisamente al c.d. principio di parità dei diritti delle azioni (principio giudicato derogabile, anche perché non di ordine pubblico). La deroga è ammissibile per le azioni emesse in costanza di aumento di capitale (p. 21 e s.); (b) la creazione delle azioni a voto plurimo non è incompatibile con l'art. 164 cod. comm., sicché l'art. 9 dello Statuto (nella sua versione originaria), il quale ammette la creazione di azioni con diritti diversi o di preferenza nei limiti di quanto previsto dal medesimo art. 164 cod. comm., « comprende in sé, e quindi consente, anche la creazione di azioni a voto multiplo, appunto perché 'nei limiti dell'art. 164' » (p. 22 e s.); (c) « il richiamo allo Statuto non era e non è da noi fatto per contrapporre la disposizione dell'art. 9 a quella dell'art. 164, ma bensì per dimostrare come, nei limiti consentiti da questo, lo Statuto nostro avesse sin dall'origine derogato al precetto dell'eguaglianza dei diritti per le azioni conferendo all'Assemblea la facoltà di creazione di azioni a diritti diversi [...] Or, così essendo, pare a noi indubitabile che l'esercizio fatto dall'Assemblea del novembre 1924 di quella facoltà di creazione di azioni con diritti diversi abbia la sua radice e la sua legittimazione appunto nello Statuto originario, e sia quindi, di fronte all'art. 164, pienamente regolare e valido [...] L'art. 20, nella sua dicitura originaria, disciplinava lo stato di fatto del capitale sociale originariamente costituito, e cioè in azioni aventi diritto a un voto ciascuna: ma poiché l'art. 9 prevedeva e permetteva la creazione di azioni di preferenza [...] era evidente che, attuandosi tale creazione [...] dovessero necessariamente introdursi nello Statuto le modifiche rispecchianti la nuova e diversa disciplina delle nuove azioni in confronto alle antiche » (p. 23 e ss.); (d) con la precisazione contenuta nell'art. 164 cod. comm. « salvo però ad ogni azionista il diritto di voto nelle Assemblee generali », la disposizione codicistica non stabilisce che « ogni azione abbia parità di diritto di voto », ma che « ogni socio ha diritto di voto » (*ibidem*). E nel caso della delibera di aumento di capitale di Comofin, « non si tratta [...] di un'attribuzione di voto plurimo « a una determinata categoria di azionisti » (come, ad esempio, gli azionisti amministratori, o gli azionisti portatori di un certo quantitativo minimo di azioni, o i soci fondatori, o simili); bensì dell'attribuzione del voto plurimo « a una determinata categoria di azioni », e, per essere ancora più precisi, alla metà delle nuove azioni che il Consorzio ha

di una società anonima che crea varie serie di azioni, con disparità nel numero dei voti attribuiti alle azioni delle varie serie »; « l'emis-

deliberato di emettere. Il quale rilievo ha una importanza, che ci sembra essenziale, per i fini della presente controversia, quando si avverta che con la propria deliberazione l'Assemblea del Consorzio ha dato in opzione le nuove azioni a voto multiplo, come quelle a voto unitario, a tutti i soci, senza distinzione o limitazione veruna [...] con che fu osservata, nel modo più scrupoloso, l'assoluta parità di trattamento fra tutti i soci e tutte le opzioni. E di fatto l'opzione fu esercitata pressoché al cento per cento [...] e fra gli optanti [...] il Consorzio ha avuto il piacere di annoverare anche [...] la Banca Industriale Italiana, odierna attrice. Questa condizione di fatto esclude quindi — indipendentemente anche da ogni questione generale di diritto — che per effetto della deliberazione dell'Assemblea [...] si sia verificato un qualsiasi spostamento nella rispettiva situazione proporzionale degli azionisti, sia rispetto al loro possesso azionario, sia rispetto ai diritti loro derivanti dallo stesso » (p. 30 e ss.); (e) negli artt. 157 e 164 cod. comm. « si ritrova [...] il concetto direttivo espresso dal Mancini nella Relazione al Codice di Commercio (parte I, n. LXXXVIII): 'il diritto di voto è regolato dal contratto, e nessun pubblico interesse richiede che in ciò sia posto alcun limite alla libertà dei contratti, salvo sempre il principio che ogni azionista debba avere almeno un voto nell'Assemblea generale'. Si accetti, e lo si deve accettare, questo ultimo principio (nessun azionista senza voto): ma del pari si deve accogliere, come l'ha accolto la legge, l'altro principio, della libertà cioè delle parti nel regolare quel diritto di voto, senza che 'alcun limite', per una inesistente qualsiasi ragione di pubblico interesse, sia posto a quella libertà contrattuale. Quando i soci, sia nell'atto costitutivo, sia con successiva delibera assembleare (che trae la propria legittimazione da una disposizione abilitatrice dello statuto fondamentale), stabiliscono di attribuire ad ogni socio il diritto di voto, ma un numero di voti diverso e maggiore a una determinata categoria di azioni, essi si mantengono pienamente nei limiti della libertà di contrattazione loro riservata dalla legge » (p. 29 e ss.); (f) « l'art. 157 è ispirato al concetto di una non necessaria corrispondenza fra la misura della partecipazione azionaria del socio nella Società, e la misura del suo diritto di voto. Il che vuol dire permettere ad azionisti possessori di una proporzionalmente minore quota di partecipazione azionaria, una proporzionalmente maggiore, e quindi una privilegiata situazione nell'esercizio del diritto di voto. Ed in sostanza le azioni a voto plurimo consacrano una situazione analoga: una attribuzione di potere deliberativo a determinate azioni in misura maggiore che ad altre di egual valore, e cioè un privilegio di azioni su azioni nel diritto di voto a parità quantitativa di investimento azionario. Noi non diciamo, del resto, che l'art. 157 espressamente sanziona l'istituto delle azioni a voto plurimo: noi diciamo che lo spirito informativo di questo si armonizza collo spirito informativo di quello; diciamo comunque che non vi contrasta, e soprattutto che l'art. 157 non esclude quell'istituto. E questo basta » (p. 35). Giussani cita (p. 36) lo stesso Navarrini, suo precedente contraddittore, quale favorevole alle azioni a voto potenziato (azioni che rispetto ad altre azioni hanno un numero maggiore di voto: U. NAVARRINI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Milano, Vallardi, 1924, n. 449).

sione di azioni a voto plurimo non è contraria alla legge, purché non implichi violazione delle norme inderogabili regolatrici delle società anonime »⁽²²⁰⁾), risolto a favore di quest'ultima dalla Cassazione

⁽²²⁰⁾ App. Milano, 16 dicembre 1924, cit., p. 210 e ss.; App. Milano, 11 agosto 1925, cit., p. 493 e ss.; pubblicata anche in « Foro it. », 1925, I, c. 757 e ss., con nota, totalmente adesiva, di SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 758 e ss. (il quale definisce quest'ultimo provvedimento della Corte d'Appello di Milano una « sentenza pregevolissima »); in senso opposto, FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., p. 507 e ss. (critico, in particolare, sulle affermazioni dei giudici di appello secondo le quali la legittimità del voto plurimo sarebbe stata motivata dal principio di c.d. libertà di pattuizioni e, comunque, eventuali abusi ed eccessi sarebbero stati sanzionati dall'autorità giudiziaria). A seguito del reclamo Comofin avverso il decreto del Trib. Milano 1 dicembre 1924, il PM osservava (4 dicembre 1924) che « le deliberazioni di cui trattasi non contrastano né cogli articoli 157 e 164 Cod. di Comm. né con alcuna altra disposizione di legge, né vanno contro l'atto costitutivo; e che quindi a torto il Tribunale ha creduto di non poterne autorizzare la pubblicazione. Esprime pertanto parere favorevole all'accoglimento del reclamo, conformemente al Decreto 13/8/24 n. 2703 di questa corte Ecc.ma »: in *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Fondo CMF*, cart. 12, fasc. 2. App. Milano, 16 dicembre 1924, cit., affermò che l'art. 164 cod. comm. (non contraddetto dall'art. 157 cod. comm.), ammettendo la creazione di cc.dd. azioni di preferenza, finiva per legittimare l'emissione di azioni a voto plurimo, non essendo permesso limitare i diritti di preferenza esclusivamente a quelli economico-patrimoniali (p. 211: « È massima antica che quando la legge non distingue è arbitraria la distinzione che pretende di fare l'interprete »). A detta dei giudici « non rileva il fatto che nel caso attuale le azioni a voto multiplo siano state istituite non con l'atto costitutivo, ma per effetto di una deliberazione presa dall'assemblea durante la vita della società [...] poiché l'art. 9 dello statuto fondamentale del Consorzio autorizza l'emissione di azioni di preferenza delegando all'assemblea di determinare i privilegi spettanti a tali azioni nei limiti consentiti dall'art. 164 cod. comm. Di guisa che se si ritiene che la creazione di azioni a voto multiplo è consentita dall'art. 164, in tal caso la delibera dell'assemblea dovrà riconoscersi legittima, come se le azioni a voto plurimo fossero state create con l'atto costitutivo ». Con atto di citazione del 20 dicembre 1924 [in *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Fondo CMF*, car. 12, fasc. 2], la Banca Industriale Italiana impugnò la decisione della Corte d'Appello, ma, con piena riserva e per ogni effetto di questa impugnativa, il 29 dicembre 1924 esercitò il diritto di opzione, sottoscrivendo 19 azioni di categoria A e 19 di categoria B. App. Milano, 11 agosto 1925, cit., stabilì che se « la legge, nel concreto il codice di commercio, non osta necessariamente nelle sue disposizioni imperative d'ordine pubblico all'emissione di azioni a voto plurimo, questo istituto può essere ben accolto nel nostro diritto, le cui norme positive spesse volte sono suscettive delle applicazioni anche le più impensate ed imprevedute al tempo della loro emanazione e permettono così con questa plasticità e possibilità di adattamento alla giurisprudenza di assecondare l'evoluzione dei bisogni collettivi e della coscienza giuridica generale [...] le ragioni adottate

« nella società anonima è ammissibile il voto plurimo » (221)).
 Contrasto nel quale trovò paradigmatica espressione il confronto tra

contro le azioni a voto plurimo, tra cui la negazione dell'essenza delle anonime (confusione società di capitali e di persone, i possessori delle azioni privilegiate trasformati in accomandatari a responsabilità limitata, quelli delle azioni ordinarie in creditori e obbligazionisti) [...] costituisce una critica dottrinale eccessiva, che vuole una separazione netta ed assoluta in altrettante caselle delle varie figure di società commerciali, escludendo ogni e qualsiasi speciale interferenza, e giunge all'esorbitante conseguenza di respingere, in ogni caso, in una materia come questa, che interessa bensì l'ordine pubblico, ma è pur sempre contrattuale, l'introduzione del voto plurimo sol perché sono possibili eccessi ed abusi che, in difetto di una particolare disciplina legislativa dell'istituto, possono pure essere repressi dal magistrato. La questione è soltanto di misura e di limiti ». E ancora: « non trova la Corte che [...] siasi compiuta una violazione delle norme essenziali direttive ed inderogabili della legge in materia di anonima [...] Le azioni privilegiate non bastano neppure tutte insieme riunite a dare la maggioranza nell'assemblea e non sono poi riservate ad uno speciale gruppo di persone ma sono offerte in opzione a tutti indistintamente i detentori delle vecchie azioni. [...] E la deprecata (*aliunde* esaltata) concentrazione azionaria in un determinato gruppo, colla sopraffazione dei possessori di azioni comuni, non è la conseguenza necessaria e diretta della delibera in esame, la quale coll'opzione accordata a tutti indistintamente ha mantenuta la situazione preesistente ».

(221) Cass., 15 luglio 1926, cit., p. 373 e ss., con mera nota di rinvio (e FRÈ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., p. 507, nt. 3, definì la decisione del Supremo Collegio « piuttosto di specie che di massima »). La Cassazione (p. 376 e ss.) identifica l'obiezione « più seria » al voto plurimo in quella secondo la quale « con la concessione del voto plurimo ad una categoria di azioni, mentre un'altra dispone del voto singolo, importa un'alterazione dei fattori della volontà collettiva. Il voto singolo è sommerso dalla massa dei voti plurimi ». Si trattava però — a detta della Cassazione — di un'obiezione avente « un carattere piuttosto morale ed economico che giuridico, e si potrebbe far valere con maggiore ragione nei casi in cui lo statuto sociale non prevedesse l'emissione delle azioni a voto plurimo, e la si volesse autorizzare mediante una modificazione statutaria. In questi casi una dottrina, ch'è pur favorevole al voto plurimo, dubita che lo si possa ammettere ». E per la Suprema Corte l'unico principio intangibile, ai sensi del codice di commercio, consisteva nella previsione dell'attribuzione a ogni azione di almeno un diritto di voto, e tale principio non era stato modificato dalla deliberazione del 24 novembre 1924. Nel controricorso per Comofin [in *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Fondo CMF*, car. 12, fasc. 2], Giussani e Scotti, tra l'altro, osservano che (p. 15) « l'istituto delle azioni a voto plurimo deve avere ed ha diritto di cittadinanza nella nostra legislazione commerciale. Che esso sia una creazione recente, nessuno nega; che esso importi atteggiamenti nuovi in quel tradizionale funzionamento delle società anonime al quale una lunga consuetudine ci aveva abituati, può riconoscersi; che l'essere esso divenuto di così larga e molteplice applicazione possa rendere desiderabile la formazione di una specifica e concreta disciplina

i principali argomenti addotti a favore e contro la legittimità di creazione della azioni a voto plurimo ai sensi del diritto allora vigente.

Non tarda a essere apprezzato come le sorti della vicenda giudiziale relativa all'emissione di azioni a voto plurimo deliberate dall'assemblea di Comofin del 24 novembre 1924 fossero tutt'altro che indifferenti ai, e piuttosto promettevano di generare ripercussioni non marginali sui complessivi futuri assetti di governo (*id est*, di controllo) delle più rilevanti società industriali del paese e della principale banca speculativa domestica: e questo proprio per quello che rappresentava il Consorzio Mobiliare Finanziario ⁽²²²⁾ rispetto

giuridica che ne regoli le modalità, può ammettersi; ma ciò che non può essere consentito, è che quell'istituto debba dichiararsi illegittimo, che esso debba bandirsi dagli istituti delle infinite società che lo hanno accolto e che su di esso, con la cresima della legittimazione giudiziaria, hanno potuto attuare vaste e feconde operazioni commerciali e industriali, eseguendo aumenti di capitale per centinaia di milioni e per migliaia e migliaia di titoli largamente diffusi sui mercati italiani e rappresentativi di imponenti accumulazioni di risparmio nazionale ».

⁽²²²⁾ Assunto della Banca Industriale Italiana (Atto di citazione 20 dicembre 1924, p. 3 e s., *cit.*) era che le deliberazioni adottate il 24 novembre 1924 « appaiono tanto più illegittime e gravi, in quanto influiscono profondamente sull'ordinamento e funzionamento della Società, in rapporto agli scopi che attualmente persegue, poiché vengono praticamente a trasferire — a tutto danno dei portatori delle azioni precedentemente emesse — il predominio assoluto della società nelle mani dei portatori delle azioni di nuova emissione, sebbene essi rappresentino una parte molto limitata del complessivo capitale Sociale ». Il 13 gennaio 1925 la Banca Industriale Italiana presentò richiesta di sospensione (art. 163 cod. comm.) dell'esecuzione della deliberazione impugnata [in *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Fondo CMF*, car. 12, fasc. 2], rilevando, in particolare, (i) la genericità dell'ordine del giorno (rispetto alla delibera di creazione delle azioni a voto potenziato); (ii) comunque, l'illegalità, ai sensi del diritto allora vigente, di questa creazione « come quella che potrebbe sovvertire dalle fondamenta tutto quanto l'ordinamento delle società per azioni, dando luogo ed aggravando indeterminatamente, quei pericoli contro cui il legislatore incostantemente affida le armi. Deve ritenersi illegale perché se non formalmente, in fatto, rende o può rendere, privo d'ogni sostanziale contenuto il diritto di voto assicurato ad ogni azionista, per un principio di ordine pubblico (art. 164); renderlo privo di contenuto assottigliando o distruggendo il SUO VALORE di coefficiente alla formazione della volontà sociale; deve intendersi illegale perché decisamente contrario allo spirito della nostra legge che, impedendo (art. 157) che con l'acquisto di nuove azioni un azionista moltiplichi indefinitamente il numero dei voti, verrebbe a porsi in ridicola contraddizione con se stesse se permettesse che anche senza l'acquisto di nuove

alla preservazione dell'assetto proprietario e di controllo della Banca Commerciale Italiana, e, a cascata, dell'assetto proprietario e di controllo di società industriali finanziate, partecipate e controllate dalla banca milanese, operanti in settori nevralgici dell'economia nazionale.

A me pare, allora, che non sia tacciabile come fantasiosa ricostruzione quella che, valorizzando la contestualità di taluni avvenimenti — principalmente (i) la concentrazione, tra il 1924 e il 1926, degli sforzi interpretativi a sostegno dell'ammissibilità delle azioni a voto potenziato, in coincidenza temporale con la vicenda giudiziale del Comofin, con la perorazione di queste azioni da parte di Toeplitz e con le iniziative intraprese da Giussani direttamente nei confronti di rappresentanti istituzionali e di Vivante, nonché l'atteggiamento 'collaborativo' di quest'ultimo; (ii) l'esito favorevole a Comofin in Cassazione (223) —, predisponga al e accrediti il convin-

azioni, e senza il versamento di nuovi capitali, lo stesso, identico risultato, che la legge non vuole, si potesse ottenere semplicemente con un possesso di una o di poche azioni, conferenti diritto a voto plurimo! » (p. 2 e s.); (iii) la contrarietà manifesta alla legge. Alla richiesta di sospensione replicò, per Comofin, Giussani, in particolare contestando la manifesta contrarietà alla legge della deliberazione impugnata [in *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Fondo CMF*, cart. 12, fasc. 2]. Con provvedimento del 29 gennaio 1925, il Presidente del Tribunale di Milano respinse il ricorso per sospensione: ivi.

(223) Presidente ed estensore il Senatore del Regno Mariano D'Amelio (il quale, sempre in punto di contiguità scientifiche-ideologiche con il fascismo, non è forse inutile rammentare componente di vertice del gruppo italiano del Comitato giuridico italo germanico costituito nel 1937 durante il congresso annuale della *Akademie für Deutsches Recht*: A. SOMMA, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, Verona, Ombre corte, 2009, p. 50), il quale riservò a sé la relazione della causa. Significativa la lettera che l'avv. Scotti indirizzò, il 30 giugno 1926, alla direzione centrale della Banca Commerciale Italiana [in *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Fondo CMF*, cart. 12, fasc. 2]: « Stamane ha avuto luogo la discussione di questa grave causa, ed ho il compiacimento di comunicarVi che l'assicurazione da me data al nostro Sig. Avv. Giussani, con lettera del 22 corrente, e confermata al Vostro Sig. Amministratore delegato di persona, il 24 successivo, relativamente alle conclusioni del P.M. è stata confermata dal fatto. — S.E. il Procuratore Generale Appiani, con requisitoria interessantissima, prolungatasi per circa un'ora, ha concluso per il rigetto del ricorso avversario. — E la Corte su relazione dello stesso Presidente, S.E. D'Amelio, ha deciso in senso conforme. — Non occorre che io aggiunga che il nostro Avv. Giussani è stato, come sempre, all'altezza della situazione ».

cimento che alle più autorevoli istanze teoriche e riformatrici supportanti il riconoscimento di legittimità delle azioni a voto potenziato non fossero estranee, *in particolare*, proprio la vicenda Comofin e quello che essa rappresentava; e, *in generale*, una specifica visione conservatrice dell'assetto di controllo bancario e industriale, sull'assunto che eventuali mutamenti avrebbero generato, in quanto tali, un'instabilità dannosa per tutta l'economia nazionale.

Più in generale, risulta del tutto evidente che, sottostante a declamati vantaggi di portata generale ascritti dai vertici gestionali della Comit al voto potenziato, vi era, come per diversificate tipologie di accordi parasociali che videro la Banca promotrice o comunque assidua aderente in posizione di rilievo ⁽²²⁴⁾, lo scopo sia *di autotutela da modificazioni non gradite del proprio assetto proprietario e di controllo* — autotutela che, ripeto, volendo esprimerle con parole dei vertici dell'epoca della Comit, avrebbe garantito la « difesa dell'Istituto contro [...] violent[i] tentatv[i] di asservimento di esso a interessi particolari » ⁽²²⁵⁾ —, sia *dell'acquisizione e della conservazione del controllo da parte dell'istituto milanese su importanti imprese finanziate e partecipate*. E infatti, la Banca Commerciale Italiana aveva promosso e promosse, anche in seguito, la creazione di azioni a voto plurimo di importanti società operanti in settori strategici (tra altri, Ilva ⁽²²⁶⁾, Mira-Lanza ⁽²²⁷⁾, La Soie de Chatillon,

⁽²²⁴⁾ CARIELLO, *La Banca*, cit., p. 29 e ss. (ove ulteriori riferimenti); v. pure A. PADOA-SCHIOPPA, *La normativa sulle società per azioni: proposte e riforme, un concerto a più voci (1882-1942)*, in A. PADOA-SCHIOPPA, P. MARCHETTI, *La società per azioni, in Tra imprese e istituzioni. 100 anni di Assonime*, cit., 4, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 35; e già, nelle letterature economico-bancaria dell'epoca, con un generale riferimento ai sindacati di blocco quale strumento di controllo a beneficio dei maggiori istituti di credito, ancora CAPRARA, *Il credito*, cit., p. 63 e ss.

⁽²²⁵⁾ Secondo quanto dichiarato dal Presidente del Consiglio di Amministrazione della Comit, Crespi, nell'adunanza del 28 maggio 1920, cit.

⁽²²⁶⁾ *Statuto Ilva*, in *Archivio Storico Intesa Sanpaolo, Patrimonio Banca Commerciale Italiana (ASI-BCI), Note complementari alla Contabilità e Repertorio Affari Diversi*, n. 12, artt. 5, 22 e 24. Il capitale della società era diviso in n. 2.680.000 azioni, di cui 2.233.334 di Categoria A, ognuna delle quali, una volta compiuto il raggruppamento delle vecchie azioni, dotata di venti voti (per un totale di 44.666.680 voti), e 446.666 azioni di Categoria B, ciascuna delle quali provvista di cento voti (in totale 44.666.600 voti). Era previsto che le deliberazioni fossero adottate, anche in seconda convocazione, con la maggioranza assoluta dei voti, e per le materie di cui all'art. 210 del

Sindacato Italiano Costruzioni Appalti Marittimi, Monte Amiata, Arsa, Florio, Compagnia Commerciale Italiana per l'Egeo, S.I.P.), azioni poi di sovente apportate ai sindacati di blocco, di voto e/o cc.dd. di controllo ⁽²²⁸⁾.

5. *A mo' di lapidaria conclusione, ma, si spera, non di epitaffio.*

S'impone, dunque, come più che un'impressione che, all'epoca risalente del fiorire nella prassi domestica della creazione delle azioni a voto potenziato e delle connesse perorazioni teoriche e operative,

specialmente ragioni di privato tornaconto introdussero nel nostro paese questo formidabile strumento di dominio economico. Le giustificazioni giuridiche e nazionali, come sempre accade per questi fenomeni economici, determinati dalla leva dell'interesse, vengono dopo ⁽²²⁹⁾.

La precedenza, la priorità e la prevalenza delle « ragioni di privato tornaconto » (*id est*, ragioni non puramente e squisitamente di generale e pubblica convenienza e utilità, come invece si tentò, non di rado, di accreditare) sulle « giustificazioni giuridiche e nazionali » trovano robusti e solidi riscontri nell'analisi storiografica. Vero è che si trattò d'interessi privati che si cercò di annacquare e occultare nella contingente situazione economico-finanziaria del nostro Paese e i quali, grazie a questa, sembrarono potere essere potentemente veicolati e agevolati, nel loro perseguimento, sebbene non riuscendo mai a passare del tutto sotto traccia, da conclamati e pubblicizzati superiori interessi generali (nazionali): sì che la credibilità e meritevolezza giuridica del voto potenziato parvero accrescersi in concomitanza con l'abilità a strutturarne pretese credibilità e meritevolezza in dipendenza della sua rispondenza diretta e im-

cod. comm., secondo quanto previsto dal medesimo articolo; ed era stabilito, altresì, che « quando si tratti di deliberare su modificazioni dello Statuto che importino variazioni nei rispettivi diritti delle due Categorie di azioni A e B, le maggioranze d'intervento e di voto favorevole richieste da questo articolo dovranno essere distintamente raggiunte sia in rapporto alle azioni di Categoria A che a quelle di Categoria B »: art. 24, comma 6.

⁽²²⁷⁾ Menzionato, in particolare, anche da SCIALOJA, *Il voto plurimo*, cit., c. 765.

⁽²²⁸⁾ Su tale prassi, v. già, tra altri, FRÉ, *Le azioni a voto plurimo*, cit., p. 144 e ss. (con tipizzazione dei contenuti).

⁽²²⁹⁾ Ivi, p. 489.

mediata proprio a interessi economici-finanziari di portata generale, a urgente e imprescindibile necessità di perseguimento e soddisfazione. E non appare una casualità (e neppure giustificabile con la crescita dello sfavore per l'istituto coglibile in modo evidente, in più ambienti, dagli inizi degli anni Trenta) che le pressioni, in particolare, della Banca Commerciale Italiana, appunto il principale e più potente alfiere economico e istituzionale delle azioni a voto potenziato, scemarono via via e, rapidamente, ripiegarono in concomitanza con il salvataggio pubblico della Comit (1931), con tutto quello che esso implicò sul piano delle soluzioni tecniche escogitate sia per la ricostituzione del suo capitale (e la 'blindatura' del suo assetto proprietario ⁽²³⁰⁾), sia per l'integrale smobilizzo delle partecipazioni azionarie industriali.

Ed è più di un'impressione che « ragioni di privato tornaconto », più che « giustificazioni giuridiche e nazionali », spirino nel recente riconoscimento legislativo delle azioni a voto potenziato a opera del nostro legislatore (dei nostri uffici legislativi): essendo però mutate tanto le prime, quanto le seconde. Alla smentita, o quanto meno alla correzione posteriore ovvero sul piano concreto di questa prevalenza — nel senso di approdare a soluzioni normative e/o di forgiare traduzioni applicative dell'istituto che minimizzino sempre più, fino a espellerlo del tutto, il 'privato tornaconto', mettendo al centro, facendo prevalere e infine imponendo come esclusive (ove esistano davvero) « giustificazioni giuridiche e nazionali » (nella prospettiva anche della tanto declamata concorrenza tra ordinamenti) — potranno provvedere, appunto, *non solo* l'attuazione legislativa di necessari (a mio avviso) interventi correttivi della disciplina approntata, *ma pure*, e a prescindere da ciò, *sia* l'esperienza di adozione e la condotta applicativa delle società che hanno già creato e creeranno azioni a voto potenziato, *sia*, implicitamente e mediatamente, anche se potrebbe non esserne colta di primo acchito la rilevanza, la scelta di quelle che opereranno per la non emissione.

⁽²³⁰⁾ Al 1931 « Esistono due grandi azionisti della Banca: uno, il Consorzio Mobiliare Finanziario con 210 milioni di capitale e qualche decina di milioni di riserve; l'altro, il Sindacato per acquisto e vendita azioni Banca Commerciale Italiana »: *Dichiarazione di Toeplitz*, cit.

BARTOLOMÉ CLAVERO

CONSULTA INDÍGENA E HISTORIA COLONIAL:
COLOMBIA Y LAS AMÉRICAS, DE MÉXICO A BOLIVIA,
ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO
CONSTITUCIONAL, 1989-2014

Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos [...].

(Naciones Unidas, Asamblea General, 13 de setiembre de 2007).

1. Prólogo: Una historia de derecho del presente. — 2. Consulta *étnica* en Colombia entre Convenio y Constitución. — 3. Jurisprudencia constitucional colombiana entre ordenamiento de derecho y presunción de antropología. — 4. Garantías de derechos de los pueblos indígenas entre Instrumentos de Derechos Humanos y Constitución de Estado. — 5. Epílogo: ¿Hay Estados coloniales hoy? ¿Pueden descolonizarse a sí mismos? ¿Lo hace al menos en las Américas Bolivia?

1. *Prólogo: Una historia de derecho del presente.*

Por vía internacional, antes que constitucional, se ha establecido últimamente por América Latina el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados como regla para sus relaciones con los respectivos Estados. Colombia es caso que se ha significado por el desarrollo de una notable jurisprudencia constitucional al propósito, una jurisprudencia que se está considerando como digna de ser atendida por parte de las jurisdicciones correspondientes de otros Estados de América Latina partícipes del compromiso internacio-

nal ⁽¹⁾. Es un caso el colombiano que pone ante todo de manifiesto la envergadura constitucional, por implicación constituyente, de la institución de la consulta a unos pueblos así reconocidos como sujetos políticos concurrentes con los Estados. Aquí nos interesa confrontarlo por su proclamación como ejemplo y modelo ⁽²⁾.

El derecho internacional de la consulta indígena presenta alcance de orden constitucional y calado de fondo constituyente. Lo que está sustancialmente en juego con el procedimiento de consulta como derecho de unos pueblos es el colonialismo ínsito en el constitucionalismo, el juego de las relaciones pretéritas y también presentes entre lo uno y lo otro, el colonialismo con sus servidumbres y el constitucionalismo con sus libertades. Veamos el caso colombiano para sopesar alcance y calado en el seno de las Américas, de una América en plural no sólo por latina y por anglo, sino también y ante todo por indígena. Una historia de puro presente podrá arrojar luz sobre un pasado que, como el colonial, no acaba todavía de pasar ni siquiera con la descolonización internacional pues hay colonialismos de Estado. También el derecho se ilumina

⁽¹⁾ Desarrollo mi contribución al Congreso Internacional *Proceso y Constitución* celebrado en Bogotá del 18 al 20 de marzo de 2014, contribución publicada en sus actas: *Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional. Dialéctica y Diálogo Jurisprudencial: Presente y Futuro*, Carlos Escobar y Alejandra Molano (eds.), Bogotá, Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, 2014, pp. 415-447; *Consulta étnica: Colombia entre derecho constitucional y derechos humanos, 1991-2013*. Agradezco interlocución en Colombia especialmente a Julio Gaitán, Gloria Amparo Rodríguez, Gonzalo Ramírez, Manuel Quínche, Paulo Bacca y Carolina Botero. Institucionalmente, mi agradecimiento se dirige a dicho Centro de Derecho Procesal Constitucional y a las Universidades del Rosario, Externado y del Bosque.

⁽²⁾ Ejemplos últimos: Felipe GÓMEZ ISA, *Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective: The Approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights*, en «Human Rights Quarterly», 36-4, 2014, pp. 722-755; Juan Carlos RUIZ MOLLEDA, *Corte Colombiana incorpora enfoque de 'justicia ambiental' en ordenamiento colombiano*, en «Justicia Viva» (área de trabajo online), noviembre de 2014. Críticamente frente a dicha imagen modélica del caso colombiano, Luís HALLAZI, *Modelo para armar: El derecho a la consulta previa en los países andinos*, en «ALAI. América Latina en Movimiento» (área de trabajo online), octubre de 2013; Ana C. BETANCUR, *La consulta previa a los pueblos indígenas. De la participación democrática a la expropiación de territorios*, en «Observatorio Étnico» (área de trabajo online), marzo de 2014. Las direcciones en Internet de sitios no oficiales no las especifico si se localizan fácilmente navegando.

por la historia, sobre todo si se empeña en seguir procediendo de ella. Ambas vertientes, la histórica y la jurídica, por sí y por su interconexión, nos importan ahora. Intento definir el punto del derecho y ubicarlo en la línea de la historia como diría el maestro ⁽³⁾.

Procedo a una historia de derecho del presente que no subordina ninguno de sus referentes. Quiere ser una historia que observa la actualidad con miras al futuro y sin volverse de espaldas al pasado, entendiendo que sin la dimensión del tiempo no cabe una comprensión cabal del derecho. Y su objeto es éste, el estrictamente jurídico, aunque no pueda dejar de ubicarse entre factores de otro carácter. Una experiencia personal en instituciones internacionales, a la que no dejaré de referirme, me ha ayudado a manejarme con las actuales políticas de Estados y de Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas y a asomarme a las posiciones de éstos, pero la misma sólo ha sido un acicate de partida de la investigación. No voy a ocuparme ahora de política del derecho, sino de historia jurídica, una historia de tiempo corto inmediato y de tiempo largo nada remoto. No hago entonces una historia de pasado que llega hasta hoy ni una historia de presente que se queda en el mismo, sino una historia que se sitúa y mueve por la actualidad recuperando su posición en el tiempo para entenderla y explicarla ⁽⁴⁾.

La recogida de datos para este trabajo se ha cerrado finalizando 2014. En el nuevo año realizo la última visita a los sitios de internet utilizados. El cierre se produce a continuación de la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas y de la resolución del Consejo de Derechos Humanos para la «elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos» en el ámbito internacional, así como, en Colombia, de los Decretos de Autonomía Indígena y de la publicación del preacuerdo

⁽³⁾ Paolo GROSSI, *Derecho, Sociedad, Estado (Una recuperación para el derecho)*, México D.F., Escuela Libre de Derecho, 2004, pp. 77-97 (*Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, 2006).

⁽⁴⁾ Para el contexto constitucional e internacional de cuanto vamos a ver, B. CLAVERO, *Nación y naciones en Colombia entre Constitución, Concordato y un Convenio, 1810-2010*, en «Revista de Historia del Derecho» (Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires), 41, 2011, pp. 79-137; *Id.*, *Derecho Global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014.

agrario, afectando a los pueblos indígenas, en el curso de las conversaciones de paz entre el gobierno y la guerrilla, todo lo cual lo registraremos para el momento presente de una historia que viene de lejos. Estemos o no ante signos de un final de etapa, el periplo actual internacional y latinoamericano puede y conviene historiarse en la perspectiva de un tiempo más largo ⁽⁵⁾. Comencemos sin más demora por la trayectoria última del caso paradigmático de Colombia. Veamos.

2. *Consulta étnica en Colombia entre Convenio y Constitución.*

El día siete de agosto de 1991 la República de Colombia deposita en la Organización Internacional del Trabajo la ratificación del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989 (Convenio 169, por el número de serie de los tratados de este organismo). En el mismo se instituye como obligación del Estado la consulta regular a dichos pueblos. El principal artículo que la contempla dispone que « los gobiernos », esto es los Estados que ratifican, « deberán consultar a los pueblos interesados », pueblos indígenas, « a través de sus instituciones representativas », « cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente », y ello « mediante procedimientos apropiados » y « de buena fe », todo « con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas », así como otro inciso del mismo artículo prescribe « establecer los medios » y « proporcionar los recursos

(5) Jo GULDI, David ARMITAGE, *The History Manifesto*, Cambridge, Cambridge University Press (CUP en delante), 2014, poderoso alegato por la *très longue durée* con vistas a la utilidad de la historiografía de cara al futuro, contiene sin embargo concesiones significativas a la corta duración al mismo propósito: « This long-term history needs to benefit from micro-history's refinement of the exemplary particular, those short moments in history during which the structures of power, hierarchy, and imagination are revealed »; « Micro-history and macro-history — short-term analysis and the long-term overview — should work together to produce a more intense, sensitive, and ethical synthesis of data » (pp. 36 y 119). La historia del presente hoy más a vista se mueve con perspectiva política de tiempos de media y corta duración: Timothy GARTON ASH, *History of the Present: Essays, Sketches, and Dispatches from Europe in the 1990s*, New York, Random House, 1999.

necesarios » por parte de los Estados « para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos », los indígenas. Así, los Estados que ratifican, como fuera el caso temprano de Colombia, quedan también obligados a respaldar y fortalecer tales *instituciones representativas*, esto es en suma, la autonomía de los pueblos indígenas aunque la palabra no se utilice (art. 6) (6).

El Convenio abunda y concreta. Incide en la consulta para la garantía de « los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras » y también de sus intereses « antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras » por parte de los Estados (art. 15); requiere consulta « a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad » (art. 17); dispone que todo programa o proyecto de formación o promoción indígenas « deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas » y ello « a fin de responder a sus necesidades » y aspiraciones (arts. 22 y 27); cambios que afecten a pueblos indígenas requieren su « participación y cooperación » (arts. 5 y 7); cooperación se precisa, junto con la consulta, a más efectos (arts. 20, 22, 25, 27 y 33); en materia de enseñanza, dado el derecho de la infancia indígena a recibirla en la propia lengua, se deberán « celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo » (art. 28).

La finalidad cardinal de la consulta es la de defensa de cultura

(6) Del Convenio 169 utilizo la edición de *Normlex*, el sitio online de las normas de la Organización Internacional del Trabajo; de la Constitución de Colombia, la de *Political Database of the Americas* de la Universidad de Georgetown que, junto a ediciones reformadas, mantiene exento el texto original definitivo, el de 1991 (el publicado por la Asamblea Constituyente en la Gaceta Constitucional, n. 114, hubo de ser todavía corregido); de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la edición que empleo es la de un folleto de Naciones Unidas escaneado en el sitio del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (a la que fue objeto de aprobación por la Asamblea General se le hicieron todavía unas correcciones de estilo en la versión castellana): undesadspd.org/IndigenousPeoples.aspx. De la *Political Database of the Americas* también me sirvo para otras Constituciones que habré de citar.

y territorio indígenas o, mejor dicho, la de garantía de los correspondientes derechos: « Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural » (art. 7); « los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. La utilización del término tierras [...] deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera » (art. 13). La consulta, en definitiva, se hace presente a lo largo del Convenio como garantía de los derechos que contempla. No se reduce a un artículo entre otros o, aún menos, a una posibilidad entre otras. Es el gozne de articulación del instrumento (7).

Como suele ocurrir con los compromisos normativos internacionales que requieren modificaciones en el ordenamiento interno, a lo que se está obligado por el derecho internacional sobre los

(7) Para advertencia temprana, Magdalena GÓMEZ RIVERA, *Derechos Indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, México DF, Instituto Nacional Indigenista, 1991 y, ed. revisada, 1995. Para presentación por parte del principal impulsor del Convenio en el seno de la OIT: Lee SWEPSTON, *A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No. 169 of 1989*, en « Oklahoma City University Law Review », 15 (1990), 3, pp. 677-714 (*nuevo paso* porque hay un anterior *Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en los países independientes*, 107 de 1957, y otros instrumentos de la OIT sobre *trabajo indígena* sin relevancia el uno ni los otros a nuestro efecto). Para su presencia judicial creciente, que no siempre es incidencia efectiva, *Aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una recopilación de casos*, Ginebra, OIT, 2009, pp. 63-127 para Colombia. En books.google.com/ngrams puede apreciarse la irrupción del sintagma *indigenous consultation* o *consulta indígena* en el último cuarto de siglo. Para noticias de la práctica, hay un sitio monográfico precisamente colombiano: www.consultaprevia.org.

tratados (8), la vigencia del Convenio 169 no resulta inmediata según sus propias previsiones. Se atiende a la conveniencia de que los Estados cuenten con un tiempo de vacancia para poder proceder a dicha adaptación de su ordenamiento a los compromisos contraídos. En concreto, el Convenio 169 dispone su entrada en vigor « doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación » (art. 38), lo que en el caso de Colombia acontece en consecuencia el siete de agosto del año 1992. Se entiende que, de haber determinación, el transcurso de un año constituye tiempo bastante para la implantación de las medidas necesarias, inclusive constitucionales, a fin de que novedades como la de obligación del Estado a la consulta indígena en todos los supuestos previstos por el Convenio 169 y de la forma como el mismo los contempla pueda comenzar a practicarse sin mayor problema.

Unos procedimientos están sumaria y suficientemente caracterizados para poner el motor en marcha si se tiene en cuenta la inmensa casuística previsible por la variedad y heterogeneidad de casos y condiciones de *pueblos indígenas en países independientes*. Difícilmente el Convenio podría concretar más. La consulta ha de ser previa a las *medidas legislativas o administrativas susceptibles* de afectar *directamente* a pueblos indígenas y debe efectuarse con sus *instituciones representativas*, mediante *procedimientos apropiados* y,

(8) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969, en vigor desde 1980), art. 27: « Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...] », a senso contrario, con una salvedad (art. 46: « El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno ») impensable para el supuesto del Convenio 169 por lo que enseguida veremos acerca de su ratificación en el contexto constituyente colombiano. La Convención de Viena Colombia la tiene ratificada desde antes de 1991 (Ley 32 de 1985). Interesándonos la vinculación de los Estados, dejo al margen la problemática de su aplicabilidad estricta a organizaciones internacionales como la OIT: Mary E. FOOTER, *International Organizations and Treaties: Ratification and (Non)-Implementation of the 'Other' Vienna Convention on the Law of Treaties*, en *40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Alexander Orakhelashvili y Sarah Williams (eds.), Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2010, pp. 183-204.

sobre todo, de *buena fe* y con la vista puesta en el logro de *acuerdo*. Por parte de los Estados, no han de caber prácticas de mediación ni, aún menos, de cooptación. Por la de los pueblos indígenas, en este diseño tampoco caben otras mediaciones, ni siquiera de organizaciones indígenas si no cuentan con la confianza expresa del pueblo o los pueblos afectados en cada caso a fin de poder considerarse *representativas* a los efectos de la correspondiente consulta ⁽⁹⁾. Dígase lo propio de la eventual representación indígena en instituciones del Estado como eminentemente en el Congreso, lo cual puede estar incluso garantizado con cupo de reserva como luego veremos que ocurre en Colombia.

Desde el siete de agosto de 1992 la República de Colombia tiene contraída internacionalmente la obligación de atenerse a los términos del Convenio 169. Desde un año antes, desde el mismo día de 1991, tenía el compromiso de preceder a la adaptación de su ordenamiento de forma que este tratado fuera en todo practicable a partir de su entrada en vigor. Dentro de estas coordenadas temporales, la obligación de consulta presenta una importante particularidad. Aunque el Convenio no estuviera aún vigente a efectos del compromiso internacional, durante dicho año de vacancia las previsiones de consulta han de aplicarse a fin de que el Estado no preconstituya procedimientos a espaldas de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.

No está dicha tal cosa en el Convenio de modo explícito, pero del mismo se deduce con toda lógica. La regulación de la consulta conforme a los criterios sentados por el Convenio como ha de realizarse no es de otra forma que mediante consulta. Así lo han entendido instancias competentes al efecto como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo y el Relator del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instancias que también han aclarado que *medidas legislativas* incluyen las de orden constitucional. De otro modo, los

⁽⁹⁾ *¿Quién habla por quién? Representatividad y legitimidad de organizaciones y representantes indígenas. Un debate abierto*, Sabine Speiser (ed.), Quito, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2013, bien que con contribuciones precisamente no indígenas.

requisitos de consulta podrían fácilmente sortearse. Porque tal no haya sido la pauta general, porque la legislación y la jurisprudencia de los Estados no hayan sido en caso alguno tan consecuente, el derecho sobre consulta del Convenio es el dicho ⁽¹⁰⁾. Mediante el mismo la Organización Internacional del Trabajo rectificaba su trayectoria anterior, acomodada en el colonialismo, de desatención de derechos de pueblos indígena procurando que los Estados siguieran sus pasos, ratificándolo ⁽¹¹⁾. La consulta es garantía de tales derechos. Su importancia no se entiende si no se mira a la sustancialidad de lo que ampara, una realidad todavía colonial adversa para el reconocimiento y amparo de derechos ⁽¹²⁾. Ahí está en las Américas aunque así no lo

⁽¹⁰⁾ *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*, César Rodríguez Garavito y Meghan Morris (eds.), Bogotá, Universidad de los Andes, 2010; *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*, Beatriz Cajías y Claudia Heins (eds.), La Paz, Fundación Konrad Adenauer, 2012, pp. 79-114 para Colombia; *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*, María Clara Galvis y Ángela María Ramírez (eds.), Washington, Due Process of Law Foundation, 2013, pp. 71-220 para la consulta previa.

⁽¹¹⁾ Luis RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*, Oxford, Oxford University Press (OUP en adelante), 2005; Id., *El Código Colonial: La Organización Internacional del Trabajo y los 'trabajadores indígenas', 1919-1957*, en estos «Quaderni fiorentini», 33-34 (2004-2005), *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale tra Otto e Novecento*, pp. 259-317. Predominan las visiones menos críticas: Athanasios YUPSANIS, *The International Labour Organization and its Contribution to the Protection of the Rights of Indigenous Peoples*, en «Canadian Yearbook of International Law», 49 (2011), pp. 117-176. El éxito de las ratificaciones del 169 hasta ahora, a finales de 2014, es modesto, salvo en América Latina precisamente (por orden cronológico, México, Colombia, Bolivia, Cota Rica, Paraguay, Perú, Honduras, Guatemala, Ecuador, Argentina, Brasil, Venezuela, Chile y Nicaragua). La Organización Internacional del Trabajo cuenta con una oficina dedicada a la promoción del Convenio 169 (pro169.org).

⁽¹²⁾ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Washington, Organización de Estados Americanos, 2009, cap. 9: *Derechos a la consulta y a la participación*. La atención a derechos de los pueblos indígenas y asimilados por el sistema interamericano de derechos humanos es uno de los elementos que se alegan a favor de la presunta existencia de un derecho constitucional común americano: Gonzalo AGUILAR, *¿Surgimiento de un derecho constitucional común en América?*, en «Revista Derecho del Estado», 25 (2012), pp. 41-83 (Parte I, *El caso de los pueblos indígenas*) y 26 (2011), pp.

reconozcan las normas internacionales. Concluiremos precisamente reflexionando sobre el imperativo de descolonización.

Colombia no es excepción. No lo es en cuanto a la trayectoria previa, como tampoco respecto a la evolución seguida tras la ratificación del Convenio. Ni la jurisprudencia colombiana ha sido tan consecuente o, si prefiere decirse, tan exigente ni, para empezar, el Estado aprovechó el año de vacancia del Convenio para proceder a la adaptación necesaria del ordenamiento interno en modo alguno, consultando con los pueblos indígenas o sin hacerlo. La misma obligación internacional de adoptar la consulta en relación con los pueblos indígenas desde la propia ratificación del Convenio, sin periodo de vacancia, se refuerza en el caso de Colombia por sus términos de adopción del compromiso. El Convenio entró en vigor por ley antes que por él mismo, antes que por tratado, cambiando así en poco tiempo de rango normativo, de legislativo a convencional, a otro valor como norma del que luego habremos de tratar ⁽¹³⁾. La misma Constitución asimila a legislación interna instrumentos ratificados que pueden entenderse los de la Organización Internacional del Trabajo (art. 53: « [...] Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna [...] »). Sin embargo, al adquirir el Convenio 169 fuerza de tratado al cabo del año de la ratificación, el compromiso ascendió de rango. No responde definitivamente a una mera ley disponible para el Con-

51-83; sin el interrogante, ID., *Emergencia de un derecho constitucional común en materia de derechos indígenas*, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América latina?*, Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales (eds.), México DF, UNAM, 2010, vol. I, pp. 3-84.

⁽¹³⁾ La Ley 21 de 1991 « por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes » (Diario Oficial n. 39.720, de 6 de marzo), incorpora el texto del Convenio y dispone que « la presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación », dejando ahora aparte que esta de la publicación como ley sea la práctica regular de aprobación parlamentaria de tratados en Colombia. No es raro en la doctrina colombiana que los artículos del Convenio 169 se citen como artículos de la Ley 21/1991, tendiéndose así a oscurecerse su rango normativo superior al legislativo. De hecho, cuando el mismo Convenio entra así, por ley, en vigor en Colombia, no lo estaba en ningún sitio, puesto que, como tratado multilateral, tenía que alcanzar un número de ratificaciones para hacerlo y este requisito sólo se acredita el 5 de setiembre de 1991 al cumplirse el año de la ratificación mexicana, tras el depósito por tanto de la colombiana.

greso ni, aún menos, mediante interpretación, para la Corte Constitucional (14). Luego especificaremos más.

También y principalmente resulta reforzada tal obligación de consulta por el contexto normativo interno. La ratificación del Convenio 169 se incardina en el último proceso constituyente, el de la actual Constitución. No es sólo que se produjera una coincidencia de tiempos en el año de gracia de 1991. Es más, pese a que el Convenio tuviera una presencia nimia en los debates constituyentes estrictos. Su recepción en el ordenamiento colombiano pudo justamente venir a entenderse que complementaba y hasta redondeaba la propia orientación constitucional, una orientación renovadora en la dirección de reconocimiento de derechos indígenas y asimilables (15). Materialmente, el Convenio resultaba una pieza básica del propio orden constitucional que estaba de tal forma regenerándose. Colombia se reconstituyó en 1991 con una Constitución y con un Convenio, con la primera en lugar eminente desde luego, pero con el segundo también como adlátere (16). No creo que entre la una y

(14) La misma Convención de Viena contempla la posibilidad de entrada en vigor del tratado, con antelación a sus mismas previsiones, por voluntad del Estado (art. 25). Este punto ha llegado a plantearse a la Corte Constitucional, declarándose la misma incompetente para revisarlo (Sentencia de Constitucionalidad 321/2006), pero se hizo en relación a un supuesto que no se da en el caso del Convenio 169, el de que la antelación se produjera con respecto a la aprobación parlamentaria del tratado.

(15) Daniel BONILLA, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2006, cap. 2: *La Asamblea Nacional Constituyente, la Constitución de 1991 y la tensión entre unidad cultural y diferencia cultural*; Carlos Vladimir ZAMBRANO, *Los ejes políticos de la diversidad cultural*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2006; Libardo José ARIZA, *Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009; Natalia RODRÍGUEZ URIBE, *Derechos humanos colectivos y Multiculturalismo: Respuesta a las críticas universalistas y desarrollo constitucional en Colombia*, en «Precedente. Revista Jurídica» (Universidad ICESI), 4 (2014), pp. 7-56, a publicarse en francés en *Les droits indigènes en Amérique Latine*, Arnaud Martin (ed.), L'Harmattan.

(16) B. CLAVERO, *Nación y naciones en Colombia*, cit., pp. 125-131; Mikel BERRAONDO, *Territorios indígenas colombianos. Una historia de expolio, desplazamiento y extinción*, en *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*, Marco Aparicio (ed.), Barcelona, Icaria, 2011, pp. 297-328; B. CLAVERO, *Constitucionalismo indígena por América Latina, con particular consideración de Colombia*, en *Escuela Intercultural de Diplomacia Indígena. Memoria, derecho y participación*, Ana Catalina Rodríguez, Pedro Rojas y Ángela Santamaría (eds.), Bogotá, Universidad del Rosario, 2012, pp. 225-237. Para esto de unas relaciones

el otro, la Constitución y el Convenio, se conforme tanto como una *constitución indígena* en Colombia, pero entre ambos instrumentos ha de componerse el parámetro constitucional al respecto ⁽¹⁷⁾.

Se acusa sin embargo un serio desajuste desde estos inicios que no podemos aquí eludir. La obligación de consulta del Convenio tiene un alcance materialmente constitucional por cuanto que afecta al ejercicio de funciones como la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional, a todas ellas, y porque interesa a derechos de pueblos, pero la Constitución no parece darse por enterada de la novedad. La institución de la consulta indígena no comparece en el texto constitucional, ni en su Título II, *De los Derechos, las Garantías y los Deberes*, ni en su Título IV, *De la Participación Democrática y de los Partidos Políticos*, ni en su Título VI, *De la Rama Legislativa*, ni en su Título VII, *De la Rama Ejecutiva*, ni en título alguno suyo. Aparece la *consulta popular*, en la que no cabe empero subsumir la consulta indígena aunque sólo fuera por la diferencia del sujeto colectivo a ser consultado ⁽¹⁸⁾. Hasta tal punto la Constitución no registra la consulta indígena que, en línea con las escasa atención que se le prestó al Convenio en los debates constituyentes, pudo haber acercamientos serios a la novedad de la Constitución de cara a los pueblos indígenas sin mencionársele siquiera ⁽¹⁹⁾.

internacionales en las que aquí no entramos, contextualizando, la misma A. SANTAMARÍA, *Redes transnacionales y emergencia de la diplomacia indígena. Un estudio del caso colombiano*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008.

⁽¹⁷⁾ Frank SEMPER, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, en « Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano », 12 (2006), II, pp. 761-778, para tal idea de *constitución indígena* colombiana que se hace integrar sustancialmente, aparte el derecho propio indígena, por Constitución del Estado y Convenio 169 (pp. 762-763).

⁽¹⁸⁾ *Retos de la democracia y de la participación ciudadana*, Rocío Araujo y María Lucía Torres (eds.), Bogotá, Universidad del Rosario, 2011, con el capítulo específico, pp. 125-152: Gloria Amparo RODRÍGUEZ, *El derecho a la participación y la consulta previa a pueblos indígenas*; la misma G.A. RODRÍGUEZ, *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas de Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario-Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2014.

⁽¹⁹⁾ Como muestra expresiva, Roberto PINEDA, *La Constitución de 1991 y la perspectiva del multiculturalismo en Colombia*, en « Alteridades. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades », 14 (1997), *Estado nacional, autodeterminación y autonomías*, pp. 107-129.

Había y aún hay con todo ello un reto de articulación constitucional de las obligaciones contraídas por el Estado mediante la ratificación del Convenio 169. En otros casos por las latitudes de Latinoamérica, porque las Constituciones hayan venido a registrar la institución de la consulta como derecho de los pueblos indígenas, tampoco se ha hecho el intento de replantear a su luz los procedimientos de las instancias constitucionales, el juego de sus poderes ⁽²⁰⁾. Colombia perdió la ocasión que se le presentó por la confluencia de la ratificación con la nueva Constitución en 1991, una Constitución que comienza por considerarse multicultural: «El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana» (art. 7), y que lo hace esencialmente por atención a la presencia de pueblos indígenas. Con las consecuencias extraídas, el escenario de renacimiento constituyente de un Estado fallido abría realmente un horizonte en parte luego bloqueado y entonces desaprovechado ⁽²¹⁾.

La Constitución colombiana perfila un escenario donde el Convenio 169 y su requerimiento de consulta pueden tener acogida y acomodo, como es punto de partida que no resulta raro por Latinoamérica desde hace pocos años ⁽²²⁾. En Colombia, la Consti-

⁽²⁰⁾ Ramiro ÁVILA, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya Yala, 2011; 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 (eds.), México DF, Taurus, 2012, pp. 421-453.

⁽²¹⁾ Gabriel L. NEGRETTO, *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*, Cambridge, CUP, 2013, cap. 6: *Constitutional Change as a Response to State Failure: Colombia 1991*; Jorge Andrés HERNÁNDEZ, *La Constitución de Colombia de 1991 y sus enemigos. El fracaso del consenso constitucional*, en «Colombia Internacional», 79 (2013), *Constituciones andinas en debate(s)*, pp. 49-76.

⁽²²⁾ Christian GROS, *Políticas de la etnicidad. Identidad, Estado y modernidad*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2000; Cletus G. BARIÉ, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, ed. actualizada, México-La Paz-Quito, Abya Yala, 2003²; Raquel YRIGOEYEN, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, en *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, C. Rodríguez Garavito (coord.), México DF, Siglo XXI, 2011, pp. 139-159, trad. al francés en *Peuples autochtones dans le monde. Le enjeux de la reconnaissance*, Irène Bellier (ed.), París,

tución lo hace con su atención a « los grupos étnicos » como sujetos de derechos, del derecho a la propia lengua (art. 10), a « la identidad cultural » (art. 68), al « patrimonio cultural » (art. 72), a representación política propia (art. 176) y a la autonomía territorial, de « territorios indígenas » (arts. 286, 320, 321, 329, 330 y transitorio 56) o « entidades territoriales indígenas » (art. 286, 329 y 356), con reconocimiento expreso de justicia y ordenamiento propios (art. 246). El término constitucional para la identificación de este sujeto de derechos es el de *grupo étnico* o también el de *minoría étnica*, pero igualmente se emplea, como puede verse, el calificativo de *indígena*. Hay en el texto constitucional referencias a « comunidades indígenas » (arts. 171, 329 y 330) e incluso a « pueblos indígenas » (arts. 96 y 246, el primero respecto a pueblos transfronterizos). Si este último apelativo, el de *pueblos indígenas* junto a *pueblos tribales*, es el adoptado por el Convenio 169, ¿cómo es que la Constitución prefiere el de *grupos étnicos*? ¿Por qué no comenzó a cumplir con las obligaciones contraídas por el tratado adoptando, mediante su lenguaje, sus categorías?

Hay una respuesta a la vista, la de que el segundo apelativo, el de *grupos étnicos* conforme al tenor de la propia Constitución, puede resultar más abarcador que el de *pueblos indígenas y tribales*. Todos los pueblos indígenas son grupos étnicos, pero no todos los grupos étnicos son pueblos indígenas. El caso más claro aparece entre los artículos transitorios de la misma Constitución al preverse que « las comunidades negras » con « prácticas tradicionales » habrán de ver reconocido por ley « el derecho a la propiedad colectiva », lo que ha llevado, como veremos, a la asimilación jurisprudencial entre *minorías étnicas* y *minorías negras* sobre la base de los derechos de los *pueblos indígenas*, particularmente en dicho supuesto de comunidad afrocolombiana con base de territorio propio. La posibilidad de la asimilación respecto a derechos, más allá de lo que en la misma Constitución se sugería, se apreció enseguida. El sujeto *negro* puede beneficiarse del reconocimiento constitucional del sujeto *indígena*, y no sólo del propio, con la consiguiente acreditación a la *consulta*

L'Harmattan, 2013, pp. 209-228, interesando también, para ubicación, los volúmenes completos.

étnica (23). Dada la existencia de comunidades afrodescendientes de base territorial por otras latitudes latinoamericanas, la asimilación no es sólo colombiana (24). Lo afrodescendiente es más que lo tribal como, por supuesto, lo tribal es más que lo afrodescendiente.

Entre los derechos en sustancia indígenas, la Constitución colombiana no menciona la consulta, sea indígena o étnica, ni tan siquiera cuando se encuentra con pie para hacerlo. Cuando trata de las *entidades territoriales indígenas*, dispone que la regulación de su encaje con otras entidades que concurren en la composición del ordenamiento territorial habrá de efectuarse con intervención de parte indígena: «La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de

(23) Enrique SÁNCHEZ, Roque ROLDÁN, María Fernanda SÁNCHEZ, *Derechos e identidad. Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*, Bogotá, Disloque, 1993; Peter WADE, *Gente negra, nación mestiza. Dinámicas de las identidades raciales en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1997; *Blackness in Latin America and the Caribbean*, Norman E. Witten y Arlene Torres (eds.), Bloomington, Indiana University Press, 1998, con capítulo sobre Colombia de P. Wade (vol. I, pp. 311-334); William VILLA, *Movimiento social de comunidades negras en el Pacífico colombiano. La construcción de una noción de territorio y región*, en *Geografía Humana de Colombia*, vol. VI, *Los afrocolombianos*, Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, 2000 (ed. electrónica), cap. 15; Eduardo RESTREPO, *Etnización de la negritud: la invención de las 'comunidades negras' como grupo étnico en Colombia*, Popayán, Universidad del Cauca, 2013, con una reflexión preliminar plausible sobre formación y reconocimiento de «grupos étnicos», cap. 2 para la vertiente jurídico-política. No creo necesario ocuparme aquí de la extensión ulterior de derechos a otros sujetos: *raízal* y *palenquero*, ambos *creoles* (y ambos presentes en la Constitución, el primero nominalmente, como *comunidades nativas* a ser protegidas, pero no en términos de derechos propios: art. 310), y *rom*, *roma* o gitano, que cabe acercarse como pueblo al caso *indígena* cuando éste ha perdido el arraigo territorial propio y mientras que no lo recupere, no a todo él por supuesto. Véase, con consideración del Convenio 169, Juan Camilo BUSTAMANTE, *El pueblo Rrom (gitano) y la Kriss Romaní en el ordenamiento jurídico colombiano, 1998-2010*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2012.

(24) Ariel E. DULITZKY, *Cuando los afrodescendientes se transformaron en "pueblos tribales"*. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las comunidades rurales negras*, en «El Otro Derecho» (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos), 41 (2010), *Luchas y debates de los afrodescendientes a una década de Durban: Experiencias en América Latina y el Caribe*, pp. 13-48; Karen ENGLE, *The Elusive Promise of Indigenous Development: Rights, Culture, Strategy*, Durham, Duke University Press (DUP en adelante), 2010, parte III: *Indigenous models in other contexts: the case of Afro-Colombians*.

Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas [...] » (art. 329). He aquí un caso neto de *consulta* para el Convenio que la Constitución ni siquiera identifica por su nombre. Cómo deba sustanciarse sigue siendo una incógnita pues la actual Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Ley 1454/2011) aplaza el tratamiento de lo concerniente a las entidades indígenas ⁽²⁵⁾. Con referencia expresa ahora precisamente a *consulta*, contiene la previsión de una « ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas, acogiendo los principios de participación democrática, autonomía y territorio, en estricto cumplimiento de los mecanismos especiales de consulta previa, con la participación de los representantes de las comunidades indígenas » (art. 37, par. 2º). Aun sin consulta, la Ley ya les afecta ⁽²⁶⁾. Una autonomía indígena realmente existente desde antes de la Constitución sigue sin encontrar un acomodo territorial digno tras ella ⁽²⁷⁾.

De hecho, pese a la Constitución sigue en buena parte vigente una ley de 1890 « por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada », de la que luego diremos, admitiendo por vía de tolerancia,

⁽²⁵⁾ Para el momento previo, pues no se altera de forma directa en la vertiente indígena, *El principio constitucional de autonomía territorial. Realidad y experiencias comparadas*, Liliana Estupiñán y Julio Gaitán (eds.), Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, partes II-IV para Colombia.

⁽²⁶⁾ Cap. III, « Competencias en materia de ordenamiento del territorio », art. 29.2, « Del Departamento [...] d) Integrar y orientar la proyección espacial de los planes sectoriales departamentales, los de sus municipios y entidades territoriales indígenas », lo que en la práctica lleva a la subordinación de éstas además, a algunos efectos, incluso a municipios no indígenas. Pese a su parcialidad reconocida, la Ley formula unos *principios rectores del ordenamiento territorial* que no pueden estar a su alcance (art. 3). La norma ostenta el título oficial de « Ley por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones », pero en su texto se refiere a sí misma como Ley Orgánica de Ordenación Territorial, seguramente por haberse planteado el proyecto sin la excepción indígena.

⁽²⁷⁾ Astrid ULLOA, *Colombia: autonomías indígenas en ejercicio. Los retos de su consolidación*, en *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, Miguel González, Araceli Burguete y Pablo Ortiz (eds.), Quito, FLACSO-IWGIA-CIESAS, 2010, pp. 149-176.

sin fundamento de derecho, una autonomía indígena. La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial permite colateralmente una supe-ditación mayor. La corrección ha venido recientemente, asegurándose la autonomía en materia de administración y protección del territorio y capacitación por transferencias fiscales y de políticas o servicios públicos, por medio de decretos autónomos, esto es, sin base en ley ⁽²⁸⁾, ni tampoco, estrictamente, en el Convenio 169 aunque no deje éste de alegarse.

Se trata del « Decreto número 1953 de 2014 (7 de octubre) por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política », esto es, mientras que se siga incumpliendo el mandato constitucional de una ley integral de ordenamiento territorial, y del « Decreto número 2333 de 2014 (19 de noviembre) por el cual se establecen los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente por los pueblos indígenas acorde con lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT [...] » ⁽²⁹⁾.

Llamémosles Decretos de Autonomía Indígena. Tienen como base un artículo transitorio de la Constitución que precisamente prevenía esa posibilidad de falta de ley territorial integrante de los territorios indígenas ⁽³⁰⁾. Pero de hecho no se trata de reglamentos autónomos de la rama ejecutiva, puesto que se han negociado y

⁽²⁸⁾ Manuel Fernando QUINCHE, Franky URREGO, *Los decretos presidenciales en el sistema normativo*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2011.

⁽²⁹⁾ Constitución, art. 93: « Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia ».

⁽³⁰⁾ Constitución, art. transitorio 56: « Mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el Gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales ». En cuanto a los decretos, no invento el nombre. El Observatorio Étnico (observatorioetnicocecoin.org.co) los denomina Decretos Autonómicos.

acordado con organizaciones indígenas, tampoco exactamente con los pueblos. En todo caso, hay base para traer causa del Convenio, de su requerimiento de consulta.

Se hace y no se hace. Junto a la Constitución, el Convenio lo alegan los Decretos de Autonomía no sólo en el título de uno de ellos: « El desarrollo de los Territorios Indígenas requiere un marco jurídico que permita que los pueblos y comunidades indígenas desarrollen la autonomía que les otorga la Constitución y el Convenio 169 de 1989 » (decreto 1953). Incluso de enfatiza: « El Convenio 169 de la OIT es un instrumento internacional que reconoce derechos humanos de los pueblos indígenas y, por tanto, hace parte del bloque de constitucionalidad, por disposición del artículo 93 de la Constitución Política » (decreto 2333). Reténgase que se califica al Convenio como *instrumento internacional de derechos humanos* para cuando tratemos de éstos. Tampoco se olvide que se le tiene ahí por integrante de todo un *bloque de constitucionalidad* por lo que también habremos de ver sobre su rango normativo.

Ahí se tiene el registro, con el que sin embargo no se guarda consecuencia en lo que atañe a consulta. Se le prevé a diversos efectos con una Mesa Permanente de Concertación Nacional con los Pueblos y Organizaciones Indígenas o, más en general, « con los pueblos y comunidades indígenas », « con las comunidades indígenas » tan sólo, sin referencia a pueblos, o « con los pueblos y organizaciones indígenas » (art. 86). En todo caso, dicha Mesa Permanente media en la consulta a tales otras entidades, las de pueblos, comunidades y organizaciones. Los propios decretos es con esta Mesa de Concertación con la que se negocian y acuerdan. A su través se conduce igualmente la consulta de la misma ley pendiente de ordenación territorial en lo que toca a territorios indígenas. Los Decretos de Autonomía prefiguran su contenido.

Según quedó configurada por ley (1397 de 1996), la Mesa Permanente de Concertación Nacional con los Pueblos y Organizaciones Indígenas constituye un organismo intergubernamental con un contingente de representantes de organizaciones indígenas. ¿Dónde quedan los pueblos indígenas como sujetos autónomos del derecho a la consulta cual garantía de sus derechos sustantivos particulares, derechos de los pueblos, de cada pueblo, y no de las

organizaciones? ¿Y dónde la regulación o la práctica de la consulta conforme a los requerimientos del Convenio?

A estas alturas, en 2011 y hoy, declinando 2014, los *mecanismos especiales de consulta previa* aludidos por la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial y contemplados por los Decretos de Autonomía Indígena siguen siendo problemáticos en sí y, más aún, si se les mira a la luz del Convenio, el cual funciona como una referencia vacía de contenido a los mismos efectos normativos. Tales mecanismos ni los registra la Constitución, ni cuentan con regulación apropiada, ni conocen una práctica regular y homologable, como tampoco se tiene nada de ello más en general respecto al acomodamiento constitucional de los pueblos indígenas ⁽³¹⁾.

Las experiencias intermitentes y desiguales de consultas habidas no han sido para establecer por vía alguna un régimen satisfactorio de garantía respecto a la parte indígena mediante el cumplimiento de la obligación constante del Estado. Tampoco han contribuido unos amagos de reglamentación mediante disposiciones de rango inferior o complementario al legislativo, cuales sean incluso unas directivas presidenciales, tal y como si se tratara de leyes o como si pudieran equivaler ⁽³²⁾. Ha de remarcarse todo esto por lo dicho de que el caso colombiano, sobre todo por su jurisprudencia que pronto confrontaremos, se enarbola no raramente como término de referencia para Latinoamérica ⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ F. SEMPER, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia*, cit.; B. CLAVERO, *Nación y naciones en Colombia*, cit.; Efraín JARAMILLO, *Los indígenas colombianos y el Estado. Desafíos ideológicos y políticos de la multiculturalidad*, Copenhague, IWGIA, 2011; el mismo E. JARAMILLO, *Colombia*, en « El Mundo Indígena » (IWGIA: International Work Group for Indigenous Affairs), 2014, pp. 118-129.

⁽³²⁾ *La Consulta Previa a Grupos Étnicos en Colombia. Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio*, 2 vols., Bogotá, Ministerio del Interior y de Justicia, 2009. Cuando una misión del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas visitó Colombia en julio de 2010, a lo que luego me referiré, se nos preparó por dicho Ministerio, que por entonces reunía ambas competencias, un dossier ad hoc sobre el estado de la cuestión sustrayendo documentación clave.

⁽³³⁾ *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.), Bogotá, Siglo del Hombre, 2001; colectivo, *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, La Paz, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, Parte II, Título III, *Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional*; Esther SÁNCHEZ BOTERO, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela*

Leyes hay en Colombia que contemplan la consulta, pero no que la regulen en cuanto tal, respecto al conjunto y al despliegue de sus requisitos, formas y efectos. Un reciente anteproyecto de ley, de 2012, ya caducado por la celebración de elecciones parlamentarias en marzo de 2014, sigue sin cubrir satisfactoriamente la regulación de la consulta para el estándar establecido por el Convenio ⁽³⁴⁾. El asunto está deslegalizado, pero no por consideración del mecanismo de consulta. Aunque la Constitución quiso salir al paso, la dinámica constitucional colombiana favorece la transmisión de facultades de la rama legislativa a la ejecutiva, en cuyas manos recae hoy básicamente la materia de consulta, al menos en cuanto a su práctica, pues ya veremos cómo la Corte Constitucional se hace con su regulación ⁽³⁵⁾.

La misma Organización Internacional del Trabajo en su labor de supervisión del Convenio 169 no ha dejado de acusar en más de una ocasión el déficit normativo y las inconsecuencias políticas de

como medio para la construcción del entendimiento intercultural, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010.

⁽³⁴⁾ CONSULTORÍA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO, *Análisis: Borrador de Proyecto de Ley Estatutaria de Consulta Previa. El límite de los derechos de los pueblos étnicos*, Bogotá, Fos-Colombia, 2012; Diana Milena MURCIA, *El derecho a la Consulta previa en Colombia. Análisis del borrador de proyecto de reglamentación de junio de 2012*, Bogotá, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2013 (eds. electrónicas ambas). El proyecto en su momento sirvió para que Colombia lo presentase, como mérito a su favor, para su turno de examen de 2013 ante la Organización Internacional del Trabajo, a lo que enseguida me refiero. No se ceja con proyectos en la línea de desvirtuar el derecho de consulta en sí y como procedimiento y garantía: Carlos Andrés MANRIQUE, *El gobierno de la autoestima y la consulta previa*, en « Palabras al Margen » (área de trabajo online), setiembre de 2014.

⁽³⁵⁾ La última Directiva Presidencial, que se presenta además como « Guía para la Realización de la Consulta Previa con Comunidades Étnicas » (10/2013, de 7 de noviembre, completada con el protocolo del Decreto 2613, de 20 del mismo mes, Diarios Oficiales 48.967 y 48.980), es un nuevo testimonio tanto de la elusión del derecho internacional como de la artificialidad del vacío consiguiente, aunque el Convenio 169 se invoque, no en cambio la Declaración de la que trataremos. Las directivas presidenciales están en concreto amparando la práctica de sustitución del Estado a los efectos de consulta por las empresas interesadas en el acceso a recursos indígenas: Yadira CASTILLO, *El rol de la empresa internacional extractiva de petróleo en la consulta previa con las comunidades indígenas: La experiencia de Colombia*, en « Revista de Derecho » (Universidad de los Andes), 37 (2012), pp. 1-35.

Colombia en relación a la obligación de consulta ⁽³⁶⁾, lo que los Decretos de Autonomía Indígena de 2014 tampoco han solventado. Hay un vacío normativo artificial por cuanto que se están eludiendo las directrices marcadas tanto por el Convenio 169 como, en estos últimos años, de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la que luego habremos de ocuparnos desde luego. A este respecto, con tal vacío artificial ha venido a producirse en Colombia una especie de suplencia normativa, concretamente por activismo de la Corte Constitucional ⁽³⁷⁾.

Aunque la consulta no figure en la Constitución ni como derecho indígena ni como obligación del Estado, la Corte Constitucional ha entendido desde 1997 que la misma tiene un alcance de tal carácter, constitucional, mereciendo tutela, con lo que ha desarrollado una jurisprudencia no sólo garantizadora, sino también reguladora, lo primero en contados y sonados casos de incumpli-

⁽³⁶⁾ Ana Lucía MAYA, *El derecho a la consulta previa en las decisiones de la Organización Internacional del Trabajo contra el Estado colombiano*, en «El Otro Derecho», 40 (2009), *El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*, pp. 75-95. Actualmente, para 2015, Colombia tiene pendiente un informe sobre la siempre fallida legislación de consulta. Para reflexión, con registro del Convenio 169, Carlos A. RODRÍGUEZ SCHRADER, *Recomendación u obligación: análisis de las decisiones del consejo de administración de la OIT en la jurisprudencia constitucional colombiana*, en «Revista de Derecho Público» (revista online, Universidad de los Andes), 32 (2014), art. 13.

⁽³⁷⁾ Mónica URIBE, Juan Fernando SANTA, *El derecho a la consulta previa*, Medellín, Universidad EAFIT, 2008 (ed. electrónica); Daniel VELANDIA, *Desafíos del Estado colombiano respecto al derecho a la consulta previa y los grupos étnicos*, en «Revista Centro de Estudios Políticos», 2 (2010), pp. 49-75; Valeria SILVA, *El derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa*, en «Revista Derecho del Estado», 25 (2010), pp. 247-251; Carlos Eduardo SALINAS, *La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia*, en «Revista Derecho del Estado», 27 (2011), pp. 235-259; Alejandra VEGA, *Consulta previa a pueblos indígenas y tribales. Análisis y propuesta de legislación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2012 (ed. electrónica); Laura POSADA, *La consulta y el consentimiento libre, previo e informado como herramientas de litigio de los grupos étnicos*, Medellín, Universidad EAFIT, 2012 (ed. electrónica); María Alejandra DURÁN, *El derecho a la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2013 (ed. electrónica).

miento más flagrante ⁽³⁸⁾. Hasta tal punto se ha significado a ambos efectos la Corte Constitucional colombiana que se le viene tomando como guía y modelo para otras jurisdicciones de constitucionalidad y de amparo por Latinoamérica. La necesidad de suplencia hacia el interior se ha hecho virtud de ordenamiento para el exterior por las deficiencias aún mayores de otros casos más que por los méritos propios ⁽³⁹⁾.

3. *Jurisprudencia constitucional colombiana entre ordenamiento de derecho y presunción de antropología.*

Aquí nos interesa la suplencia, esto es, el desarrollo de una regulación sobre la consulta indígena por parte de la Corte Constitucional. En el último pronunciamiento al respecto, contenido en la Sentencia de Constitucionalidad 253/2013, la propia Corte hace un repaso de dicho desenvolvimiento no sólo por lo que toca a las *comunidades negras* ⁽⁴⁰⁾. La misma versa sobre esta categoría de *negro*, resolviendo que, conforme a la Constitución, no es de carác-

⁽³⁸⁾ Catalina BOTERO, *Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, en « Precedente. Revista Jurídica » (Universidad ICESI), 2003, pp. 45-85; *Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y jurisprudencia*, Carlos Parra y G.A. Rodríguez (eds.), Bogotá, Universidad del Rosario, 2005; G.A. RODRÍGUEZ, *La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010 (ed. electrónica); *Minería en Colombia: Institucionalidad y territorio, paradojas y conflictos*, Luis Jorge Garay Salamanca (dir.), Bogotá, Contraloría General de la República, 2013. La Sentencia de Unificación 039/1997, que interesa al respecto, el sitio de la Corte la incluye con resumen en inglés entre « its most important decisions ».

⁽³⁹⁾ B. CLAVERO, *Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: El reto constituyente de Bolivia*, pp. 46-53 sobre Colombia, en « *Revista Española de Derecho Constitucional* », 94 (2012), pp. 29-60. Para la virtualización forzada, E. SÁNCHEZ BOTERO, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*. En la reciente y útil « Sumilla de sentencias sobre el derecho a la consulta previa emitidas por cortes latinoamericanas » de *La consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú. Compendio de legislación y jurisprudencia*, J.C. Ruiz Molleda (ed.), Lima, Instituto de Defensa Legal, 2012, pp. 339-342, Colombia se lleva con diferencia la parte del león.

⁽⁴⁰⁾ Para el texto de las sentencias, el sitio de la Corte Constitucional (corte-constitucional.gov.co) cuenta con buenos buscadores; en el de la Universidad del Rosario (urosario.edu.co), la página de la Cátedra Viva Intercultural de la Facultad de Jurisprudencia ofrece enlaces a las específicas sobre consulta previa.

ter discriminatorio puesto que sirve, con el uso de dicho calificativo, para extender a comunidades afrocolombianas los derechos de los *grupos étnicos*, esto es, de los *pueblos indígenas*. *Negro*, con su derivado *nigger*, es término proscrito en el vocabulario jurídico y político internacional por su carga racista y grave implicación discriminatoria, mas puede tener a escala local la significación opuesta. Esto no quita que su uso social pueda resultar en casos, tampoco siempre, seriamente ofensivo también en Colombia, pero se entiende que esto no debe contaminar la categoría constitucional. Uso social y uso jurídico se diferencian y se influyen ⁽⁴¹⁾.

Al propósito de la participación de derechos entre *grupos étnicos*, la sentencia se detiene en el derecho a la consulta y en su régimen no sólo por razón de que así se aplique a tales otras comunidades, las *negras*, sino también en sus términos más generales, alcanzando neurálgicamente al caso de los pueblos indígenas. Esto segundo va a ir más allá, bastante más allá, de lo que cabría esperar por la implicación entre categorías, la *negra* específica y la *étnica* común. Como la sentencia va a introducir una importante novedad, la de producir un giro jurisprudencial que nos dirigimos a ver, es por lo que expone su propia trayectoria respecto a la institución de la consulta. Nos interesa ahora al respecto, no la historia de la jurisprudencia constitucional en sí, sino la imagen que de la misma se hace la propia Corte para sentar derecho.

La Corte Constitucional se introduce en el repaso de su jurisprudencia sobre consulta *étnica* anunciando que lo hace porque va a modificarla. Lo inicia con la Sentencia de Constitucionalidad 169/2001 que, a propósito de la reglamentación de competencias congresuales, constataba que «la consulta previa no había sido prevista ni por la Constitución ni por la Ley para medidas legislativas» con carácter general, sino sólo para «el caso de la explotación de recursos naturales en los territorios de grupos étnicos», lo que asegura que se contiene en el artículo 330 de la Constitución: «De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados

(41) P. WADE, *Defining Blackness in Colombia*, en «Journal de la Société des Américanistes», 95 (2009), 1, pp. 165-184; comentarios de Paul SCHOR y Odile HOFFMANN en «Nuevo Mundo / Mundos Nuevos» (revista online), 2009, sección *Coloquios*.

según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: [...] 5. Velar por la preservación de los recursos naturales ». Si hay necesidad de consulta para otros casos, es, según esta primera sentencia de la serie, porque haya leyes que así lo prevean y sólo por dicha razón: « Se estableció que la Corte no podía prescribir como obligatorio un procedimiento que no se contemplaba en el ordenamiento jurídico », entendiéndose por *ordenamiento* el constituido por las leyes. De momento sintetizo el relato de la jurisprudencia constitucional realizado por la propia Corte.

La Corte prosigue con su recapitulación. La Sentencia de Constitucionalidad 891/2002 « consideró que la participación de los pueblos indígenas a través de la consulta previa adquiere rango de derecho fundamental al relacionarse con la integridad étnica, especialmente cuando se encuentran de por medio regulaciones de temas ambientales en territorios ancestrales », para lo que sitúa la base normativa en el « principio participativo » del artículo segundo constitucional: « Son fines esenciales del Estado: [...] facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan ». Esto « adquiere matices más intensos cuando se relaciona con los pueblos indígenas ». Respecto a la ley sometida a juicio de constitucionalidad, que era el Código de Minas (Ley 685/2001), asegura que su proyecto « había sido socializado [...] entre las comunidades indígenas », cumpliéndose de este modo « el requisito de la consulta previa ». Según este estándar, basta con una serie de actividades aunque finalmente resulten fallidas: « (i) divulgación del proyecto de ley, enviado por correo a las distintas organizaciones indígenas; (ii) ilustración y exposición detallada del articulado del proyecto ante las comunidades y discusión preliminar entre las entidades gubernamentales y estas últimas, a través de los talleres informativos previos, diseñados como mecanismos preparatorios para la Mesa Nacional de Concertación; (iii) organización y celebración — en dos oportunidades — de la Mesa Nacional de Concertación, donde no se llegó a acuerdo alguno, pero por causas no imputables al Gobierno, pues éste siempre demostró su voluntad de realizar la consulta y la concertación en torno al proyecto de ley ». De la Mesa de Concertación ya sabemos.

Resulta tal y como si la socialización pudiese llegar a suplir a procesos consultivos frustrados por no alcanzar la « concertación »

o decisión en común. Con esto y en suma, desde aquella sentencia de 2002 quedaron fijados por la Corte Constitucional unos criterios conforme a los cuales puede darse fácilmente por realizada, sin requisito de acuerdo, la consulta étnica: « De este modo, se determinó que el Gobierno tiene el deber de propiciar mecanismos efectivos, razonables, suficientes y apropiados de participación, pero en el caso en el que no se llegare a un acuerdo, no se debe frenar el proceso legislativo cuando se trate de asuntos de interés general como los temas mineros. Además, se resaltó que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los grupos étnicos pueden participar ya que también en el Congreso se pueden seguir debatiendo los temas de interés de estas comunidades a través de las personas que hayan sido elegidas como sus legítimos representantes en esta instancia ». Como representación específica de comunidades indígenas se reserva por la Constitución un cupo de dos senadores (art. 171) ⁽⁴²⁾.

También ya sabemos que la representación indígena de un alcance general no puede suplir el acuerdo de los pueblos afectado por las medidas que se consultan. No cabe que haya suplencia ni siquiera aunque se requiriera el consentimiento indígena en el Congreso, cosa que la Corte Constitucional se guarda de hacer. Es un índice de una ausencia clave que debe subrayarse. Para la fijación jurisprudencial de un patrón de constitucionalidad respecto a la consulta a los pueblos indígenas y comunidades asimiladas, no está sustancialmente compareciendo el Convenio 169, este tratado incorporado al ordenamiento colombiano, según ley, desde marzo de 1991 y, según derecho internacional, elevándose así su rango normativo, desde agosto de 1992.

En el repaso que se está realizando, la referencia viene a continuación dándose por hecho que en el tratado internacional no

⁽⁴²⁾ « Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas », recayendo la acreditación de las candidaturas en el Ejecutivo y no en organización u organizaciones de los respectivos pueblos. De autor que fuera senador indígena y luego, como *cursus honorum*, alto cargo gubernamental, Gabriel MUYUY, *Indígenas colombianos y su relación con el Estado*, en *En defensa del pluralismo y la igualdad. Los derechos de los pueblos indios y el Estado*, Ilena Almeida y Nidia Arrobo (eds.), Quito, Abya Yala, 1998, pp. 35-47.

hay directrices para definirse el estándar: « Aún cuando ni el Convenio 169 de la OIT ni la Constitución previeron un procedimiento para la realización de la consulta, en esta sentencia [891/2002] la Corte empieza a establecer los presupuestos básicos de la consulta previa en relación con la expedición de medidas legislativas, en particular considerando la importancia de garantizar una efectiva participación de los grupos étnicos, que no se limita a una simple labor de información, sino a propiciar espacios de real concertación con estas comunidades en los asuntos que los afectan ». Lo que ya deja marcada una pauta: « Este tipo de análisis se reiteran en otras sentencias relativas a medidas legislativas. [...] En todo caso, se estableció que no era necesario realizar un *examen rígido del procedimiento* que empleó el Gobierno para llegar a la fórmula de la concertación teniendo en cuenta que ni el Convenio 169 de la OIT ni la Constitución lo prevén, y porque para la ejecución de la ley se requería una nueva aprobación por parte de las comunidades indígenas ». Esto último resulta cierto al no estarse requiriendo el acuerdo o consentimiento requerido como objetivos de la consulta por parte del Convenio 169.

Algunas puntualizaciones se han ido añadiendo por sucesivas sentencias. « De este modo — recapacita la Corte — los criterios generales reiterados por la jurisprudencia en relación con la consulta previa de medidas legislativas hasta el 2007 [C-208] se pueden resumir en los siguientes puntos: (i) reconocimiento de la inexistencia de un procedimiento establecido en el Convenio 169 de la OIT y en la Constitución para realizar la consulta; (ii) la importancia de tener en cuenta el principio de buena fe y la flexibilidad que exigen este tipo de procedimientos, de lo cual se desprende que la participación de las comunidades en la adopción de las medidas legislativas que las afecten debe ser oportuna, efectiva y suficiente y no puede reducirse a un mero trámite informativo; (iii) la necesidad de realizar una pre-consulta en la que el Gobierno y las comunidades establezcan la manera en la que se realizará la consulta; (iv) el que no se llegue a un acuerdo con las comunidades, no exime a las autoridades de adoptar una ley siempre que el trámite haya garantizado la real y efectiva participación de las comunidades; (v) la participación de los grupos étnicos no culmina con la radicación del proyecto sino que continúa en el Congreso con los representantes legítimamente ele-

gidos por dichas comunidades; *(vi)* cuando para la aplicación de las medidas establecidas en una ley se requiere de ulteriores procesos de consulta, el examen del requisito de consulta previa para la disposición legislativa es más flexible ».

Relevante fue a continuación la Sentencia de Constitucionalidad 030/2008 pues, por deficiencia de consulta en los términos referidos, es anulada una importante norma, la Ley General Forestal (Ley 1021/2006). Es la sentencia que « sistematizó los criterios que la jurisprudencia había venido desarrollando y amplió los ámbitos de aplicación de la consulta previa », así como « avanzó en la definición del contenido y el alcance de la consulta previa como mecanismo de participación de los grupos étnicos cuando se trate de medidas legislativas no circunscritas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (Constitución Política, art. 330) ». Obsérvese que el fundamento último de la consulta sigue residenciándose, de modo no poco forzado como habrá podido apreciarse por la cita de dicho artículo, en la Constitución y no en el Convenio. Pero éste cobra ahora alguna significación: « La consecuencia de omitir el deber de consulta previa se traduce en el incumplimiento del compromiso internacional asumido por el Estado con el Convenio 169 de la OIT; igualmente supone el desconocimiento de la Constitución y por ello puede solicitarse el amparo de este derecho mediante la acción de tutela. Tratándose de leyes, la omisión de la consulta previa produce la declaración de inconstitucionalidad de una ley, o la declaratoria de constitucionalidad condicionada excluyendo de su ámbito de aplicación los grupos étnicos afectados, o la declaración de una omisión legislativa por no haber previsto medidas orientadas a estas comunidades ».

La Corte repasa todavía otras sentencias que han mantenido los criterios fijados entre 2007 y 2008. No hace falta que sigamos todo su relato. Importa lo que viene acto seguido. Aunque no se plantee en el pedido ni guarde relación con el fallo, pues el caso versa sobre el calificativo *negro*, la Sentencia de Constitucionalidad 253/2013 se introduce pretorianamente en la formulación de una « nueva regla jurisprudencial en relación con la exigibilidad de la consulta previa para medidas legislativas ». Afronta el problema de la inexecutable o la anulabilidad de normas inconsultas cuyo precedente ha quedado sentado en 2008 fundándose, por este

orden, en Constitución y en Convenio, conforme así, en todo caso, a un derecho establecido en 1991.

Con la violencia normativa del caso, la *nueva regla* consiste en la decisión tajante de que la anulabilidad sea sólo aplicable desde 2008, no desde 1991, tal y como si la jurisprudencia pudiera superponerse a derecho tanto constitucional como internacional: « En el presente caso, encuentra la Corte que la exigibilidad de la consulta previa para medidas legislativas anteriores a la sentencia C-030 de 2008, que consolidó la regla jurisprudencial en esta materia, se opone a principios fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico, tales como la seguridad jurídica, la legalidad y el principio democrático ». Ahora se retuerce el argumento de que no hay regulación ni en Constitución ni en Convenio y la evidencia de que la jurisprudencia está supliendo: « La Constitución no contempla [...] el procedimiento de consulta previa en las normas relativas a la formación de las leyes ordinarias, ni para el trámite de leyes estatutarias. [...] Por su parte, el Convenio 169 de la OIT, solo fija algunos principios generales que deben regir la consulta como la flexibilidad y la buena fe pero no desarrolla ningún procedimiento específico. [...] Las reglas sobre consulta previa fueron establecidas de manera general por la sentencia C-030 de 2008 », a partir de la cual « le es exigible al Legislador la obligación de realizar un procedimiento no previsto en la Constitución ni en la Ley Orgánica del Congreso, como requisito para tramitar medidas legislativas ».

Otra cosa se argumenta que sería concederle alcance retroactivo a la institución de la consulta previa: « Resulta desproporcionado e irrazonable, el que un procedimiento no contemplado en el ordenamiento jurídico como la consulta previa, pueda ser exigible para medidas legislativas posteriores al establecimiento de reglas procedimentales en esta materia por vía jurisprudencial y de interpretación del Convenio 169 de la OIT. Lo anterior supone la imposibilidad de juzgar o reprochar las actuaciones del Congreso con base en un parámetro de control de constitucionalidad, fundamentado en reglas inexistentes en el momento de tramitar una ley o acto legislativo ». Respecto a la fijación del momento a partir del que puede exigirse la consulta, desde 2008 en vez de 1991 o 1992, la Corte Constitucional está mirando ante todo a un bloqueo de la justicia durante dicho lapso, puesto que en Colombia las instancias

judiciales ordinarias son competentes en materia de tutela y la misma Corte tiene establecido, como hemos visto, que la consulta es derecho fundamental aunque no figure como tal en la Constitución. Tal vez, en esta regresión, el siguiente paso sea el de sustraer dicho reconocimiento de derecho susceptible de tutela, para lo que ni siquiera se precisa reforma constitucional ⁽⁴³⁾.

Los fundamentos de tan problemática conclusión respecto a la fecha de exigibilidad de la consulta, en los cuales la Corte se extiende, son los dichos de que requerir la consulta desde 1991 atentaría contra los cimientos de un *ordenamiento jurídico* en el que, frente al mandato constitucional, no se comprende el derecho indígena, cimientos tales como la *seguridad jurídica*, el *principio de legalidad* y la *irretroactividad de las leyes*. No olvidemos que estamos tratando de derechos de los pueblos indígenas y comunidades asimiladas o, más en concreto, de la consulta previa como garantía de tales derechos. La *seguridad jurídica* se invoca por la Corte como si la misma no alcanzase a los pueblos indígenas, como si no se les hubiera instalado en la inseguridad suma de *medidas legislativas o administrativas* que les afectan severamente sin siquiera consultarles. Y el *principio de legalidad* se alega como si la Constitución no reconociera ordenamiento indígena y como si no estuviera subordinado a un *principio de constitucionalidad*. Si un Estado se declara constitucionalmente multicultural y reconoce en consecuencia derechos de otra matriz, lo menos que debe hacer la justicia es construir multiculturalmente las categorías que asume y aplica ⁽⁴⁴⁾. Por su

⁽⁴³⁾ El agüero no sólo depende de la evolución política de Colombia, sino también de un contexto internacional en el que, precisamente tras la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la que pronto hablaremos, está produciéndose una fuerte reacción. Para momento sintomático en esta dirección, B. CLAVERO, *Derecho Global*, cit., cap. 3: *¿Globalización del constitucionalismo? Transnacionalidad de empresas entre poderes y derechos, 1947-2012*, inicialmente en estos « Quaderni fiorentini », 41 (2012), pp. 483-580; parte con edición colombiana: *Comercio justo, globalización y medio ambiente*, Gonzalo Andrés Ramírez y Erli Margarita Marín (eds.), Bogotá, Universidad Externado, 2013, pp. 427-461; (Jens MARTENS y Judith RICHTER), *Corporate Influence on the Business and Human Rights Agency of the United Nations*, Aquisgrán, MISEREOR, 2014.

⁽⁴⁴⁾ D. BONILLA, *La Constitución multicultural*, cit., Conclusión: *Hacia un reconocimiento y un acomodamiento justos de las minorías culturales*, todavía en tales

parte, respecto a la *irretroactividad de las leyes*, la *regla* de que los derechos y sus garantías sólo cobran vida, no porque la Constitución los reconozca, sino porque la ley o la jurisprudencia los contemple, así como tan solamente a partir de esto segundo, no tiene más fundamento que la arbitrariedad pretoriana ⁽⁴⁵⁾. La Corte Constitucional hace honor al sesgo de su jurisprudencia cuando, tras la decisiva Sentencia de Constitucionalidad 253 de 2013, revalida la centralización de competencias en materia minera para actuaciones posteriores al 2008 olvidándose del derecho de los pueblos indígenas a la consulta ⁽⁴⁶⁾.

Son efectos de la suplencia normativa de la que viene hacién-

términos de *minoría* el sujeto. Es categoría que conserva incluso cuando se atiende al caso indígena: D. BONILLA, *Self-Government and Cultural Identity: The Colombian Constitutional Court and the Rights of Cultural Minorities to Prior Consultation*, en *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Id. (ed.), Cambridge, CUP, 2012, cap. 6. No siempre mantiene el autor la perspectiva multicultural, ni siquiera para materias que constitucionalmente, según la Constitución de Colombia, la reclaman: D. BONILLA, *Liberalism and Property in Colombia: Property as a Right and as a Social Function*, en «Fordham Law Review», 80 (2011), 3, pp. 1135-1170. Contrástese, para caso vecino, Rodrigo MÍGUEZ, *Terra di scontri. Alterazioni e rivendicazione del diritto alla terra nelle Ande centrali*, Milán, Giuffrè, 2013.

⁽⁴⁵⁾ El caso de que ya viniera haciéndolo sin mayor problema respecto a indígenas no suele considerarse: German A. LÓPEZ DAZA, *El juez constitucional colombiano como legislador positivo, ¿un gobierno de los jueces?*, en «Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional», 24 (2011), pp. 169-193. El problema se sabe que es general respecto al activismo de cortes constitucionales e instancias judiciales, pero en Colombia alcanza un grado especial no sólo en relación a indígenas. De «construcción pretoriana» se habla al efecto sin acusar la arbitrariedad: Carlos E. SALINAS, *La consulta previa de medidas administrativas cuyo contenido puede afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia*, en «Justicia» (Universidad Simón Bolívar), 20 (2011), pp. 37-55.

⁽⁴⁶⁾ Sentencia de Constitucionalidad 123/2014, sobre el Código de Minas (Ley 685/2001, como sabemos), sentencia que no deja de encarecer la necesidad de coordinación con las entidades territoriales para la defensa del medioambiente y de su respectiva autonomía, sin la debida atención a la consulta como garantía de derechos indígenas, lo que bastaría para cuestionar la constitucional al artículo concernido de dicho código (art. 37: «ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería»). Como vimos, la Sentencia de Constitucionalidad 891/2002, ya referente al Código de Minas, figura entre las que han validado como consulta indígena procedimientos de socialización no conformes con el Convenio 169.

dose gustosamente cargo la Corte Constitucional colombiana. El caso de la consulta *étnica* no es el único. La desigual implantación institucional y el irregular desarrollo legislativo de la Constitución unidos a la violencia política y parapolítica, de cobertura contraguerillera, que viene asolando de largos años a Colombia han llevado a dicha necesidad de suplencia con aspectos incluso marcadamente positivos ⁽⁴⁷⁾. No es el caso del capítulo indígena. La concepción sesgada de la seguridad jurídica constituye un indicio de la debilidad cultural de la jurisprudencia constitucional durante todo su desarrollo a dicho respecto. Así, en casos concretos sobre derechos indígenas, ante la necesidad de informarse por parte de la Corte Constitucional, viene recurriéndose a la antropología profesional en vez de a las propias autoridades indígenas que, con competencias judiciales reconocidas por la Constitución, no tienen por qué someterse a mediaciones. El prejuicio cultural lleva a que lo primero y no lo segundo se considere lo adecuado, privándosele así de voz propia y, por ende, de garantía de derecho, a los pueblos indígenas ⁽⁴⁸⁾. En este contexto se comprenden las alegaciones de *seguridad jurídica, principio de legalidad e irretroactividad de las leyes* en degradación y detrimento de la garantía de consulta para los pueblos indígenas y

(47) C. RODRÍGUEZ GARAVITO, Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010; el mismo C. RODRÍGUEZ GARAVITO, *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*, en «Texas Law Review», 89 (2010-2011), pp. 1669-1698; *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, D. Bonilla (ed.), cit.

(48) E. SÁNCHEZ BOTERO, *El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, 2010; para contrastes justamente críticos, Paulo Ilich BACCA, *Los derechos indígenas en la era del reconocimiento*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010 (ed. electrónica), cap. II.6: *Trazas de doctrina etnocéntrica*; Diana M^a CARRILLO, *Jurisdicción especial indígena: ¿Mecanismo de fortalecimiento o debilitamiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas?*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2013 (ed. electrónica), cap. I-2: *La otra vuelta de tuerca al proyecto de diversidad étnica y cultural*; F. GÓMEZ ISA, *Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective*, p. 755: «Ultimately judges from the dominant legal culture, aided by experts on indigenous world views, have the power», expertos y expertas, entiéndase, de background no indígena.

asimilados ⁽⁴⁹⁾. Esta vertiente que puede decirse antropológica de la trayectoria de la jurisprudencia constitucional no comparece por supuesto en la historia relatada por la propia Corte en relación a la consulta.

Hay más. Vendrá observándose que, en Colombia, la Corte Constitucional es un ejemplo patente de activismo judicial que desborda el diseño constitucional invadiendo la función directamente normativa por vía no sólo de suplencia ⁽⁵⁰⁾. Está habituada a apreciar inconstitucionalidad incluso más allá de los requerimientos del caso. Hay una excepción. Habiéndosele dado pie en más de una ocasión, no se la plantea de forma eficaz y en su totalidad respecto a una ley literalmente racista y abiertamente colonialista, la « Ley por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada » (Ley 89/1890), todavía parcialmente en vigor bajo el supuesto de que sirve para ofrecer garantías en tanto que no se complemente la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial con la referente a territorios indígenas, como si la Constitución por sí sola no valiese a tal efecto. Con este sesgo normativo y, más de fondo, cultural, ¿qué consulta conforme al Convenio 169 va a poder garantizarse? La persistencia de dicha ley resulta un síntoma elocuente ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ En el sitio de la Organización Nacional Indígena de Colombia (cms.onic.org.co) puede verse el rechazo contundente de la sentencia, también suscrito por organizaciones afrocolombianas: « Declaramos acatar la Constitución, el Convenio 169 de la OIT e inaplicar la regla jurisprudencial de la sentencia C 253 de 2013 con base en el artículo 4to de la Constitución » (« La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales »).

⁽⁵⁰⁾ Diego LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Bogotá, Legis, 2001.

⁽⁵¹⁾ Aún entendiéndola derogada por un fallo que en realidad sólo alcanza a tres de sus artículos (Sentencia de Constitucionalidad 139/1996), Miguel Alejandro MALAGÓN, *La ciencia de la policía y el proceso de civilización de indígenas*, en *El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI*, Manuel Alberto Restrepo (ed.), Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, pp. 131-147; expresivo de la carga ideológica de tracto colonial que la rodea aún hoy, pues la mantiene, Fernando MAYORGA, *Norma general, norma especial: el Código civil de 1887 y la ley 89 de 1890, un caso de regulación protectora de las minorías durante la Regeneración*, en « Revista Mexicana de Historia del Derecho », 27 (2013), pp. 159-182.

En definitivas cuentas, debiendo obligar este tratado que es el Convenio 169 a todas las instituciones del Estado, la Corte Constitucional ni lo asume en su práctica ni lo toma como referencia en concreto para el ejercicio del *control de convencionalidad* o por tratados sumado al control por Constitución o de constitucionalidad. El primero puede venir también a través del sistema interamericano de derechos humanos por haber éste asumido en su jurisprudencia el Convenio ⁽⁵²⁾. La Corte Interamericana lo tiene adoptado como elemento integrante del propio parámetro de enjuiciamiento, ahora fortalecido por la asunción adicional de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que veremos, aun tratándose de derechos que no se registran en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ⁽⁵³⁾.

En suma, el control de convencionalidad puede advenir de forma directa, por actuación consecuente de la Corte Constitucional, o también a través de la jurisprudencia interamericana, pero ni de una ni de otra forma la Corte Constitucional realmente asume el Convenio 169, intentando eludir el fundamento internacional incluso para el derecho de consulta que no figura en la Constitu-

⁽⁵²⁾ M.F. QUINCHE, *El control de convencionalidad*, Bogotá, Temis, 2014, centrándose en la jurisprudencia interamericana, que es la que ha acuñado la expresión y así potenciado incluso más en general el valor normativo de los derechos humanos, y no dejando de referirse al extremo, pp. 128 y 144-146: « El Convenio 169 sobre trabajo indígena », y bastante más, es « el más importante de todos » los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo incorporados al ordenamiento colombiano en virtud del artículo constitucional 53 citado; la Corte Constitucional no le confiere un valor inmediato que pueda interesar al parámetro de constitucionalidad sin pasar por su mediación, un indicio de resistencia al control de convencionalidad con entidad propia, esto es, se reconozca o no, supraconstitucional: Néstor Pedro SAGÜES, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, en « Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile », 8 (2010), 1, pp. 117-136.

⁽⁵³⁾ L. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *El sistema interamericano de los derechos humanos y los pueblos indígenas*, en *Pueblos indígenas y derechos humanos*, M. Berraondo (ed.), Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 153-203; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, cit.; Rosemberth ARIZA, *Pueblos indígenas de Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2013.

ción ⁽⁵⁴⁾. De una y de otra forma la Corte Constitucional, a la hora de la verdad, es servicial para con el Estado, deferente con el mismo, más que con los derechos por muy fundamentales que los considere, como sea el caso del de consulta ⁽⁵⁵⁾. Por decirlo de otro modo, la transconstitucionalidad, por muchas ilusiones que se haga, tiene hoy por hoy un límite de Estado ⁽⁵⁶⁾.

Hablando de tratado y, muy especialmente, de consulta, ¿qué se pensaría si el Congreso y el Gobierno prescindieran de ella para sustituirla por la mediaciones como lo sea la oficiada por la antropología? Formas políticas de socialización a las que la jurisprudencia constitucional hemos visto hacer referencia respecto a la consulta no son muy distintas a los estilos profesionales de mediación que la misma jurisprudencia pone en práctica recurriendo a la antropología. Porque la voz indígena pueda hacerse más presente en procesos

⁽⁵⁴⁾ Para fundamentar la consulta en Constitución, la Corte Constitucional recurre a artículos constitucionales citados y por citar (arts. 2 y 40.2, participación ciudadana indistinta; art. 7, « diversidad étnica y cultural »; art. 329, « participación de los representantes de las comunidades indígenas » en el diseño territorial; art. 330, competencia indígena para « velar por la preservación de los recursos naturales »), junto a algún otro de más difícil relación (art. 70, « la cultura en sus diversas manifestaciones » como « fundamento de la nacionalidad »). Todas estas referencias a dicho concreto efecto pueden encontrarse, con acumulación que acusa debilidad, en la Sentencia de Constitucionalidad 208/2007, sobre identidad étnica y cultural a propósito del Estatuto de Profesionalización Docente.

⁽⁵⁵⁾ Sin el registro concreto de deferencia política de cara a derechos indígenas, Sebastián RUBIANO, *La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política*, en *Mayorías sin Democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, M. García Villegas y Javier E. Revelo (dirs.), Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2009, pp. 84-145; Juan Carlos RODRÍGUEZ-RAGA, *Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006*, en Gretchen Helmke, Julio Ríos-Figueroa, *Courts in Latin America*, Cambridge, CUP, 2011, pp. 81-98.

⁽⁵⁶⁾ Con cierto optimismo, pero también con cierta base, y como si los latinajos prestasen cuerpo, ya está hablándose, como vimos, de un *ius constitutionale commune* latinoamericano: *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América latina?*, A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales (eds.), con capítulo primero oportuno ya citado: G. AGUILAR, *Emergencia de un derecho constitucional común en materia de derechos indígenas*. También se plantea, miméticamente respecto a Europa, con carácter más general: Juan Pablo PAMPILLO, *Ius Commune Americano*, en *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Mario I. Álvarez y Roberto Cippitani (eds.), Roma-México, ISEG, 2013, pp. 348-356.

de socialización de proyectos, no por ello, aunque la Corte Constitucional lo de por bueno, se hacen vivos la voz y el voto, esto es para el caso, la consulta y el acuerdo o el consentimiento (57). En cuanto a la forma de actuar de la Corte Constitucional o en general de la justicia, ya he indicado que, en el derecho internacional, *governments* significa *Estados* y no sólo *gobiernos* como suele traducirse. La obligación de consulta vincula directamente a todos los órganos constitucionales (58).

La Corte que está requiriendo consulta de otras instituciones del Estado no se entiende vinculada a nada semejante a los efectos de la decisión jurisdiccional, bien que en el de la ejecución ha venido a abrir espacio, sobre todo enfrentándose con situaciones que llama de *estado de cosas inconstitucional*, esto es, una situación que propicia la sistemática vulneración de algún derecho fundamental (59).

(57) Conozco de primera mano las formas de socialización que suelen practicar instancias gubernamentales por haber participado, en julio de 2010, en la misión aludida del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, que sufrió ese acoso hasta el punto de que por parte indígena llegó a exigirse la evacuación de nuestra escolta oficial para poder celebrar reuniones: E/C.19/2011/3, *Situación de los pueblos indígenas en peligro de extinción en Colombia. Resumen del informe y recomendaciones*, documento de la sesión décima de dicho Foro (undesadspd.org/IndigenousPeoples.aspx), con apartados sobre consulta. Los pueblos *en peligro de extinción* de los que se ocupó la misión son ahora principalmente los afectados por el desplazamiento forzoso provocado por la violencia política cruzada entre guerrilla y contraguerrilla con pérdida de territorio y recursos. Indico las signaturas de Naciones Unidas para la referencia a sus documentos; no agregó URL si son fácilmente localizables en Internet.

(58) Hay más faltas de correspondencia saussurianas en traducciones claves. Ya también he indicado que *medidas legislativas* en relación a la consulta debe entenderse en el sentido más general de *medidas normativas*, inclusive las constitucionales, lo que se corresponde con *legislative measures* por la acepción genérica de *law* como ordenamiento. En Naciones Unidas y sus instrumentos normativos el español es tan oficial como el inglés, pero éste es la *working language* a partir de la que se realizan las traducciones usualmente. Sobre estos desajustes entre lenguas respecto a categorías jurídicas primarias, B. CLAVERO, *Happy Constitution, Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997, cap. 3: *Imperio de la ley y rule of law: tópica y léxico constitucionales*, primera versión en estos «Quaderni fiorentini», 25 (1996), pp. 285-346.

(59) C. RODRÍGUEZ GARAVITO, D. RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social*, cit., sobre esta otra práctica, aun descuidando precisamente el capítulo específico de los pueblos indígenas, pero véase ahora del mismo C. RODRÍGUEZ GARAVITO, *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los previos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos*

Lo requerido es la consulta previa, no la ulterior. ¿Y de qué serviría su empleo por órganos políticos si el ordenamiento sigue determinándose por vía jurisprudencial? La Corte, con la presunción supremacista de que la antropología profesional representa a los pueblos indígenas mejor que ellos mismos, no concibe la posibilidad de recurrir a la consulta ⁽⁶⁰⁾. El entendimiento de la falta de significación de la voz indígena a efectos jurisprudenciales resulta por lo demás un signo de mentalidad colonial que conviene retener para cuanto aún habremos de ver.

Queda otro interrogante. ¿Dice la Corte Constitucional la última palabra respecto a todo lo emprendido sin la debida consulta, inclusive su propia jurisprudencia, antes de 2008? ¿La seguirá diciendo mientras que el Congreso y el Gobierno no asuman con todas sus consecuencias obligaciones derivadas del derecho internacional sobre pueblos indígenas en relación a la consulta? El mismo año 2013, pocos meses después de la sentencia en cuestión, se produce un pacto entre partes bajo el título convenido de *Acuerdos entre el Gobierno Nacional Indígena de la ONIC y el Gobierno Nacional*. ONIC es la Organización Nacional Indígena de Colombia que se presenta como tal Gobierno por determinación propia. Pues

sociales minados, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2012; luego, Natalia SANDOVAL, *La movilización social en tiempos de Constitución: feministas, indígenas y víctimas de crímenes de Estado ante la Corte Constitucional colombiana*, en « Colombia Internacional », 79 (2013), *Constituciones andinas en debate(s)*, pp. 191-217. Dicha práctica de declaración de *estado de cosas inconstitucional* implica que la propia Corte se hace cargo de una ejecución de alcance general, no limitada a la parte reclamante, con celebración de audiencias participativas que, como en el caso de desplazamientos forzados, abre espacio específico para indígenas. La Corte, sin embargo, ha evitado aplicar dicho *estado de cosas* a lo que no considera como incumplimiento sistemático de la garantía de consulta conforme la contempla el Convenio 169: Mateo GÓMEZ RAMÍREZ, *El estado de cosas inconstitucional. Análisis de los motivos de la Corte Constitucional para su declaratoria*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2010 (ed. electrónica), sintomáticamente sin considerar el caso indígena.

⁽⁶⁰⁾ No es cuestión que suele suscitarse o lo es que difícilmente puede observarse por acercamientos desde instancias internacionales más inclinados a la promoción del instrumento que al análisis de su funcionamiento: Christian COURTIS, *Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina*, en « Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos », 10 (2009), pp. 52-81 (con ediciones en portugués y en inglés), ofreciendo una imagen del caso colombiano por supuesto más halagüeña.

bien, en él se hace la previsión de proceder «a través de la constitución de una comisión mixta Gobierno Nacional-Gobierno Indígena, para revisar el tema de concesiones, títulos y licencias, con el fin de conducir a la suspensión o revocatoria de aquellos que sean violatorios de los derechos fundamentales de los indígenas, así como (a través de) la adopción integral de los mandatos Constitucionales respecto a la Consulta Previa de la Política de privatización de semillas», como de otras políticas que afectan a pueblos indígenas (61).

El escenario colombiano no es sólo el que tiene y trae a la vista la Corte Constitucional. En medios indígenas bien que consta. Igual que a la jurisprudencia constitucional, se le presta atención, incluso fuera de Colombia, a los susodichos *Acuerdos* entre *Gobiernos*, el no indígena y el indígena (62). Y ya también sabemos que hace bien poco, sólo unas semanas antes de cuando estoy ultimando este trabajo, por la misma vía de negociación, se ha llegado a la promulgación de los Decretos de Autonomía Indígena. Algo sobre ellos

(61) Está citado el sitio de la ONIC donde puede rastrearse la información y encontrarse el documento (de 23 de octubre de 2013, que es acuerdo comprendido entre los alcanzados con el Gobierno tras una movilización que se denominara Minga Social Indígena y Popular). Aunque no represente a los pueblos indígenas ubicados en el interior de las fronteras de Colombia en su totalidad, entre otras razones porque los hay que mantienen una actitud de aislamiento voluntario (*Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial*, Copenhague, IWGIA-IPES, 2012, pp. 202-244), y aunque no pueda así suplirlos, esta organización es parte principal del contingente indígena de la Mesa Permanente de Concertación Nacional con los Pueblos y Organizaciones Indígenas por la que la misma consulta se encauza. En el mismo logo de entrada del sitio de la ONIC puede verse su desdoblamiento entre Organización Nacional Indígena y Autoridad Nacional de Gobierno Indígena, lo que es más problemático en la medida en la que no se vincula a las autoridades de los pueblos indígenas, de todos ellos, lo que de momento no es ni siquiera factible puesto que, como acabamos de recordar, los hay en aislamiento voluntario. Obsérvese que es como *Gobierno Nacional Indígena* que la ONIC firma los *Acuerdos* con el *Gobierno Nacional*, el del Estado.

(62) Luis HALLAZI, *El derecho a la Consulta Previa en los países andinos*, en «Pukara. Cultura, Sociedad y Política de los Pueblos Originarios», 89 (2014), pp. 3-5, que es revista boliviana (hoy electrónica: www.periodicopukara.com), con denuncia de la sentencia colombiana C-253/2013 y registro de los referidos *Acuerdos*, los que tampoco constituyen la última palabra por supuesto. Luego veremos cómo las negociaciones de paz entre guerrilla y gobierno avanzan hoy sin previsión de consulta indígena. Y ya hemos visto que circulan anteproyectos de ley depresivos del derecho a la misma.

todavía tendremos que decir. Y queda todavía un factor decisivo para todo el asunto, el del derecho de los derechos humanos que está yendo más allá del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

4. *Garantías de derechos de los pueblos indígenas entre Instrumentos de Derechos Humanos y Constitución de Estado.*

Se habrá observado la renuencia de la Corte Constitucional a reconocer que la consulta a pueblos indígenas no tiene su fundamento en la Constitución, sino en un tratado internacional, el Convenio 169. Llega a forzar el texto constitucional para fundar la consulta en el principio de participación política (art. 2, junto al 40.2) o para localizarla entre las competencias de las autoridades indígenas donde tampoco figura (art. 330), principalmente. Llega también a determinar la obligación del Estado a la consulta no por el Convenio 169, sino por su propia jurisprudencia discrecional, mostrándose dispuesta a hacerlo en ley, en norma interna en vez de en derecho internacional ⁽⁶³⁾. Esta posición es una manifestación más de la resistencia de la República de Colombia a aceptar el valor normativo interno, sin necesidad de tales mediaciones, del derecho internacional y de los tratados de derechos humanos entre Estados ⁽⁶⁴⁾. En general, prevalece incluso en ámbitos judiciales la cultura política conforme a la cual los derechos humanos son más

⁽⁶³⁾ Para una indicación reciente, si hiciera todavía falta, de la deficiencia interna del régimen de la consulta en relación incluso a expectativas abiertas entre medios indígenas por el proceso constituyente de 1991, Carlos Arturo HERNÁNDEZ DÍAZ, *El 'otro' indígena en el ordenamiento jurídico colombiano*, en *Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo A. Velandia (dir.), vol. IV, Bogotá, VC Editores, 2013, pp. 535-555.

⁽⁶⁴⁾ M.F. QUINCHE, *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009². A partir de la Sentencia de Constitucionalidad 28/2006 (ponente Sierra Porto, a quien nos referiremos), la Corte Constitucional elude la integración de un control de convencionalidad, respecto a tratados de derechos humanos, con entidad propia y carácter independiente, que no se subsuma en el de constitucionalidad mediante la construcción jurisprudencial interna del llamado bloque de constitucionalidad. Cuando a continuación, en el mismo año 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos categoriza el control de convencionalidad con carácter vinculante, se encuentra con dicha jurisprudencia colombiana ya formada y resistente.

una referencia transnacional de aspiraciones humanitarias que un cuerpo normativo de derecho internacional bien concreto y desarrollado (65).

La resistencia colombiana en relación al derecho internacional en materia indígena se ha manifestado paladina y precisamente ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de setiembre de 2007 con su abstención en la adopción de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, alegando que choca con la Constitución propia, pronunciándose en estos términos unilaterales de supremacía constitucional. Congruentemente entonces, la Corte Constitucional se ha guardado de siquiera referirse a la Declaración (así sólo usualmente en adelante). Comencemos por consignar que la misma viene a reforzar el mecanismo de la consulta en términos de derecho y además humano, con este rango. Es una norma internacional que ha seguido el procedimiento regular de Naciones Unidas para la elaboración y aprobación de instrumentos de derechos humanos. Adelantemos que la Declaración trae un reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación en los mismos términos literales que el derecho internacional reconoce en general (66).

La inhibición de Colombia no es posición que se haya mantenido hasta hoy, lo que merece subrayarse pues, a estas alturas, sigue recordándose internamente más la abstención que la rectificación, la cual fue tan formal como todavía reticente (67). No había

(65) Winifred TATE, *Counting the Death: The Culture and Politics of Human Rights Activism in Colombia*, Berkeley, University of California Press, 2007.

(66) *El Desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (eds.), Copenhague, IWGIA, 2010 (con edición inglesa por la misma editorial); *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Stephen Allen y Alexandra Xanthaki (eds.), Oxford, Hart, 2011, en éste particularmente pp. 289-328; Jérémie GILBERT, Cathal DOYLE, *A New Dawn over the Land: Shedding Light on Collective Ownership and Consent; Indigenous Rights in the Age of the UN Declaration*, Elvira Pulitano (ed.), Cambridge, CUP, 2012; *Los derechos indígena tras la Declaración. El desafío de la implementación*, F. Gómez Isa y M. Berraondo (eds.), Bilbao, Universidad de Deusto, 2013.

(67) El citado *Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio* del Ministerio del Interior y Justicia, actualizado a fecha de 2009, sale del aprieto dando por cerrado el capítulo internacional en 2007, antes de la aprobación de la Declaración por Naciones Unidas (vol. I, p. 27), pero, al menos, la incluye, aunque no en su versión final.

llegado Colombia a votar en contra, como lo hizo por ejemplo los Estados Unidos, y ha procedido luego a adherirse ⁽⁶⁸⁾. Como no se trata de un tratado, no cabe ratificación. El 21 de abril de 2009, Colombia lo que hace es comunicar por escrito a los Estados Miembros de las Naciones Unidas, reunidos en Ginebra con ocasión de la Conferencia de Examen de Durban contra el Racismo, el cambio de posición ⁽⁶⁹⁾. Para un documento que se dirige a manifestar la adhesión a la Declaración, el pie de entrada al asunto es tan extraño como el de negar la existencia de pueblos indígenas, pueblos procedentes de tiempos anteriores a colonizaciones de ultramar, por latitudes colombianas.

Así procede: « Colombia, como país latinoamericano, cuenta con la enorme fortuna de pertenecer a una región que se ha visto forjada por un profundo proceso de mestizaje, en el que pueblos originarios de los más distantes rincones del mundo han confluído para formar nuestras naciones ». La supremacía constitucional en el rechazo inicial se trasmuta en supremacismo cultural de orgullo colonial en la adhesión final. Por cuanto habremos de considerar, no se eche en saco roto esta eclosión de mentalidad colonialista en el momento precisamente de la asunción de la Declaración ⁽⁷⁰⁾.

Pues, pese a todo ello, ahora Colombia « expresa su respaldo

⁽⁶⁸⁾ En el *Informe sobre el octavo periodo de sesiones* del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (Consejo Económico y Social, Documentos Oficiales 2009, Suplemento n. 23), par. 39, puede verse el registro del cambio de postura de Colombia. Como miembro a la sazón del Foro, por las razones que siguen, me opuse sin éxito a que se realizase en términos de felicitación. Al año siguiente, se haría lo propio con respecto a la retirada del voto negativo por parte de los Estados Unidos. La documentación obra en el sitio citado del Foro.

⁽⁶⁹⁾ *Durban* es sabidamente la Declaración y Programa de Acción acordados en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia celebrada en la ciudad sudafricana de ese nombre en 2001 (A/CONF.189/12, cap. 1). El Documento Final de la reunión de Ginebra « acoge con beneplácito la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas » (pár. 73). Documentos de 2001, 2009 y 2010 en *Unidos contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia*, New York, Naciones Unidas, 2012.

⁽⁷⁰⁾ Buscando signos más halagüeños, B. CLAVERO, *Supremacismo cultural, Constituciones de Estados y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, en *El Desafío de la Declaración*, C. Charters y R. Stavenhagen (eds.), cit., pp. 366-373.

unilateral a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas » entendiendo que el asunto le afecta, « si bien no constituye un instrumento jurídicamente vinculante ». Siguen todavía manifestaciones que transmiten una sensación de ambigüedad: « Colombia entiende que la Declaración no es un documento perfecto. [...] No obstante, desde la perspectiva de la construcción de un proceso, se constituye en una valiosa herramienta », en « una importante hoja de ruta ». Por su parte, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos publica el día siguiente, 22 de abril, una nota asegurando, por sugerencia desde luego colombiana, que « el Estado colombiano reconoce así los derechos que los pueblos indígenas ya tenían » aquí en Colombia (71). Esto se afirma como si fuera una evidencia redonda. Hay por parte colombiana una operación constante de imagen que indudablemente funciona, lo que contribuye desde luego a incrementar un prestigio por Latinoamérica (72).

(71) Tuve conocimiento temprano de la documentación por haberse presentado a continuación en la octava sesión del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas del que era miembro. La comunicación a los Estados notifica que el cambio de posición se ha participado el mismo día al Secretario General de Naciones Unidas. En la misión referida a Colombia en julio del año siguiente, 2010, comprobamos que se había eludido la comunicación interna del cambio de postura respecto a la Declaración. El giro parece haberse debido a la aspiración colombiana de volver a ser miembro del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, lo que efectivamente consiguió para el periodo 2011-2012. A continuación Colombia baja su perfil en el escenario internacional: Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/EMRIP/2014/4, *Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Resumen final de las respuestas al cuestionario en que se recababa la opinión de los Estados y los pueblos indígenas acerca de las mejores prácticas relativas a posibles medidas y estrategias de aplicación apropiadas para lograr los objetivos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, brillando Colombia por su desentendimiento.

(72) En el Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos que Colombia ha pasado en abril de 2013, no se ha topado con mucha contradicción de parte de esta instancia al presentarse como « pionera en la garantía del derecho a la consulta previa ». El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas está formado por representantes de Estados, no por expertos o expertas independientes. En el sitio del Alto Comisionado puede encontrarse un informe sobre ulterior documentación, precedente ni del Estado ni del Consejo, que ofrece justo contraste, aunque paliado por la mediación de la relatoría. Las instancias de derechos humanos formadas por expertos y expertas independientes siguen la mejor práctica de hacer públicos íntegros los informes procedentes de la sociedad civil o, en su caso, de parte indígena.

Por cuanto interesa a la consulta, a sus principios y a sus reglas, importa la afirmación más inequívoca entre los circunloquios de Colombia: la Declaración « no constituye un instrumento jurídicamente vinculante ». En efecto, como ya está dicho, no es un tratado al que los Estados, mediante ratificación y consiguiente supervisión internacional, puedan vincularse, pero la vinculación de los mismos se contiene en el propio texto: « Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración » (art. 38); « Las Naciones Unidas, [...] así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia » (art. 42).

A la luz de tales pronunciamientos, Colombia, pretenda lo que pretenda, se ha comprometido con el cumplimiento de este instrumento internacional de derechos humanos, « en consulta y cooperación con los pueblos indígenas », al manifestar formalmente su adhesión, « su respaldo unilateral » como ha dicho, pues no lo hizo en su momento, ante la Asamblea General de Naciones Unidas, multilateralmente. Adviértase también que la Declaración se caracteriza porque, aun no siendo tratado, cuenta con instancias de supervisión específicas en las Naciones Unidas ⁽⁷³⁾. Por regla general, una declaración de derechos humanos necesita de convención o tratado que la desarrolle para vincular a los Estados mediante ratificación, mas el caso es excepción.

Respecto a la consulta, hay coincidencia de fondo, pero también diferencias entre la Declaración de una parte y el Convenio 169 de otra, comenzando por la ubicación en lo que ya se van perfilando como las bases normativas de un sistema de derecho internacional

(73) B. CLAVERO, *Instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas*, en « Artículo Primero. Revista de Debate Social y Jurídico », 20 (2010), *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y Nueva Constitución Boliviana*, pp. 106-121; *La consulta previa a pueblos indígenas*, C. Rodríguez Garavito y M. Morris (eds.), cit., pp. 16-30: « Estándares de los órganos del sistema de las Naciones Unidas »; a continuación, pp. 31-35, se abordan los del derecho interamericano.

de los derechos de los pueblos indígenas (74). En el Convenio la consulta constituye la principal garantía para los pueblos indígenas mientras que en la Declaración esa posición la ocupa la autonomía, una autonomía que es además ahora expresión del derecho a la libre determinación de estos pueblos (arts. 3 y 4). Ahora es cuando entra en el derecho internacional la palabra de *autonomía* indígena. En el Convenio, como vimos, el concepto sólo comparece en cambio por implicación, bien que en un momento clave, al hacerse referencia a las *instituciones representativas* de los pueblos indígenas como parte del proceso consultivo. En la Declaración, en todo caso, la consulta, junto a la autonomía, no se debilita en absoluto, sino que se fortalece notablemente. También es manifestación ahora del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y garantía suya. Se tiene autonomía para decidir el pueblo por sí mismo y se tiene la consulta para lo propio cuando la decisión final es ajena.

Hemos visto un índice del fortalecimiento de la consulta, el del uso del sintagma de *consulta y cooperación con los pueblos indígenas*, el modo como han de proceder los Estados *para alcanzar los fines de la presente Declaración* (art. 38). Se emplea en más ocasiones (arts. 15, 17 y 36, además de, con énfasis de entrada, en el preámbulo: « Alentando a los Estados a que respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas [...] »). Consulta y cooperación son ya referencias reiteradas del Convenio 169, pero la conjugación de la fórmula fortalece sin duda.

Hay otro índice todavía más fortalecedor. La Declaración

(74) S. James ANAYA, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005 (primera ed. en inglés, OUP, 1996); Patrick THORNBERRY, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002; J. GILBERT, *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: From Victims to Actors*, Ardsley, Transnational-Brill, 2006; A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land*, Cambridge, CUP, 2007; Amelia ALVA ARÉVALO, *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2014. Añádase ahora C. DOYLE, *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources: The transformative role of free prior and informed consent*, Abingdon, Routledge, 2015.

acuña otro sintagma, el de *consentimiento libre, previo e informado*, cuyo uso también reitera respecto al objetivo de la consulta como requisito para emprenderse los proyectos o implantarse las medidas que afecten a los pueblos indígenas o para legitimarse los que les hayan afectado en el pasado, reconociéndoseles en otro caso el derecho a la reparación (arts. 11, 19, 28, 29 y 32). El artículo décimo noveno ofrece la formulación sintética: « Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado ». Si se le repasa se confirmará lo de que la coincidencia con el Convenio no quita las diferencias. *Consentimiento libre, previo e informado* se requiere ahora. Y la afectación de unas medidas ya no ha de ser *directa*. Basta que pueda preverse en cualquier grado.

Que el requerimiento del consentimiento tiene un alcance general para toda consulta se deduce de la lógica de su registro en la Declaración si no cabía ya inferirlo del Convenio. La primera lo asume más claramente cuando se refiere a las consecuencias de que no haya mediado: « Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado » (art. 28.1). Insisto en este extremo porque ahora, tras la Declaración, prevalece en los ámbitos internacionales una interpretación restrictiva a la que le basta la celebración de la consulta excusando el consentimiento salvo en casos cualificados (75).

(75) Es postura que ya se anunciaba en vísperas de la Declaración: S.J. ANAYA, *¿Por qué no debería existir una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas?*, en *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas Hacia un mundo intercultural y sostenible*, Natalia Álvarez, J. Daniel Oliva y Nieves Zúñiga (eds.), Madrid, La Catarata, 2009, pp. 37-50. James Anaya es autor de la obra canónica recién citada *Indigenous Peoples in International Law*; en su condición de Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que ha sido hasta 2014, participó en la operación reactiva referida

La sintonía de fondo entre Convenio y Declaración hace que sea válido para ésta lo dicho para aquel en el sentido de que la Constitución de Colombia perfila un escenario en el que el actual derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas podría acogerse sin mayores problemas de orden constitucional. Ahí está la autonomía que vendría ahora a reforzarse como expresión del derecho a la libre determinación. También se tienen en la Constitución un registro de derechos de *grupos étnicos* y unas previsiones de participación de los pueblos indígenas como tales pueblos, y no sólo como parte de la ciudadanía, entre las que encajaría a la perfección el mecanismo de consulta y consentimiento si hubiera determinación política y capacidad cultural de parte no indígena, la que suele presumirse a sí misma como resuelta y hábil. Por lo que hemos visto, el desenvolvimiento del propio constitucionalismo colombiano desde 1991 no es que venga avanzando en tal dirección.

No viene cumpliéndose al efecto el mandato constitucional de integración entre derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos con prevalencia de este segundo. La Constitución colombiana dispone que « los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia » (art. 93 ya citado). « No podrán suspenderse los derechos humanos », se recalca al regularse los estados de excepción (art. 214). Todo esto en principio, en 1991, no entraba en juego a los efectos de la consulta por la sencilla razón de que no existía un tratado de derechos humanos de los pueblos indígenas.

El Convenio 169 originariamente no lo es. Es tratado, pero no de derechos humanos. Luego, en 2007, la Declaración lo es derechos humanos, pero no es tratado. No está ratificada por el Congreso. Pero en este juego de normas se ha producido un efecto novador desde que Colombia se adhirió a la Declaración en 2009. No sólo se trata de que la Declaración contenga cláusulas vinculantes, sino

frente a la Declaración de las Naciones Unidas (B. CLAVERO, *Derecho Global*, cap. 3 ya también citado).

también y sobre todo de que registra los derechos principales del Convenio, salvo el de libre determinación, lo cual implica que, por su virtud, el Convenio se convierte en un tratado de derechos humanos que, como tal, debe integrarse en el orden de la Constitución prevaleciendo sobre ella en orden a su interpretación conforme. En Colombia, el Convenio 169 ha ido elevándose del rango legislativo, por su promulgación mediante ley, al convencional, al cumplirse el año del depósito de la ratificación, al de tratado de derechos humanos, esto por virtud de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El efecto de conversión del Convenio en tratado de derechos humanos, hoy indudable, puede utilizarse de un modo perverso. Recordemos cómo se alegaba dicha condición en los Decretos de Autonomía Indígena de 2014 precisamente para cancelarse la existencia de la Declaración, como si el Convenio pudiera sustituirla. La Organización Internacional del Trabajo no ayuda en esta coyuntura, pues ahora mantiene la postura ambivalente de realzar el Convenio como verdadero y único tratado sobre derechos de los pueblos indígenas y por otra parte lo degrada al no incluirlo entre sus normas referentes a derechos fundamentales. En todo caso, la piedra de toque está hoy en la suma entre Convenio y Declaración pues se potencian mutuamente ⁽⁷⁶⁾.

Los Decretos de Autonomía Indígena también hemos visto que, para resaltar aparentemente el valor del Convenio, lo consideran como norma de valor constitucional con la fórmula de entenderlo comprendido en un *bloque de constitucionalidad*, como si se

⁽⁷⁶⁾ La ambivalencia de la OIT se aprecia con la comparación entre sus dos sitios citados, el general *Normlex* y el específico *Pro169*. En el primero los convenios se organizan ahora jerárquicamente entre *Fundamentales*, *De Gobernanza (prioritarios)* y *Técnicos*, figurando el 169 entre estos últimos, ello en virtud de una declaración de 1998 sobre *principios y derechos fundamentales en el trabajo* que no había tenido en su momento este efecto. Ha de añadirse que el Alto Comisionado para los Derechos Humanos tampoco ayuda en el estricto punto del valor de la Declaración, pues la presentación en su sitio de las principales normas de derechos humanos la incluye, no en un apartado sobre *derecho de libre determinación*, sino en otro que refunde pueblos y minorías como en los tiempos anteriores a la misma Declaración: *Derechos de los pueblos indígenas y las minorías*. En vano insistió tras 2007 el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas en que se rectificase.

integrase el canon constitucional con más normas que la Constitución. La propia Corte Constitucional tiene adoptada tal expresión, pero con tendencia a imprimirle un sentido restrictivo, no extensible al juego normativo de Declaración y Convenio o de derecho internacional de los pueblos indígenas en general (Sentencia de Constitucionalidad 582/1999) de forma que ahora se pudiera hacer valer el tratado internacional frente a los propios Decretos. Es posibilidad no permitida por éstos ni avalada jurisprudencialmente. Muy al contrario, el Convenio sólo juega para la legitimación del derecho interno. La Corte ha abierto también una posibilidad, la dicha de apreciar *estado de cosas inconstitucional*, para proveer una sistemática tutela de oficio de derechos conculcados. Es un expediente que igualmente se cuida de no activar en beneficio de la garantía indígena de consulta por derecho más internacional que constitucional (77).

Respecto al tándem de Convenio y Declaración, al coincidir sustancialmente en el registro de derechos y las formas de garantía, deja claro la segunda, en un grado que el primero no podía, algo tan neurálgico como que los derechos de los pueblos indígenas tienen la categoría de derechos humanos porque no son derechos privativos o excluyentes, sino los mismos que los del resto de la humanidad, derechos a territorio, a recursos, a cultura propia... La autonomía y la consulta son las formas de garantizarlos una vez que el derecho a la libre determinación ha de ejercerse, según el orden internacional, con admisión de contadas excepciones, y la propia Declaración (art. 46), en el interior de los Estados constituidos. Ahora se tiene la lógica de derechos que no ofrecía el Convenio, aunque pudiera desde luego ya deducirse del mismo (78). No cabe que su fundamento fuese otro. Mas la lógica subyacente a las posiciones constitucionales incluso favora-

(77) G.A. RODRÍGUEZ, *De la consulta previa al consentimiento libre*, cit., pp. 51-52 y 215-219. Advirtamos que en todo caso tal declaración de estados de cosas inconstitucionales requeriría algo improbable a la luz de lo visto, la constatación por la Corte de que las consultas habidas no lo son en rigor.

(78) B. CLAVERO, *Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío*, en « Revista Internacional de Estudios Vascos », 47 (2002), pp. 35-62, con consideración del Convenio 169.

bles a la consulta sigue siendo adversa (79). A la hora de la verdad, al menos por cuanto afecta a pueblos indígenas, el peso paleoconstitucional de la soberanía y sus corolarios sigue prevaleciendo por encima de los derechos y sus garantías (80).

Ahora, con la Declaración y su lógica, unas palabras cobran mayor sentido. Las palabras son importantes para el derecho. Decir, por ejemplo, *genocidio* es decir un delito tipificado por el derecho internacional, lo que no ocurre si es *etnocidio* lo que se dice (81). Ahora, tras la Declaración, decir *pueblo indígena* es decir un sujeto de derechos en el orden internacional, lo que no ocurre si es *grupo étnico* lo que se dice; asimismo, decir *consulta* en relación a pueblos indígenas es decir un mecanismo conforme a los requisitos contemplados por la Declaración, lo que no ocurre si, como hace la Constitución de Colombia, la palabra no se utiliza. Una función positiva, como vimos, de la terminología constitucional colombiana

(79) Federación Iberoamericana del Ombudsman, *El Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas*, Lima, 25-26 de abril, 2013, intervención de Humberto Sierra Porto, ex-magistrado constitucional colombiano y presidente luego de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, palabras finales: « Un reconocimiento extremo de la consulta previa puede terminar paradójicamente en entregar unos elementos que irían en contra del propósito de unidad nacional que fue el que originó la entrega de este tipo de derechos », con ese doble uso de la palabra más sintomática, la de *entrega* para derechos. La grabación de la reunión se tiene en ocho entregas de youtube; cita en la séptima, 56.38''-56.56''.

(80) Sobre la posición (que sintoniza sustancialmente con la jurisprudencia constitucional española respecto al valor de la ley posconstitucional en el momento de ejercicio de la justicia ordinaria), que afecta severamente a consulta indígena aunque el punto no se toque en esta crítica, Luis Alfonso BOTERO, Sergio Iván ESTRADA, *La ideología inconstitucional del magistrado Sierra Porto*, en « Revista Telemática de Filosofía del Derecho », 8 (2004-2005), pp. 297-320. Y recuérdese la sentencia constitucional, cuya ponencia se le debe, impositiva de un control interno de convencionalidad con entidad propia.

(81) Como resultado y evidencia de una historia, B. CLAVERO, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake, and Remake Law with Words*, Milán, Giuffrè, 2008. Malinterpreta mi distinción, entendiendo que excluyo en vez de incluir en el tipo penal de genocidio el supuesto del *etnocidio* no significativo en cambio de delito en el derecho internacional, Elisa NOVIC, *Physical-biological or socio-cultural 'destruction' in genocide? Unravelling the legal underpinnings of conflicting interpretations*, en « Journal of Genocide Studies », 17 (2015), 1, pp. 63-82. Luego me referiré a la cuestión vejada del genocidio indígena en las Américas y a la incidencia del carácter no jurídico del término de etnocidio.

ha declinado hasta resultar negativa tras la Declaración y después especialmente de que la jurisprudencia constitucional se haya resistido a vincularla a las categorías de derecho internacional.

A estas alturas, con Convenio y con Declaración, la resistencia de la Corte Constitucional a fundamentar la consulta en el derecho internacional, considerándola un derecho fundamental implícito en la Constitución, produce un efecto perverso. En el planteamiento internacional, la consulta, más que derecho, constituye garantía de derechos, de unos derechos tan sustantivos como al territorio propio o a la cultura propia⁽⁸²⁾. Es garantía fundamental de derechos fundamentales, forma de ejercer la libre determinación. Convertida en derecho exento, como no sólo hace la Corte Constitucional colombiana, se le reduce a un expediente sin conexión con los derechos que debe garantizar. La consulta deja ser garantía de derecho para convertirse en trámite de acceso a territorio o, si prefiere decirse, de asalto a recursos. Eludir relativamente Convenio y absolutamente Declaración a favor, en apariencia, de Constitución, acaba debilitando incluso el registro constitucional de derechos de los *grupos étnicos*. Bienvenida sean entonces categorías como la de *bloque de constitucionalidad* y prácticas como la de *control de convencionalidad* si para lo que sirven es para reforzar derechos integrando ordenamientos, entre comunidades locales y comunidad internacional pasando por el Estado⁽⁸³⁾.

(82) B. CLAVERO, *La consulta en serio (como mecanismo supletorio a la libre determinación en el derecho internacional y en el Estado Plurinacional)*, 2012, en línea: bolpress.com/art.php?Cod=2012052903.

(83) La categoría de *bloque de constitucionalidad* llega a Colombia desde Francia a través de España metaforseándose en cada estación. Nace para resolver el problema francés de carencia de registro de derechos en la Constitución, incorporándose los de la propia tradición desde 1789; se recibe en España para integrar los ordenamientos territoriales con el ordenamiento constitucional sin especial consideración de derechos; se adopta en Colombia para incorporar derechos de procedencia interamericana e internacional a los derechos constitucionales. Añádase que sólo en Francia, en su sentido estricto, alcanza un valor netamente normativo. Para la estación de paso, LOUIS FAVOREU, FRANCISCO RUBIO LORENTE, *El bloque de la constitucionalidad* (Simposio Franco-Español de Derecho Constitucional), presentación de Javier Pérez Royo, Madrid, Civitas, 1991. Para constancia colombiana de las metamorfosis en las recepciones, D. LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004; *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, C. Rodríguez Garavito (coord.), introducción del coordinador, pp. 11-22.

La presencia del Convenio en el ordenamiento colombiano ya la conocemos no sólo por la jurisprudencia, sino también, a falta de ley, por normas procedentes del ejecutivo, como decretos y directivas. Los Decretos de Autonomía Indígena de 2014 que ya conocemos son un último testimonio de lo más expresivo, al reducir el Convenio a mera referencia de autoridad privada de contenido normativo propio. Esta misma disposición es también elocuente de la forma de presencia de la Declaración, esta norma internacional que Colombia primero repudia y luego acepta sólo de cara al exterior. Los Decretos de Autonomía Indígena ni la mencionan, pero alguna presencia alcanza pues hacen mención de la « libre determinación » indígena como « derecho fundamental » y « principio general », lo que procede, no desde luego ni de la Constitución ni del Convenio, sino de la Declaración. Su funcionamiento es similar al del Convenio, pues también se queda en referencia vacía sin el contenido que le presta la Declaración. A continuación de registrarse la libre determinación como derecho, la autonomía se presenta en términos de concesión o delegación por parte del Estado ⁽⁸⁴⁾.

El planteamiento del derecho internacional de derechos humanos se encuentra ya en las antípodas de esa posición de soberanía del Estado respecto a los pueblos indígenas. Digo estrictamente el cuerpo normativo de los derechos humanos, pues no todo el derecho internacional. La prueba más palpable la tenemos ahora, setiembre de 2014, en la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que constituye el Documento Final de la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas, un documento realmente ambivalente. Por una parte, enfatiza el valor vinculante para los Estados de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos

(84) Preámbulo: « con el fin de proteger, reconocer, respetar y garantizar el ejercicio y goce de los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas al territorio, autonomía, gobierno propio, libre determinación, educación indígena propia, salud propia, y al agua potable y saneamiento básico, en el marco constitucional de respeto y protección a la diversidad étnica y cultural. En virtud de lo anterior, el presente Decreto dispone las condiciones generales con sujeción a las cuales los Territorios Indígenas, en los términos aquí señalados, ejercerán las funciones públicas que les son atribuidas »; art. 10: « Principios generales. La interpretación del presente Decreto tendrá como fundamento los siguientes principios: a.- Autonomía y libre auto-determinación ».

Indígenas como norma fundamental del orden internacional o, mejor dicho, supraestatal. Por otra, emplaza al cumplimiento de « los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para *Proteger, Respetar y Remediar* », un documento respaldado por el Consejo de Derechos Humanos en 2011, pero no acordado por los procedimientos de adopción de las normas de derechos humanos y que, en particular, ignora los derechos de los pueblos indígenas, tanto Declaración como Convenio, en un extremo tan sensible como este de la actividad empresarial de cara a sus territorios y recursos ⁽⁸⁵⁾. He ahí la ambivalencia. Tras la Declaración, la misma Organización Internacional del Trabajo ha pasado a rebajar su perfil ⁽⁸⁶⁾. En todo caso, no se olvide que es ahora ella, la Declaración, la norma principal del derecho internacional de derechos humanos sobre pueblos indígenas ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁵⁾ A/69/L.1: *Documento final de la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General conocida como Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas*, párrafos 3, 7, 8 y (la remisión a dichos *Principios Rectores*) 24; A/HRC/17/31: *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*. El Documento Final de la Conferencia Mundial también (par. 2) acoge « con beneplácito los procesos preparatorios de los pueblos indígenas para la Conferencia Mundial, incluida la Conferencia Preparatoria Mundial de los Pueblos Indígenas que se celebró en Alta (Noruega) en junio de 2013 », cuyo respectivo Documento Final (A/67/994, anexo) ignora los Principios Rectores y reclama representación indígena en Naciones Unidas para hacer efectiva la Declaración. Hay actualmente mecanismos naciounitenses especializados con presencia indígena (Foro Permanente del Consejo Económico y Social para las Cuestiones Indígenas, Mecanismo de Expertos del Consejo de Derechos Humanos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas), pero ninguno representativo de los pueblos indígenas. El Documento Final de la Conferencia Mundial no se hace eco de la reclamación.

⁽⁸⁶⁾ *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, Ginebra, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009. La legislación de consulta apadrinada por la OIT (ej., Perú, Ley 29785, 2011, *del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*) se sitúa por debajo de los requerimientos marcados por el propio Convenio.

⁽⁸⁷⁾ B. CLAVERO, *Derecho global*, cit., pp. 210-213, respecto a posiciones de instancias de derechos humanos de las mismas Naciones Unidas más favorables a la Declaración que a los Principios Rectores.

Aunque con tal ambivalencia actual, la evolución normativa internacional es definitivamente la contraria de la que hemos visto en la deriva del caso colombiano. No es algo que se advierta cuando se mira directamente al derecho internacional desde la perspectiva de Colombia ⁽⁸⁸⁾. Observemos el extremo que puede resultar más ilustrativo dado el punto al que la evolución colombiana ha llegado. Si la Declaración, como sabemos, registra el derecho a la reparación por falta de consentimiento libre, previo e informado en el pasado, ¿cómo puede ni siquiera considerarse, según hemos visto que hace la jurisprudencia constitucional colombiana, la posibilidad de tenerse por irretroactivo el requisito de la consulta, aparte la arbitrariedad en la fijación del término temporal para su exigencia? Una vez que estamos en antecedentes, hay preguntas que se responden por sí solas. Aunque es detalle pueda modificarse en el futuro, por sólo haberse concebido resulta sintomático de reflejo colonial frente a la consulta indígena.

Colombia traza una parábola que no es excepcional, sino sumamente representativa. Análogo en sus resultados es incluso un caso de reciente incorporación constitucional masiva de los derechos humanos, en 2011, tras haberse reconocido el derecho de libre determinación de los pueblos indígenas en la propia Constitución, en 2001, con anterioridad a que se hiciera por el derecho internacional como hemos visto. Se trata de México, de los Estados Unidos Mexicanos ⁽⁸⁹⁾. En un corto espacio de tiempo, ya se ha repuesto

⁽⁸⁸⁾ Luz Ángela PATIÑO, *Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas*, en «Anuario Colombiano de Derecho Internacional», 7 (2014), pp. 69-111, como muestra entre tantas otras ya citadas.

⁽⁸⁹⁾ M. APARICIO, *La libre determinación y la autonomía de los pueblos indígenas. El caso de México*, en «Boletín Mexicano de Derecho Comparado», 124 (2009), pp. 13-38; B. CLAVERO, *Constitucionalización mexicana de los derechos humanos, inclusive los derechos de los pueblos indígenas*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 97 (2013), pp. 181-199; E. FERRER MAC-GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), México DF, UNAM, 2011, pp. 339-429 (y en «Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile», 9 (2011), 2, pp. 531-622); el mismo E. FERRER MAC-GREGOR, *Panorama del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid-México, Marcial Pons-Ediciones Jurídicos Sociales, 2013; M. GÓMEZ RIVERA, *Los*

jurisprudencialmente la supremacía de la Constitución sobre el cuerpo internacional de los derechos humanos en general y, muy en particular, en cuanto afecta a los derechos de los pueblos indígenas⁽⁹⁰⁾. En México, la incorporación constitucional de los derechos humanos ha supuesto la elevación de la consulta indígena a derecho amparable judicialmente del mismo modo que, por otra vía, en Colombia, sólo que igualmente se le somete a restricciones constitucionales y jurisprudenciales internas⁽⁹¹⁾.

La Constitución mexicana data de 1917. Reforma tras reforma, hoy es un palimpsesto histórico difícil de integrar a los efectos normativos. La incorporación de los derechos humanos plantea el mayor reto, sobre todo porque se mantiene intocada la fórmula de primacía de la Constitución y de la ley. Esto ayuda ahora a la operación jurisprudencial de subordinación del derecho internacio-

derechos permitidos a una década de la contrarreforma indígena: problemario, en *Movimiento indígena en América Latina: resistencia y transformación social*, Fabiola Escárzaga y otros (coors.), México, Universidad Autónoma Metropolitana y otras, vol. III, pp. 637-666.

(90) México no es el primer Estado latinoamericano que constitucionaliza a efectos de tutela el derecho internacional de los derechos humanos: Carolina LEÓN BASTOS, *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Madrid, Reus, 2010, sin incidencia especial en el caso costarricense sobre derechos de pueblos indígenas: *Costa Rica: Resoluciones sobre Pueblos Indígenas, 2000-2006. Sala Constitucional. Procuraduría General de la República. Defensoría de los Habitantes*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007. Ahora compararemos con España.

(91) Reflejándolo, A. HERRERA, *El diálogo jurisprudencial de la Suprema Corte mexicana con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tras las reformas constitucionales de 2011*, en *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, E. Ferrer Mac-Gregor y A. Herrera (eds.), México DF, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 859-888; Víctor M. COLLÍ EK, *Derechos humanos en México 2011-2013, el surgimiento de un nuevo paradigma constitucional*, en «Revista Catalana de Dret Públic», 48 (2014), pp. 169-186; Ramón ORTEGA, *La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México (a la luz de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011)*, en «Revista General de Derecho Constitucional» (revista online), 19 (2014), art. 7, y en «Ex Legibus» (Poder Judicial del Estado de México), número cero, 2014, pp. 29-56. Por lo general está descuidándose la significación de la incorporación constitucional de los derechos humanos para los pueblos indígenas: *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, M. Carbonell y P. Salazar (eds.), cit.

nal de los pueblos indígenas al orden constitucional. La Constitución incluso asigna a los Estados de la Federación el propio reconocimiento de los pueblos titulares de un derecho a la libre determinación tan supeditado que su ejercicio se circunscribe a comunidades locales dentro además del ámbito municipal conforme siempre a ley. La asunción constitucional de los derechos humanos no ha servido por ahora para cuestionar ninguno de estos extremos ni parece que, en el marco jurisprudencial que está perfilándose, vaya a servir a medio plazo ⁽⁹²⁾.

El caso colombiano goza de más recorrido temporal, pero no sólo por esto se le tiene por más representativo. Mirándose a asuntos distintos al de los derechos de los pueblos indígenas, suele hoy considerársele como expresión eminente y pionera de todo un neoconstitucionalismo latinoamericano, práctico y teórico, aunque los interrogantes al respecto sean tantos como las evidencias ⁽⁹³⁾. A

⁽⁹²⁾ Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, art. 2: « El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas »; art. 115.III: « Las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley »; 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 primero y lo segundo se deben a reforma de 2001, anterior a la incorporación de derechos humanos; el tercero es prácticamente original, de 1917, con retoque por una reforma de 1934. Una edición en Internet que señala los estratos de las reformas la ofrece la Cámara de Diputados federal: www.diputados.gob.mx. El texto constitucional original se puede encontrar en el sitio de la Universidad Nacional Autónoma de México: www.juridicas.unam.mx. Sobre el punto de arranque, E.V. NIEMEYER Jr., *Revolution at Querétaro: The Mexican Constitutional Convention of 1916-1917*, Austin, University of Texas Press, 1974 (rep. 2014).

⁽⁹³⁾ Para evidencias en la perspectiva neoconstitucional, Carlos BERNAL PULIDO, *Le Droit des Droits. De l'application des droits fondamentaux en Colombie au prisme du droit comparé*, París, L'Harmattan, 2015 (*El derecho de los derechos*, Universidad Externado, 2007⁴). Mas lo que suele presentarse hoy como *neoconstitucionalismo* por Latinoamérica y España (*El canon neoconstitucional*, M. Carbonell y Leonardo García Jaramillo, eds., Bogotá, Universidad Externado, 2010, y Madrid, Trotta, 2010) recupera claves no tan nuevas, como el valor normativo de los derechos y la habilitación jurisdiccional en función de garantía, más que se hace cargo de los realmente renova-

lo que aquí importa, esto es la vertiente indígena, si de veras hubiese un nuevo constitucionalismo, estaríamos asistiendo a la confrontación que se necesita con el fondo todavía colonial del viejo constitucionalismo en las Américas, algo a lo que Colombia, con la recepción de derecho interamericano e internacional de derechos humanos y todo, ni siquiera se ha asomado. Y no es una excepción en absoluto, como tampoco México.

Entre derecho internacional y derecho constitucional, también, no se olvide, entre constitucionalismo y colonialismo, la historia queda abierta. Siempre lo está. Colombia resulta ciertamente caso paradigmático, puede decirse que para lo bueno y para lo malo, más bien para esto segundo en lo que respecta a derechos fundamentales o humanos de pueblos indígenas, pese a la imagen en otro sentido que ha venido forjándose gracias en particular a la llamativa apariencia de la jurisprudencia constitucional colombiana, imagen comparativamente potenciada por la propia tradición de control de constitucionalidad en manos de más instancias jurisdiccionales⁽⁹⁴⁾. La historia prosigue, incluso con posibilidades de regresión en el horizonte por lo que estrictamente interesa a la autonomía y la consulta indígenas⁽⁹⁵⁾.

dores, como el reconocimiento de pueblos no constitutivos de Estados con la consiguiente dotación de mecanismos garantistas de sus derechos, y esto en el contexto no sólo constitucional, sino también en el novedoso, que en cambio se aprecia a efectos más generales, del valor normativo del derecho internacional de los derechos humanos (R. ÁVILA, *El neoconstitucionalismo transformador*, cit.).

⁽⁹⁴⁾ Jorge GONZÁLEZ JÁCOME, *Entre la Ley y la Constitución. Una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2007; Mario Alberto CAJAS, *La Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. El control constitucional en una perspectiva histórica y política*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012 (algunos caps. en ed. electrónica).

⁽⁹⁵⁾ Actualmente, tras el Marco Jurídico para la Paz sentado por el Acto Legislativo 1/2012 que efectúa una reforma constitucional a favor de la justicia transicional en el sentido de justicia mediada para la superación de conflicto armado, está amagándose en Colombia un secuestro de Estado y de Constitución por intereses no siempre enfrentados en el curso de las conversaciones de paz entre guerrilla y gobierno adoptándose decisiones sobre asuntos que afectan neurálgicamente a pueblos indígenas bajo fuego cruzado (W. VILLA, Juan HOUGHTON, *Violencia política contra los pueblos indígenas en Colombia, 1974-2004*, Bogotá, CECOIN-IWGIA, 2004). El 24 de setiembre de 2014 se ha publicado el acuerdo ya alcanzado en materia de reforma agraria con

En todo caso, en unas latitudes en las que se avanza hacia el tranconstitucionalismo a diversos niveles, lo decisivo a largo plazo no tiene por qué determinarlo la evolución en el interior de los Estados. En el escenario americano, no puede ignorarse en particular el desarrollo de la jurisprudencia interamericana. Dicho sea de paso, aunque el reflejo colonial aún vivo de la cultura de raíz europea dificulte la constatación, en materia de derechos de pueblos y de control de constitucionalidad el sistema interamericano de derechos humanos por delante del congénere europeo ⁽⁹⁶⁾.

5. *Epílogo: ¿Hay Estados coloniales hoy? ¿Pueden descolonizarse a sí mismos? ¿Lo hace al menos en las Américas Bolivia?*

Reflejos coloniales hemos visto revelarse en un momento clave como el de la adhesión colombiana a la Declaración sobre los

consideración de la presencia indígena, pero sin registro alguno para la consulta. Sobre la problemática validación jurisdiccional de dicho Marco para la Paz, *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, K. Ambos (ed.), Bogotá, CEDPAL-Themis, 2014. Habrá también de atenderse a un proceso sobrenenido de concertación interna entre el Gobierno y la Cumbre Agraria, Campesina, Étnica y Popular institucionalizada en una Mesa Única Nacional (Decreto 870 de 2014). Para el año entrante, 2015, se espera el informe de una Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas constituida por acuerdo de las partes en las negociaciones de paz. Para antecedentes, Jefferson JARAMILLO, *Pasados y presentes de la violencia en Colombia. Estudio sobre las Comisiones de Investigación, 1958-2011*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2014.

⁽⁹⁶⁾ *The European Court of Human Rights and the Rights of Marginalised Individuals and Minorities in National Context*, Dia Anagnostou y Evangelia Psycogiopoulou (eds.), Leiden, Martinus Nijhoff, 2010; Timo KOIVUROVA, *Jurisprudence of the European Court of Human Rights regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects*, en «International Journal on Minority and Group Rights», 18 (2011), pp. 1-37. En términos más generales, intentan relativizar el evidente contraste Kai AMBOS y María Laura BÖHM, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz?*, en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, E. Ferrer MacGregor y Alfonso Herrera (eds.), cit., pp. 1057-1088, cuestionando particularmente a A. VON BOGDANDY, *Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales*, en *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Griselda Capaldo, Jan Sieckmann y Laura Clérico (eds.), Buenos Aires, Eudeba, 2012, pp. 21-40.

Derechos de los Pueblos Indígenas y manifestarse en la misma Colombia mediante el uso jurisprudencial de la antropología o por la evolución en general de la Corte Constitucional. Se llega oficialmente a pretender que la nación colombiana, toda ella, es producto de la inmigración y el mestizaje, como si el territorio hubiera estado despoblado y como si no hubiese presencia indígena. Hemos visto además cómo pueden funcionar, reproduciendo privación o degradación de derecho indígena, categorías tenidas por constitucionales como el principio de legalidad, la seguridad jurídica, la irretroactividad normativa o las mismas de nación, soberanía y primacía de la norma de Estado, no sólo Constitución, sino también ley y hasta decreto. Todo lo visto no se explica sino sobre la base de la continuidad colonial en tiempo constitucional por el sometimiento persistente de pueblos indígenas y la consiguiente discriminación sistemática y masiva de las personas que se identifican con ellos (97).

Estamos en suma ante indicios no sólo de mentalidad colonial, sino también de colonialismo subyacente; no sólo de secuelas culturales, sino también de persistencias reales. Mas esto ni siquiera se advierte por paleo ni por neoconstitucionalistas respecto ni al pasado ni al presente, cómo va entonces a tomarse en consideración como objeto de estudio. Puede esto entenderse como una manifestación más de la secuela cultural. Hoy en día, el colonialismo, igual que el racismo, no se reconoce como tal a sí mismo (98). Ni siquiera

(97) La colección editorial viva más desarrollada y solvente sobre pueblos indígenas y muy particularmente sobre los de América Latina la ofrece IWGIA (International Work Group on Indigenous Affairs), con algunos de sus volúmenes en acceso libre: www.iwgia.org/esp; entre ellos, durante este año, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: Análisis del derecho nacional, internacional y comparado*, Copenhague, IWGIA-Observatorio Ciudadano, 2014, en especial sobre Chile; *Convenio 169 de la OIT: Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación*, Copenhague, IWGIA, 2014, con capítulo éste sobre Colombia.

(98) Últimamente, para una vasta literatura, con la limitación usual en Estados Unidos de reducirse el racismo al que afecta a afrodescendientes postergando el que, con más clara implicación colonial, lo hace a indígenas, *White Self-Criticality beyond Anti-racism: How Does it Feel to Be a White Problem?*, George Yancy (ed.), Lanham, Rowman and Littlefield, 2015. Para Latinoamérica, *white* conviene que se traduzca por *mestizo*: ¿Cómo sienta que el problema sea, por su racismo ahora inconsciente, el mestizo y no el indígena? Robert A. WILLIAMS JR., *Like a Loaded Weapon: The Rehnquist Court, Indian Rights, and the Legal History of Racism in America*, Minneapolis, Univer-

lo hace en el ámbito del derecho internacional cuando precisamente ha venido por fin a afrontar en términos de derechos y además humanos la situación de los pueblos indígenas.

« Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado », he aquí un precepto del ordenamiento internacional de derechos humanos, el artículo 19 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, que, aunque así no lo articule, está en efecto afrontando una descolonización pendiente, la de pueblos comprendidos, sin su consentimiento, por fronteras de Estados de cultura y economía ajenas. Entre derechos internacionales de los pueblos indígenas y descolonización hay una conexión en todo caso, conexión precisamente normativa ⁽⁹⁹⁾. Reiterar la cita de ese precepto no está de más. Nos sitúa ante la evidencia de que el colonialismo interiorizado por Estados no se cancela ni con la descolonización ni con sólo la proclamación de derechos de los pueblos indígenas por parte del derecho internacional ⁽¹⁰⁰⁾.

sity of Minnesota Press, 2005, para el racismo jurídico respecto a indígenas en Estados Unidos. Al fondo colonial del constitucionalismo estadounidense me referiré enseguida.

⁽⁹⁹⁾ Pronunciamiento de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (1960) que se convierte en artículo primero de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (1966): « Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural »; art. 3 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007): « Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural ». La misma Declaración contiene en su preámbulo referencia peculiar al colonialismo (cita capitular de este trabajo; en inglés: « Concerned [UN General Assembly] that indigenous peoples have suffered from historic injustices as a result of, inter alia, their colonization and dispossession of their lands, territories and resources »; obsérvese que, en un último intento de resistir a la evidencia, se dice *colonization-colonización* en vez de *colonialism-colonialismo*).

⁽¹⁰⁰⁾ L. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *El Código Colonial: La Organización Internacional del Trabajo y los 'trabajadores indígenas'*, cit., ap. 7: *Epílogo postcolonial: del derecho colonial a los derechos indígenas*, anticipando el efecto al giro de la Organización

El cuerpo de derecho internacional sobre pueblos indígenas en cuyo seno se comprende el mecanismo de la consulta lo que está afrontando es una persistente situación colonial no tan solapada a estas alturas como pudiera parecer por la usual ceguera o, al menos, el consueto estrabismo tanto de la historiografía como del constitucionalismo. La historia constitucional se muestra especialmente ciega del propio contexto colonial ⁽¹⁰¹⁾. Aunque Naciones Unidas no haga uso de este lenguaje, autonomía y consulta son mecanismos de descolonización. No sólo desde luego por Colombia a todo lo ancho y largo de las Américas, el arraigo y la persistencia del colonialismo mantiene una situación que pudo y puede llegar al punto de tener un alcance literal y estrictamente genocida ⁽¹⁰²⁾. Colonialismo es caldo de cultivo de genocidio, así como genocidio es signo de colonialismo, no sólo a través de las Américas. El caso

Internacional del Trabajo que conduce al Convenio 169 y considerando menos relevante, en la línea vista de James Anaya, el entonces proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos indígenas que ya respondía en lo sustancial al texto definitivo.

⁽¹⁰¹⁾ Para testimonio último en términos precisamente de historia comparada o, más aún, común, en un caso que mira a la vertiente hispana del arranque constitucional, M.C. MIROW, *The Age of Constitutions in the Americas*, en « Law and History Review », 32 (2014), 2, pp. 229-235. Confróntese, entre lo que desconoce, José María PORTILLO, *Crisis atlántica. Crisis e independencia en la crisis de la monarquía hispana*, Madrid, Fundación Carolina-Marcial Pons, 2006; B. CLAVERO, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007.

⁽¹⁰²⁾ Alfred A. CAVE, *Genocide in the Americas*, en *The Historiography of Genocide*, Dan Stone (ed.), Londres, Palgrave Macmillan, 2008, pp. 273-295; Brenden RENSINK, *Genocide of Native Americans: Historical Facts and Historiographic Debates*, en *Genocide of Indigenous Peoples (Genocide: A Critical Historiographic Review, vol. VIII)*, Samuel Totten y Robert K. Hitchcock (eds.), New Brunswick, Transaction, 2011, pp. 15-36; P.I. BACCA, *Estudio sobre genocidio y crímenes de lesa humanidad en curso: el caso de los pueblos indígenas de Colombia*, Bogotá, ONIC, 2014 (ed. electrónica). Para ejemplo, respecto a los Estados Unidos, de las exposiciones que aún prevalecen, uniendo prejuicio cultural y sesgo narrativo a un concepto prácticamente imposible de genocidio estricto, junto con la presuposición de que los Estados nacieron por las Américas con título para apropiarse de los territorios indígenas a cualquier costo humano, Alex ÁLVAREZ, *Native America and the Question of Genocide*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2014. Confróntese, sobre el doble rasero entre guerra y guerra con indígenas, Helen M. KINSELLA, *The Image before the Weapon: A Critical History of the Distinction between Combatant and Civilian*, Ithaca, Cornell University Press, 2011, caps. 3 y 4; John Fabian WITT, *Lincoln's Code: The Laws of War in American History*, New York, Free Press, 2013, cap. 11(1).

americano fue el que sentó precedente ⁽¹⁰³⁾. Ahora, todavía, de lo primero que vienen a proteger garantías internacionales como la consulta es de riesgos genocidas, como no deja de registrarse en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ⁽¹⁰⁴⁾.

En Latinoamérica, tratando de revertirse la persistencia colonial con la asunción de los preceptos internacionales de autonomía y consulta indígenas, destaca ahora un caso por haber venido a la formulación constitucional en términos explícitos de descolonización a través de un proceso constituyente de fuerte empuje indígena ⁽¹⁰⁵⁾. Se trata de la Constitución de Bolivia, tan reciente en esta historia como de 2009: « Son fines y funciones esenciales del Estado

⁽¹⁰³⁾ Isabel V. HULL, *Absolute Destruction: Military Culture and the Practices of War in Imperial Germany*, Ithaca, Cornell University Press, 2005, cap. 1 (p. 30: el racismo genocida europeo en África hace un siglo pone expresamente el precedente americano como ejemplo a seguir); Ben KIERNAN, *Blood and Soil: A World History of Genocide and Extermination from Sparta to Darfur*, New Haven, Yale University Press, 2007, part II: *Settler Colonialism; Empire, Colony, Genocide: Conquest, Occupation, and Subaltern Resistance in World History*, A. Dirk Moses (ed.), Cambridge, CUP, 2008; Carroll P. KAKEL III, *The American West and the Nazi East: A Comparative and Interpretative Perspective*, Londres, Palgrave Macmillan, 2011, con su secuela: *The Holocaust as Colonial Genocide: Hitler's 'Indian Wars' in the 'Wild East'*, Londres, Palgrave Macmillan, 2013.

⁽¹⁰⁴⁾ Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 7.2: « Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo »; art. 8.1: « Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura ». El proyecto se refería en este segundo artículo a *etnocidio*, término que se suprimió por no serlo de delito tipificado en el derecho internacional. Por sus efectos letales del pueblo como sujeto, cabe incluir los atentados graves contra el *derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura* entre los supuestos del genocidio: B. CLAVERO, *Derecho Penal Internacional y Defensa Judicial de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, informe al Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, 2011 (E/C.19/2011/4), versión completa (el apartado precisamente colombiano fue eliminado en la edición oficial) en *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras complejidades sobre América indígena*, Copenhague, IWGIA, 2011, pp. 250-262.

⁽¹⁰⁵⁾ Salvador SCHAVALZON, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, La Paz, Plural-CLACSO-CEJIS-IWGIA, 2013. No conozco un estudio semejante para el Ecuador, para su respectiva Asamblea Constituyente, la que elaboró la Constitución de 2008 apuntando en la misma dirección aun sin formularse en términos textuales de descolonización. Sobre ambos casos, con

[...]: Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales », las de los pueblos indígenas ante todo, plurales como entre sí también son (art. 9.1); « los delitos de genocidio, de lesa humanidad [...] son imprescriptibles » (art. 111). Conectemos artículos, pues conexión hay ⁽¹⁰⁶⁾. Sobre pueblos indígenas, Bolivia además no sólo tiene ratificado el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, sino que también ha incorporado la Declaración de Naciones Unidas a su ordenamiento jurídico de Estado mediante una ley que prefiguró el contenido de la Constitución al respecto ⁽¹⁰⁷⁾.

mucho en común, Alejandro M. MEDICI, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador*, en « Derecho y Ciencia Sociales » (revista online), 3 (2010), pp. 3-23; Katu ARKONADA, Raúl PRADA, Jesús GONZÁLEZ PAZOS, Alberto ACOSTA, *Un estado, muchos pueblos. La construcción de la plurinacionalidad en Bolivia y Ecuador*, Barcelona, Icaria, 2012; B. CLAVERO, *Estado plurinacional. Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano*, cit.; Felipe BURBANO DE LARA, *La revuelta de las periferias. Movimientos regionales y autonomías políticas en Bolivia y Ecuador*, Quito, FLACSO, 2014.

⁽¹⁰⁶⁾ En el Preámbulo: « El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial [...] », « dejamos en el pasado el Estado colonial [...] »; en art. 2: « Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación [...] »; art. 3: « La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano »; parte I, tít. II, cap. IV: « Derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos »; art. 179.III: « La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía »; parte II, tít. III, cap. IV: « Jurisdicción indígena originario campesina »; parte III, tít. I, cap. VII: « Autonomía indígena originario campesina ».

⁽¹⁰⁷⁾ Para encuadramiento previo entre ordenamientos concurrentes, B. CLAVERO. *Geografía Jurídica de América Latina. Pueblos Indígenas entre Constituciones mestizas*, México D.F., Siglo XXI, 2008, cap. 2: *Derecho agrario entre código francés, costumbre aymara, orden internacional y constitución boliviana*. Tras la Constitución, la articulación entre el ordenamiento internacional y el constitucional no se facilita porque la Declaración fue incorporada por mera ley ordinaria (ley 3760/2007) sin revalidación explícita por la Constitución y porque ésta se cerró no muy regularmente entre circunstancias en extremo conflictivas: B. CLAVERO, *Apunte para la ubicación de la Constitución de Bolivia*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 89 (2010), pp. 195-217; S. SCHAPELSON, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia*, cit., caps.

Despejemos ante todo un equívoco todavía y sintomáticamente bastante usual por las Américas tanto como por Europa. Hay descolonizaciones y descolonizaciones, mejor y peor llamadas tales. Salvo para el caso singular de Haití, la descolonización americana de entre la segunda mitad del siglo XVIII y primera del XIX fue una descolonización en falso; no una descolonización a medias, sino una prosecución del colonialismo con el dominio sobre los pueblos indígenas, como poderes ahora del Estado, más legitimados, por vocacionalmente constitucionales, y también, por lo mismo, más fortalecidos. No menos en falso suele entenderse que las Américas entraron desde entonces en unos tiempos poscoloniales identificándoseles así con los constitucionales, como si el constitucionalismo y el colonialismo fuesen realidades extrañas entre sí y sólo hubieran podido contaminarse mutuamente en una presunta secuencia histórica. Incluso para los imperios históricos, el colonialismo sigue vivo. La historiografía latinoamericana de formación decimonónica oscurece al máximo la historia al entender *la colonia* — el periodo y el estilo coloniales — como un descriptor que no se refiere a dominio sobre pueblos indígenas, sino a vinculación con Europa ⁽¹⁰⁸⁾.

Entre Europa y las Américas, si colonia o colonialismo indica un tiempo de dominio directo de la primera, su prosecución de otra forma necesita un calificativo propio, sea constitucional o también estatal ⁽¹⁰⁹⁾. A nuestros efectos, toda la historia actual de la consulta

4 y 5. El desarrollo legislativo y jurisprudencial viene acentuando más que resolviendo la relativa falta de articulación. Un ejemplo de ésta se tiene en el mismo pronunciamiento sobre el genocidio al asimilársele el delito político de *traición*: « Los delitos de genocidio, de lesa humanidad, de traición a la patria, crímenes de guerra son imprescriptibles » (art. 111 parcialmente citado). Genocidio aún innominado y *traición a la patria*, la soviética en el caso, ya se habían equiparado en el primer juicio de atrocidades nazis (Ucrania, finales de 1943): Michael J. BAZYLER, Frank M. TUEKHEIMER, *Forgotten Trials of the Holocaust*, New York, New York University Press, 2014, cap. 1.

⁽¹⁰⁸⁾ B. CLAVERO, *Europa entre la historia y el derecho o bien entre postcolonial y preconstitucional*, en estos « Quaderni fiorentini », 33-34 (2004-2005), *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale tra Otto e Novecento*, pp. 509-607; ap. 3.2: *Quintaesencia del colonialismo en las Indias: el derecho indiano como derecho europeo*; Jennifer PITTS, *Political Theory of Empire and Imperialism*, en « Annual Reviews of Political Science » (revista online), 13 (2010), pp. 211-235.

⁽¹⁰⁹⁾ Interesando también al efecto, B. CLAVERO, *Bioko, 1837-1876. Constitucionalismo de Europa en África derecho consuetudinario del trabajo mediante*, en estos

indígena y de su suerte azarosa por América Latina que Colombia nos ha ilustrado mal se entiende si no se le sitúa en el tiempo consecutivo de un colonialismo constitucional, constitucionalismo colonial o neocolonialismo sin más, tanto monta. Difícil resulta cuando la misma consideración del constitucionalismo como forma de dominación se hace sin consideración de su vertiente colonial ⁽¹¹⁰⁾.

Respecto a descolonización constitucional, la boliviana aún no ha contado con tiempo para resultar tan elocuente como la fallida colombiana, pero desde temprano apunta hacia una similar frustración. De confirmarse, Bolivia pasaría a incorporarse a todo un grupo de Estados latinoamericanos que han procedido al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sin afrontar la descolonización que habría entonces de comenzar por la del propio constitucionalismo ⁽¹¹¹⁾. ¿Cómo se explica tal deriva?

Puede por supuesto hablarse de falta tanto de determinación política como de sensibilidad cultural en los medios de los poderes

« Quaderni fiorentini », 35 (2006), pp. 429-556. Para constancia del poscolonialismo en falso, *Decolonizing Native Histories: Collaboration, Knowledge, and Language in the Americas*, Florencia E. Mallon (ed.), Durham, DUP, 2012. Para una historia de caso de la continuidad colonial sobre el terreno, la misma F.E. MALLON, *La sangre del copibue. La comunidad mapuche de Nicolás Ailío y el Estado chileno, 1906-2001*, Santiago de Chile, LOM, 2004 (trad. *Courage Tastes of Blood*, DUP, 2005).

⁽¹¹⁰⁾ Santiago LEÓN GÓMEZ, *El constitucionalismo colombiano en el siglo XX. ¿Modelo de organización o elemento de dominación?*, en « Historia Constitucional » (revista online), 14 (2013), pp. 467-488, con repaso bibliográfico, a la contra de la segunda visión y expresivo de la ceguera por sí mismo.

⁽¹¹¹⁾ *Lecciones aprendidas sobre consulta indígena*, Iván Bascopé (ed.), La Paz, CEJIS, 2010; Caroline COTTA DE MELLO FREITAS, *Entre wiphalas, polleras e ponchos. Embates entre os discursos de CONAMAQ, do Estado Plurinacional da Bolívia e do Direito Internacional*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2013 (ed. electrónica); CONAMAQ = Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu, representativo de comunidades de los pueblos aymara y quechua en Bolivia); Paul J. HILBORN, *Can a State Decolonize Itself? A Critical Analysis of Bolivia's State-led Decolonization Process*, Halifax, Dalhousie University, 2014 (ed. electrónica); Jason TOCKMAN, John CAMERON, *Indigenous Autonomy and the Contradictions of Plurinationalism in Bolivia*, en « Latin America Politics and Society », 56 (2014), 3, pp. 46-69. Para un caso aún más fallido de raíz, Elisabeth SALMON, *The Struggle for Laws of Free, Prior and Informed Consultation in Peru: Lessons and Ambiguities in the Recognition of Indigenous Peoples*, en « Pacific Rim Law and Policy Journal », 22 (2013), 1, pp. 353-390.

constitucionales y ello no sólo además por las Américas, sino también por Europa. Cabe igualmente referirse a la conversión interesada del derecho internacional de los derechos humanos y del propio derecho constitucional en cobertura para el mantenimiento de estructuras coloniales y en coartada de las políticas correspondientes domésticas e internacionales, así como cabe atribuirse a presión de intereses económicos para el acceso más expedito a recursos sitios en territorios indígenas. Todo ello ciertamente opera, pero no parece que resulte suficiente para explicar un fenómeno tan generalizado que no conoce de momento excepciones. El problema último radica a mi entender en la falta de conciencia sobre la envergadura del reto de la descolonización pendiente incluso cuando se proclaman con determinación y empeño los derechos de los pueblos indígenas en sede tanto internacional como constitucional, lo que, ya de por sí, eviscera posibilidades. Unos instrumentos nacen incapaces por el medio cultural donde se producen y se mueven. La parábola colombiana desde la inconsciencia sobre el alcance del derecho internacional que se adopta hasta la neutralización de los derechos que implica, esto por obra de una jurisprudencia dizque constitucional, resulta de lo más elocuente ⁽¹¹²⁾.

Que el constitucionalismo de las Américas se funda en el mantenimiento interno, cuando no todavía expansivo, de unas estructuras coloniales heredadas de los imperialismos europeos, así como en la continuidad y adaptación de las políticas correspondientes, no es ningún secreto para quienes no se ensimisman en la historiografía imperante ⁽¹¹³⁾. Pero hay más, algo que sólo recientemente se está trayendo a la vista por una historiografía no menos

⁽¹¹²⁾ La preterición del Convenio 169 durante el proceso constituyente colombiano fue compartida por la participación indígena: D.M^a CARRILLO, *Jurisdicción especial indígena*, cap. I-3: «*Siendo delegatario de la Asamblea Nacional Constituyente — según la normativa salvaje*». Fuera de determinados sectores indígenas, por venir finalmente el derecho internacional a sintonizar con aspiraciones propias, la experiencia habida no ha sido, como ha podido comprobarse, para cobrar conciencia. La salvedad indígena no la presumo pues pude advertirla durante la misión referida de Naciones Unidas a Colombia.

⁽¹¹³⁾ Respecto a los Estados Unidos, a los que enseguida acudo, B. CLAVERO, *Why American Constitutional History is not Written*, en estos «*Quaderni fiorentini*», 36 (2007), pp. 1445-1547.

constitucional por nada servicial hacia el propio constitucionalismo. Hay lo que justamente se está llamando la *doble cara de la libertad* por las Américas, una cara vistosa, la constitucional estricta, y una cara oscura, la colonial de fondo que no sólo afecta a pueblos indígenas. Resulta que son caras de un mismo astro en la constelación multiforme del colonialismo ⁽¹¹⁴⁾.

La evidencia se tiene ahora particularmente respecto a los Estados Unidos. Resulta que la motivación de la independencia de unas colonias británicas en América se debió ante todo al rechazo frente a un dominio imperial que acomodaba a los pueblos indígenas en una posición de derecho, posición que, aun subordinada y todo, dificultaba seriamente el proyecto colonial de expansión territorial a costa de tales pueblos. Los propios poderes constitucionales tanto estatales como federales se diseñaron y establecieron con dicho designio a la vista sin necesidad de que cómo tal se proclamase paladinamente en las respectivas Constituciones. En suma, un constitucionalismo de poderes antes que de derechos, y de unos derechos funcionales a poderes, aparece históricamente en las Américas con el factor decisivo del proyecto colonial, un proyecto triunfante por medio, precisamente, del constitucionalismo, no a su margen ni en sus márgenes ⁽¹¹⁵⁾. Desde unos orígenes se conjugan libertad de una

⁽¹¹⁴⁾ A la evidencia, limitándose a los Estados Unidos, responde el título de Aziz RANA, *The Two Faces of American Freedom*, Cambridge, Harvard College, 2010, quien con razón subraya que la historiografía usual sobre la cara oscura, comenzando por la que se ocupa de los pueblos indígenas, eclipsa la faceta constitucional estricta de las libertades, siendo su libro pionero en el intento de aprehender y explicar el fenómeno en su compleja integridad. Y no se piense que se trata de dos compartimentos estancos, pues la contaminación en cuanto a poderes persistente hasta hoy ya estaba a la vista: Sarah H. CLEVELAND, *Powers Inherent in Sovereignty: Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign Affairs*, en «Texas Law Review», 81 (2002), 1, pp. 1-284; añádase ahora Susan Bibler COUTIN, Justin RICHLAND, Véronique FORTIN, *Routine Exceptionality: The Plenary Power Doctrine, Immigrants, and the Indigenous Under U.S. Law*, en «UC Irvine Law Review», 4 (2014), 1, "Law As...". II, *History As Interface for the Interdisciplinary Study of Law*, pp. 97-120.

⁽¹¹⁵⁾ A. RANA, *The Two Faces of American Freedom*, cit., cap. 1, *Settler Revolt and the Foundations of America Freedom*; respecto a los poderes federales, Gregory ABLAVSKY, *The Savage Constitution*, en «Duke Law Journal», 63 (2014), pp. 999-1089. Como ejemplo más reciente de historia constitucional ensimismada, propia no sólo de constitucionalistas, Aziz Rana expone a Gordon S. WOOD, *Empire of Liberty: A History*

comunidad solapadamente entendida en términos *étnicos*, por la impronta marcada de cultura europea, y la supeditación de todo el resto, lo que aún no se ha superado al menos en lo que atañe a pueblos indígenas. De otros capítulos ya sabemos que aquí no trato ⁽¹¹⁶⁾.

No es el caso tan sólo de los Estados Unidos. Las independencias latinoamericanas y sus respectivos constitucionalismos no responden a otro impulso último. En el caso de las colonias españolas, el proyecto imperial de acomodamiento de los pueblos indígenas conquistados y por conquistar en una posición de derecho equivalente a la del proyecto británico se propone en 1812 por la Constitución de Cádiz, afrontando un similar rechazo sobre el terreno. Los planteamientos y los desarrollos constitucionales son bastante variados, pero con dicho fondo colonial común, un fondo inherente a los diversos constitucionalismos de poderes antes que de derechos por las Américas ⁽¹¹⁷⁾. No se trata de que sufran alguna adherencia o hipoteca de signo colonial, sino de que se implantan y desenvuelven para el mantenimiento y la perpetuación del colonialismo respecto a pueblos indígenas. Incluso cuando se mantiene el planeamiento hispano, el gaditano, los poderes sobre los pueblos indígenas se fortalecen notablemente con la independencia constitucional ⁽¹¹⁸⁾. A esto esencialmente se deben. Repito que hay

of the Early Republic, 1789-1815, New York, OUP, 2009. Por lo que toca a indígenas, ahora cobra una inusitada significación Woody HOLTON, *Forced Founders: Indians, Debtors, Slaves, and the Making of the American Revolution in Virginia*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1999.

⁽¹¹⁶⁾ Cedo a la tentación de referirme a un caso que hemos debido mencionar de paso, el del pueblo *rom* o gitano que, por asimilación con los pueblos indígenas privados del territorio propio, está hoy jurisprudencialmente reconocido como sujeto de derechos en Colombia. Pues bien, se cuenta ahora con una justa ubicación y apropiado tratamiento del caso en términos históricos y jurídicos: J. GILBERT, *Nomadic Peoples and Human Rights*, Abingdon, Routledge, 2014, tratando también de nómadas compelidos a la sedentarización.

⁽¹¹⁷⁾ Sobre Estados Unidos y México, en base a trabajos previamente editados en estos «Quaderni fiorentini» (30, 2001 y 32, 2003) B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, The Robbins Collection, 2005.

⁽¹¹⁸⁾ B. CLAVERO, *Constitución de Cádiz y ciudadanía de México*, en *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, Carlos Garriga (ed.), México DF,

variables importantes en el espacio y, aún más, en el tiempo, pero con una historia constitucional común a las Américas, no sólo a la latina, que interesa a la condición colonial de origen y fondo ⁽¹¹⁹⁾. Desde los orígenes del constitucionalismo americano, nos situamos en un universo de constitucionalismo colonial todavía, con todas los cambios habidos, persistente. La cultura jurídica de raíz europea lo reproduce ⁽¹²⁰⁾.

Con dichas coordenadas constantes del constitucionalismo de las Américas, no es de extrañar que, aunque no se presente de este modo, bajo este lenguaje, un replanteamiento descolonizador llegue más claramente por vía, no de derecho constitucional de Estado, sino de derecho internacional o, mejor dicho, supraestatal, primero, en 1989, por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; luego, en 2007, mediante la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Se potencian en la medida en que sintonizan con resistencias y aspiraciones de estos pueblos ⁽¹²¹⁾. El impacto en América Latina, bien que desigual, está resultando indudable, pero sin que en caso alguno se ofrezcan aún visos de que

Instituto Mora-CIDE, pp. 139-171; ID., "Multitud de Ayuntamientos". *Ciudadanía indígena entre la Nueva España y México, 1812 y 1824*, en *Los Indígenas en la Independencia y en la Revolución Mexicana*, Miguel León Portilla y Alicia Mayer (eds.), México DF, UNAM-INAH, 2010, pp. 433-456.

⁽¹¹⁹⁾ Para la confrontación de otros dos casos, B. CLAVERO, *Reconocimiento Mapuche de Chile: Tratado ante Constitución*, en «Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina», 7 (2007), pp. 17-44, y *Nación y naciones en Colombia*, cit.

⁽¹²⁰⁾ E. Robert STATHAM JR., *Colonial Constitutionalism: The Tyranny of United States' Offshore Territorial Policy and Relations*, Oxford, Lexington Books, 2002, disocia terminantemente la problemática de los pueblos indígenas americanos como si ésta no fuera de *colonial constitutionalism*. Contrarresta bien ahora A. RANA, *The Two Faces of American Freedom*, cit., cap. 1. Para la cuestión en las coordenadas poscoloniales que no son las americanas, Ranabir SAMADDAR, *The Materiality of Politics*, vol. I, *The Technologies of Rule*, Londres, Anthem, 2007, cap. 1: *Colonial Constitutionalism*.

⁽¹²¹⁾ *El Desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, C. Charters y R. Stavenhagen (eds.), cit.; *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, S. Allen y A. Xanthaki (eds.), cit.; *Indigenous Rights in the Age of the UN Declaration*, E. Pulitano (ed.), cit.; *Los derechos indígena tras la Declaración. El desafío de la implementación*, F. Gómez Isa y M. Berraondo (eds.), cit. Y no se olvide la pregunta del título de *¿Quién habla por quién?*, S. Speiser (ed.), cit.

esté realmente operando el replanteamiento necesario en línea decolonial del derecho que ha de conjugarse a un mismo tiempo como constitucional e internacional y así desbordar a los Estados. El propio constitucionalismo ya es más que estatal en una doble dirección conectada, la de derechos de pueblos y la de derecho internacional. Sólo en este contexto el imperativo de la descolonización es planteable. El Estado no parece que se baste.

La pregunta pertinente ya está formulada: *Can a State Decolonize Itself?* ¿Puede un Estado descolonizarse a sí mismo? ¿Cabe que lo haga sin la concurrencia normativa, con autoridad propia, de derecho internacional? ¿Basta con que el Estado lo constitucione? Hay base para la duda. En la línea de Colombia al fin y al cabo, Bolivia también está especializándose en crear imágenes exteriores, a partir ambas de sus respectivas Constituciones, que no se corresponden con sus políticas internas ⁽¹²²⁾. Si figurásemos que fuera de otro modo, ya entraríamos en una historia contrafactual difícil de manejar pues, aparte factores externos, habría de ampliarse el panorama interior por la transformación no sólo jurídica que Bolivia está atravesando ⁽¹²³⁾.

⁽¹²²⁾ P.J. HILBORN, *Can a State Decolonize Itself? A Critical Analysis of Bolivia's State-led Decolonization Process*, cit., no solo formula la cuestión, sino que también ofrece evidencias para la duda en lo que toca a la acción del Estado, cuyo « discourse and understanding of decolonization differs greatly from the view found in the *indígena* and *originario* indigenous organizations »; mientras que el primero « is attempting to promote indigenous culture as the foundation of a new state nationalism and is making use of invented indigenous traditions to solidify unity », las segundas entienden la descolonización en términos de « gaining territorial autonomy and self-determination, greater political representation, wider jurisdiction for the application of indigenous justice, and the right to a binding prior consultations process and free, informed prior consent for the exploitation of natural resources within their territories » (p. 105). Confirma estas conclusiones mi experiencia de frecuentes visitas en los últimos años a Bolivia, en calidad de miembro del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, de académico y de invitado tanto no-gubernamental como gubernamental, inclusive a la Asamblea Constituyente (puede verse en S. SCHAPELSON, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia*, cit., pp. 471-472).

⁽¹²³⁾ Nancy Grey PORTERO, *Now We Are Citizens: Indigenous Politics in Post-multicultural Bolivia*, Stanford, Stanford University Press, 2007 (trad., La Paz, Muela del Diablo, 2009); Bret GUSTAFSON, *New Languages of the State: Indigenous Resurgence and the Politics of Knowledge in Bolivia*, Durham, DUP, 2009; Brent Z. KAUP, *Market Justice: Political Economic Struggle in Bolivia*, Cambridge, CUP, 2013. Compárense experiencias

Al menos en Bolivia se tiene base constitucional para plantearse el imperativo de la descolonización frente a sus prácticas normativas y políticas, sociales y económicas. Para Colombia y otros Estados de las Américas, no puede decirse eso o sólo cabe que se diga muy a medias. Hagamos también, sobre base constitucional, la pregunta recíproca respecto a Estados de tracto colonialista. ¿Puede Europa descolonizarse, perdón, desimperializarse a sí misma, comenzando por cobrar conciencia del tracto colonial de la propia cultura? ⁽¹²⁴⁾

Con su amplia presencia indígena comunitariamente organizada, Bolivia ha sido, como es, laboratorio más vivo y observatorio menos opaco entre el conjunto variado de las Américas. Hablo de una amplitud demográfica que no puede decirse, por ejemplo, ni de Colombia ni de México, pero la cuestión de los derechos de pueblos indígenas no es cuantitativa, sino cualitativa, más aún ante las consecuencias de una historia de colonialismo y genocidio. Por esto no me he ocupado para nada de cifras. Para ubicar y evaluar el caso colombiano he amagado alguna comparación en el terreno siempre del derecho que tampoco es que dé mucho de sí por sí sola, sin la dimensión histórica del derecho mismo. Es el momento en el que la persistencia del colonialismo, tan a menudo negada, se hace patente con la subordinación de unos pueblos que implica exclusión o discriminación de individuos. El negacionismo que tanto se acusa de genocidios lo es antes del colonialismo de veste constitucional ⁽¹²⁵⁾.

La dimensión histórica resulta imprescindible no sólo para

anteriores de tiempo constitucional: Laura GOTKOWITZ, *A Revolution for Our Rights: Indigenous Struggles for Land and Justice in Bolivia, 1880-1952*, Durham, DUP, 2007 (trad. *La revolución antes de la Revolución*, La Paz, Plural-PIEB, 2011); Pilar MENDIETA, *Entre la alianza y la confrontación. Pablo Zárate Willka y la rebelión indígena de 1899 en Bolivia*, Lima, Plural-IFEPA, 2010.

⁽¹²⁴⁾ B. CLAVERO, *Europa entre la historia y el derecho o bien entre postcolonial y preconstitucional*, cit., ap. 6: *The darkest side of European legacy: historia y constitución culturalmente aún coloniales*.

⁽¹²⁵⁾ B. CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos?*, cit.; también, que no haya aún citado, *Delito de genocidio y pueblos indígenas en el orden internacional*, en *Los aché en Paraguay. Discusión de un genocidio*, Alejandro Perellada y Lourdes Beldi (eds.), Copenhagen, IWGIA, 2008, pp. 23-42. A ambos libros hay enlaces en mi sitio web: bartolomeclavero.net.

cobrarse perspectiva, sino también a efectos operativos. Para ubicar y evaluar el caso, no basta con derecho comparado por mucho que lo extendiésemos ⁽¹²⁶⁾. Se precisa historia. No conozco ninguna que relacione el orden actual de los derechos humanos con el enquistamiento constitucional del colonialismo e identifique en consecuencia la envergadura del reto reconstituye no sólo para los Estados ⁽¹²⁷⁾. Cabe también decirlo de la descolonización aún pendiente del mismo derecho internacional comenzándose por su historia ⁽¹²⁸⁾.

⁽¹²⁶⁾ La comparación podría alcanzar a España puesto que, sin política exterior consecuente ni práctica interna de control de convencionalidad, tiene suscrito el Convenio 169 y ha respaldado en Naciones Unidas la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: M. BERRAONDO, *La ratificación del Convenio n. 169 por España. Reflexiones en torno a sus implicaciones*, Madrid, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 2009; Assier MARTÍNEZ DE BRINGAS, *La aplicación extraterritorial del Convenio 169 de la OIT ante la actuación de las Empresas Transnacionales españolas que afectan a los pueblos indígenas*, en « Revista Vasca de Administración Pública », 85 (2009), pp. 83-105; considerando la vigencia del Convenio en España, Sorily C. FIGUERA, *Autonomía de los pueblos indígenas latinoamericanos y autonomía de las Comunidades Autónomas españolas: un estudio comparado*, en « Revista General de Derecho Público Comparado » (revista online), 13 (2013), art. 14.

⁽¹²⁷⁾ Hay sugerencias que no se han ocupado del alcance virtual del mecanismo de consulta en la línea de descolonización del constitucionalismo, lo que sería en todo caso difícil por tenderse a situar las coordenadas de la *colonialidad* a ser superada, más que respecto a los pueblos indígenas, en relación a la desigualdad entre Angloamérica y Europa de una parte y América Latina, como un todo, de otra: Walter D. MIGNOLO, *Local Histories/Global Designs: Coloniality, Subaltern Knowledges, and Border Thinking*, Princeton, Princeton University Press, 2000 (con nuevo prefacio, 2012; ed. española, Akal, 2003); *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Edgardo Lander (ed.), Buenos Aires, CLACSO-UNESCO, 2000; *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Santiago Gómez-Castro y Ramón Grosfoguel (eds.), Bogotá, Siglo del Hombre, 2007; *Coloniality at Large: Latin America and the Postcolonial Debate*, Mabel Moraña, Enrique Dussel y Carlos A. Jáuregui (eds.), Durham, DUP, 2008; *Escenarios (des)colonizadores*, Marcelo Sarzuri-Lima (coord.), La Paz, Instituto Internacional de Integración, 2012; Aníbal QUIJANO, *Cuestiones y horizontes. De la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. Antología esencial*, ed. Danilo Assis Clímaco, Buenos Aires, CLACSO, 2014.

⁽¹²⁸⁾ Para la descolonización de la historiografía que, despejando ilusiones, puede asistir ciertamente a la del derecho, R.A. WILLIAMS JR., *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Oxford, OUP, 1990; Paul KEAL, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*, Cambridge, CUP, 2003; Anthony PAGDEN, *Human Rights, Natural*

Con perspectiva histórica, difícilmente puede decirse que, por los desarrollos habidos en las últimas décadas, estemos asistiendo al final de un ciclo ⁽¹²⁹⁾. La historia prosigue a todos los niveles. Si en el ámbito internacional o en el de Naciones Unidas más en concreto hay, como hemos constatado, un pulso entre intereses y poderes de una parte y, de otra, derechos y garantías, está lejos el mismo de haberse resuelto ⁽¹³⁰⁾.

El ciclo de esta historia es, en cualquier caso, de tiempo más largo, mucho más largo, que el de una serie de novedades constitucionales e internacionales encadenadas. Constitucionalismo e inter-

Rights, and Europe's Imperial Legacy, en « Political Theory », 31 (2003), 2, pp. 171-199; Antony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, CUP, 2005; *Colonialism and Genocide*, A.D. Moses y D. Stone (eds.), Abingdon, Routledge, 2007; Martti KOSKENNIEMI, *Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism*, en « Rechtsgeschichte - Legal History », 19 (2011), pp. 152-176; D. ARMITAGE, *Foundations of Modern International Thought*, Cambridge, CUP, 2013, cap. 2; Arnulf Becker LORCA, *Mestizo International Law: A Global Intellectual History 1842-1933*, Cambridge, CUP, 2014; Andrew FITZMAURICE, *Sovereignty, Property and Empire, 1500-2000*, Cambridge, CUP, 2014.

⁽¹²⁹⁾ L. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *La internacionalización de los derechos indígenas en América Latina: ¿el fin de un ciclo?*, en *Pueblos indígenas y política en América Latina. El reconocimiento de sus derechos y el impacto de sus demandas a inicios del siglo XXI*, Salvador Martí i Puig (ed.), Barcelona, Fundación CIDOB, 2007, pp. 181-100, no extendiendo en todo caso su pronóstico plausiblemente escéptico sobre nuevos desarrollos del derecho supraestatal de los derechos de los pueblos indígenas a otros niveles y espacios ni advirtiendo que el posible golpe de timón más bien responde a presión de intereses transnacionales como vendría a demostrarse poco después por los referidos Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos intentando contrarrestar Convenio y Declaración.

⁽¹³⁰⁾ A/HRC/26/L.22/Rev.1: Consejo de Derechos Humanos, 26 período de sesiones, 10-27 de junio de 2014, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, con la decisión de « establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato será elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos ». Puede interesar también al efecto E/C.19/2014/7: Consejo Económico y Social, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, 13 período de sesiones, 12-23 de mayo de 2014, propuesta de *Protocolo Opcional a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Para más noticia, José AYLWIN, *Empresas y derechos humanos*, en « El Mundo Indígena », 2014, pp. 586-591.

nacionalismo coloniales son más, bastante más, que una herencia gravosa del colonialismo imperialista en Estados independientes por sí y en comandita, solos o en Naciones Unidas u otras instancias intergubernamentales. A estas alturas, ni normas constitucionales ni instrumentos internacionales acaban de mostrarse capaces de revertir el colonialismo persistente por las Américas.

He ahí una historia constitucional que habría de comenzar por abordarse en términos de historia colonial. Frente a lo que suele darse pacíficamente por sentado, el constitucionalismo no es poscolonial ⁽¹³¹⁾. Los tramos cortos constitucionales como el de la consulta indígena contemplado en este trabajo cobran sentido solamente en una larga duración más dilatada que la del propio constitucionalismo. Sólo en la *longue durée* colonial cabe entender el reto actual de la consulta indígena, su *très courte durée* ⁽¹³²⁾.

En fin, la historia constitucional se comprende en la historia del colonialismo incluso hasta hoy. Tiempo constitucional, con sus libertades, puede que siga siendo contratiempo colonial, con sus servidumbres ⁽¹³³⁾. Mas para la ciencia histórica como para la jurídica ya sabemos que hay un problema de fondo y cuál es. ¿Lo recordamos? Hoy en día, el colonialismo, igual que el racismo, no se reconoce como tal a sí mismo. Es cultura enquistada en la presunción del constitucionalismo de historia absorta. Y es la antropología que hemos visto jurisprudencialmente operativa.

Una última observación. Si el constitucionalismo se identifica hoy con los derechos más que con los poderes, ¿qué mayor reto

⁽¹³¹⁾ Como ha puesto bien de relieve A. RANA, *The Two Faces of American Freedom*, cit., la constatación no tiene por qué devaluar la vertiente libertaria del constitucionalismo que surgió ella misma precisamente en función del dominio colonial. Rana considera una evolución hasta hoy en la que la cuestión colonial pasa sin embargo a un segundo plano. Para unas recapitulaciones suyas, A. RANA, *The Two Faces of American Freedom: A Reply*, en « Cornell Journal of Law and Public Policy », 21 (2011), pp. 133-149, y, más centrado a nuestro efecto, *Colonialism and Constitutional Memory*, a publicarse en « UC Irvine Law Review », 2015, *draft* anticipado en la red, en la *Social Science Research Network* (papers.ssrn.com).

⁽¹³²⁾ Aun sin contemplar el asunto, para la referencia del juego de duraciones, J. GULDI, D. ARMITAGE, *The History Manifesto*, cit., pp. 36 y 119 citadas en el prólogo.

⁽¹³³⁾ B. CLAVERO, *Constitucionalismo colonial. Economía de Europa, Constitución de Cádiz y más acá*, a publicarse, Universidad Autónoma de Madrid, reuniendo trabajos sobre constitucionalismo y colonialismo, algunos aquí citados.

puede tener ante sí que el de una historia colonial que se le ha enquistado sobre el terreno y en sus entrañas? Por todo lo visto, la consulta indígena resulta una respuesta tan plausible como insuficiente.

per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

44

T.II

2015

**QUADERNI
FIORENTINI**

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

44

(2015)

TOMO II



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 9788814207327

ISSN 0392-1867

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

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2015

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

Figure dell'esperienza

CARLOS PETIT

CONSEJOS DE CASANOVA A DA PONTE,
O PRÁTICA CAMBIARIA A USO DE LIBERTINOS

Acuda com provisãõ,
Nãõ de papel, mas provida
De ouro e prata; que esta vida
Nãõ sustentam papéis, nãõ.
(Heitor da Silveira, s. XVI)

I. Teatro y economía. — II. Gente de *letras*. — III. We eat and drink paper, and live upon paper. — IV. Rien en Angleterre n'est comme dans le reste de l'Europe. — V. Cento in Francia... ma in Ispagna son già mille e tre!

Pocos años antes de reunirse los *États Généreaux du Royaume* los aficionados que asistían al estreno de *Le Mariage de Figaro* (1784) captaron perfectamente la intención del largo monólogo deslizado por el autor en la esc. 3, act. V de la pronto célebre comedia. La envidiable posición del conde de Almaviva (« noblesse, fortune, un rang, des places ») contrastaba a ojos vista con la lucha por vivir que llevaba su criado (« il m'a fallu déployer plus de science et de calculs pour subsister seulement, qu'on n'en a mis depuis cent ans à gouverner toutes les Espagnes »), constreñido a ejercer de barbero, veterinario, escritor... y siempre desgraciado ⁽¹⁾. Sobre todo cuando este Fígaro se las dio de economista:

⁽¹⁾ Cf. *Le Barbier de Séville* (1775), act. I, esc. 2, que resulta inevitable leer con la música de Rossini en la cabeza: « Voyant à Madrid que la république des Lettres étoit celle de loups [...] fatigué d'écrire, ennuyé de moi, dégoûté des autres, abymé de dettes et léger d'argent; à la fin, convaincu que l'utile revenu du rasoir est préférable aux vains

« Surge una cuestión sobre la naturaleza de la riqueza, y como no es necesario tener las cosas para razonar sobre ellas, sin un sueldo en el bolsillo escribo sobre el valor del dinero y su producto neto: pues bien, pronto veo, desde el fondo de un *fiacre*, que se baja ante mí el puente de un castillo, a cuya entrada dejo la esperanza y la libertad » (2).

Y eso que la benevolente censura de Luis XVI — escrito en 1778, *Le Mariage...* tardó varios años en subir a las tablas — había recortado de modo drástico la primitiva versión de esa escena:

« Surge una cuestión sobre la naturaleza de la riqueza, y se escribe mucho mientras el pueblo murmura, pues no son libros, sino víveres lo que echa en falta para vivir [...] no me pongo a escribir para el pueblo, sino para mí mismo — pues me doy cuenta de que un escudo no vale realmente más de lo que se puede comprar con él de medios de subsistencia, de manera que el pueblo que tenía veinte millones hace veinte años y pagaba el pan a dos sueldos es tan rico como lo es ahora que tiene cuarenta millones si paga el pan a cuatro [...] Cierto es que la gente tiene dos escudos en el bolsillo en vez de uno, pero no es menos cierto que sus escudos no valen más que tres francos, ya que hacen falta dos escudos para comprar las treinta libras de pan que antes valían uno; de manera que hay una pérdida neta de la nación respecto al esfuerzo que ha requerido doblar el circulante [...] Mi libro no sé vendió, fui arrestado, y al tiempo que se cerraba la puerta de mi librería se abría la reja de la Bastilla, donde soy por fin bien recibido, gracias a las recomendaciones que traigo [...] Allí me alojaron y alimentaron durante seis meses sin pagar cama ni alquiler, con un ahorro tan grande que, si bien se mira, este retiro económico es el producto más neto que jamás me haya deparado la literatura » (3).

honneurs de la plume, j'ai quitté Madrid, et, mon bagage en sautoir, parcourant philosophiquement les deux Castilles, la Manche, l'Estremadoure, la Sierra Morena, l'Andalousie; accuilli dans une ville, emprisonné dans l'autre, et partout supérieur aux évènements [...]. Riant de ma misère et faisant la barbe à tout le monde; vous me voyez enfin établi en Séville et prêt à servir de nouveau votre Excellence en tout ce qu'il lui plaira m'ordonner », en Pierre-Agustin Caron DE BEAUMARCHAIS, *Théâtre complet*, ed. Pascal Pia, Paris, Club français du Livre, 1956, pp. 205-206.

(2) Cf. *La folle journée, ou le Mariage de Figaro. Comédie en cinq actes, en prose* (1784), *ibidem*, pp. 403-405.

(3) Cf. Eugène LINTILHAC, *Beaumarchais inconnu. Le monologue de Figaro avant la censure d'après fragments inédits*, en « Le Temps » (Paris), 15 mai, 1897, 3; del mismo, *Beaumarchais inédit*, en « Revue de Deux Mondes », 1 mars, 1893, pp. 154-171. Para la censura intensa que sufrió la pieza (« the most successful play of eighteenth-century France ») y la no menos intensa actividad de Beaumarchais para hacer posible el estreno *vid.* Elizabeth J. MACARTHUR, *Embodying the Public Sphere: Censorship and the Reading Subject in Beaumarchais's Mariage de Figaro*, en « Representations », 61 (1998), pp. 57-77.

I. *Teatro y economía.*

A pesar de la censura los espectadores sabían que ese castillo de puente levadizo era la terrible cárcel parisina, que la tal « cuestión sobre la naturaleza de la riqueza » escondía una compleja digresión sobre el capital circulante, la relación entre precio y valor y las finanzas públicas en una nación *ilustrada* — con más hambre de pan que de libros o comedias, dicho sea de paso — de la que tanto se hablaba y que la policía de teatros apenas podía disimular. Pues Beaumarchais (1732-1799), que conocía bien estos asuntos (letrado, financiero, negociante), cultivaba el género dramático y accedía así a un *público* indiscriminado que empezaba a formar *opinión* (4).

Desde luego, el versátil Fígaro parecía *dramatis persona* del propio Beaumarchais (el nombre del personaje vendría a ser anagrama del autor: *Fils Caron*). Relojero como su padre, no exento de problemas económicos — obligado a la continua suscripción de *billets à échéance* — al menos hasta los años 1760, hizo fortuna gracias al contratista Joseph Pâris-Duvernay, que se había enriquecido en el ramo de suministros militares. Con una intensa vida galante en París y Versalles, viajó en 1764 a Madrid llevado por ciertos negocios; la experiencia, que nos ha dejado una curiosa « Mémoire sur l'Espagne » y otros escritos de interés político-económico (« Essais sur les manufactures d'Espagne »), se vio afectada por la relación de su hermana Lisette con José Clavijo, archivero y editor de *El Pensador*: los enredos del turbulento noviazgo y las actitudes airadas del aspirante a cuñado se dirían hechos para el teatro, y en efecto no faltó quien dramatizara ese episodio (5). Tras divertirse de lo lindo en la pacata corte de Carlos III volvió a Francia con las manos vacías, pero « llevándose en la cabeza el esbozo de los acusados caracteres de los Fígaro, Rosina, Bartolo y Basilio que tanta gloria le darían en el futuro » (6).

(4) René POMEAU, *Beaumarchais ou le bizarre destinée*, Paris, PUF, 1987. Cf. también John BIGELOW, *Beaumarchais the Merchant. Letters of Theveneau de Francey, 1777-1780*, New York, Scribner and Co., 1870; Étienne BARBEROT, *Beaumarchais avocat*, Dijon, Jacquot, Floret et Cie., 1887; Charles DE VALLES, *Beaumarchais magistrat*, Paris, J. Oliveu, 1927.

(5) Se trata — nada menos — de Johann-Wolfgang GOETHE, *Clavigo* (1774), drama en cinco actos basado en las *Mémoires...* de Beaumarchais (1774). Cf. Johannes IRMSCHER, *Zu Goethes Clavigo II: Clavijo als gelehrter Korrespondent*, en « Goethe Jahrbuch », 90 (1973), pp. 293-297.

(6) Son afirmaciones de Louis de Loménie (*Beaumarchais et son temps*, 1855) que consulto en Cynthia COX, *The Real Figaro. The Extraordinary Career of Caron de Beaumarchais*, London, Longmans, 1962, p. 31; *vid.* también Guillaume HUSZAR, *Beaumarchais et l'Espagne*, en Id., *L'influence de l'Espagne sur le théâtre français des XVIII*

La suerte del monólogo prueba además la difusión que lograron los debates sobre la riqueza nacional justo en puertas de la revolución: la obra representaría una economía monetaria de valores arbitrarios y fluctuantes (7). Nuevos saberes y prácticas relativos al poder servían a viejas monarquías que ensanchaban los instrumentos tradicionales del *gobierno civil y político* apropiándose de las facultades de *gobierno económico* reservadas al cabeza de familia: se trataba de la potestad doméstica — cimiento de la futura gestión administrativa (8) — descrita en el latín de los juristas como una actividad que « non enim criminum punitionem, sed praeservationem continet, ad quam non plena est necessaria probatio, sed suspicio. Non iudicialis citatio, sed viae facti executio. Atque ita plura quae contentiosa iurisdictione iniusta forent; potestate oeconomica fieri non prohibentur, et aequissime imo, et in qualibet bene constituta Republica necessaria sunt » (9). Y así, cuanto el rey no fuese capaz de ejecutar desde su posición jurisdiccional culminante

et XIXe siècles, III, Paris, Honoré Champion, 1912, pp. 95-114, así como Jean-Pierre BEAUMARCHAIS, *Beaumarchais en Espagne*, en « Revue de Paris », 77 (1970), pp. 88-97. Cf. Brian N. MORTON, *Beaumarchais. Correspondance*, I, Paris, A.-G. Nizet, 1969, con bastantes documentos sobre José Clavijo (p. 67 y ss., 75 y ss., 111 y ss.) y agudas descripciones (p. 125 y ss.), entre otros papeles familiares y profesionales (explotación de Sierra Morena, p. 94 y ss.; negocios financieros, p. 107 y ss., 113 y ss.; suministros militares, p. 109 y ss., 143 y ss., 160 y ss.; asiento del tráfico de esclavos, p. 137 y ss.).

(7) Suzanne R. PUCCI, *The Currency of Exchange in Beaumarchais' Mariage de Figaro. From the 'Master Trope' Synecdoche to Fetish*, en « Eighteenth-Century Studies », 25 (1991), pp. 57-84.

(8) Daniela FRIGO, *La dimensione amministrativa nella riflessione politica (secoli XVI-XVIII)*, en *L'Amministrazione nella storia moderna*, I, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 21-94; de la misma, *La 'civile proportione': ceti, principe e composizione degli interessi nella letteratura politica d'antico regime*, en *Economia e corporazioni. Il governo degli interessi nella storia d'Italia dal medioevo all'età contemporanea*, Cesare Mozzarelli (ed.), Milano, Giuffrè, 1988, pp. 81-108.

(9) Son palabras del jurista levantino Cristóbal Crespí de Valldaura que analiza Luca MANNORI, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, en « Quaderni fiorentini », 19 (1990), pp. 323-504, p. 428. Más locuaz me resulta Johannes Baptista FRAGOSO, *Regimen reipublicae christianae...*, Lugduni, supt. haered. Gabr. Boissat, & Laurentij Anisson, MDCXLI (1641), pues la división del tratado en tres partes se concreta en tres tomos dedicados al reino (derecho civil), la iglesia (derecho canónico) y la casa (economía).

— por ejemplo, disponer sobre el clero y expulsar del reino a los poderosos jesuitas — podía hacerlo ahora como *padre*, y no sólo señor, de sus vasallos.

« Usando de la suprema autoridad económica, que el Todo-Poderoso ha depositado en mis manos para la protección de mis Vasallos, y respeto de mi Corona », proclamó en palabras escogidas la majestad de Carlos III (pragmática sanción de 2 de abril, 1767), « he venido en mandar extrañar de todos mis Dominios de España, é Islas Filipinas, y demás adyacentes á los Regulares de la Compañía, así Sacerdotes, como Coadjutores ó Legos que hayan hecho la primera profesión, y á los Novicios que quisieren seguirles; y que se ocupen todas las temporalidades de la Compañía en mis Dominios », con la pertinente orden de silencio (« que nadie pueda escribir, declarar, ó conmover con pretexto de estas providencias en pro ni en contra de ellas »), pues la decisión del *pater* no podía discutirse (art. 16).

A semejanza del padre natural el ecónomo supremo tenía que preocuparse de la limpieza y la fábrica de la casa, del cultivo de los campos, de las manufacturas y el tráfico mercantil... del abasto, en fin, de víveres y del bienestar general del reino; eran los retos del ahora llamado *gobierno activo*, especialmente visibles en el ámbito del comercio y las riquezas ⁽¹⁰⁾. El problema había saltado, en realidad, cuando el temerario John Law (1671-1729) convenció al regente de Francia para arreglar las penurias del Tesoro con el invento de la moneda en papel (1718-1720); de la emisión desbocada de billetes se pasó a prohibir la posesión de numerario y los pagos en efectivo por valor superior a cien libras. Admirable novedad. Si los civilistas medievales habían insistido en la naturaleza privada del dinero (« una *inventio* umana », ha escrito Paolo Grossi, « consolidatasi attraverso il costume e la consuetudine »), cuyo valor el príncipe estaba obligado a respetar, a partir del siglo XVI se abrió paso un « absolutismo monetario » que condujo a los desastres de la regencia: el dinero se quería ahora propiedad del rey, tocándole al súbdito su mero uso. Así convertida la moneda en *signo de transacción* (« no es el valor *por* el que las mercancías son intercambiadas », advirtió el banquero escocés, « sino el valor *mediante* el cual las mercancías son intercambiadas »)

⁽¹⁰⁾ Tal era la expresión que empleó José Moñino con referencia a la emisión de los vales reales y la fundación del Banco de San Carlos: cf. *Obras originales del Conde de Floridablanca, y escritos referentes a su persona*, Antonio Ferrer del Río (ed.), Madrid, M. Rivadeneira (= Biblioteca de Autores Españoles, LIX), 1867, p. 334.

se encontraba entonces sometida a consideraciones de bien público... que era juzgado según el criterio del monarca ⁽¹¹⁾.

« Por una magia totalmente nueva las palabras se juntaban y formaban edictos que nadie comprendía, y el aire se llenó de ideas oscuras y de quimeras » ⁽¹²⁾. Estos juicios, cosa de un observador contemporáneo, merecen alguna atención, pues el galimatías legislativo de John Law y del duque de Orléans al lanzar el ambicioso *systhème* de la moneda fiduciaria — tuvo que liquidarlo precisamente el citado Pâris-Duvernay, mentor de Beaumarchais — se desplegaba, al menos, en tres planos principales.

Que existía un problema de comprensibilidad por el choque de lenguajes y sentidos lo demostraría, en primer lugar, la famosa *Encyclopédie*: el « árbol de los humanos conocimientos » que le servía de introducción anunciaba aún la *economía* como la « science des devoirs de l'homme en famille », esto es, un apartado de la filosofía moral. La entrada pertinente de « ÉCONOMIE ou OECONOMIE (*Morale & Politique*) » (1755), cosa de Jean-Jacques Rousseau, trazaba con gran esfuerzo analogías y diferencias entre el régimen doméstico (« le sage et légitime gouvernement de la maison, pour le bien commun de toute la famille ») y el « gouvernement de la grande famille, qui est l'État », manteniéndose en la dirección prometida, pero no faltaron otras aportaciones — así « FERMIERS, *Econ. polit.* » (1756) y « GRAINS, *Econ. polit.* » (1757), ambas de François Quesnay — donde la flamante « science économique » rompía con la moral, apoyada exclusivamente en cálculos matemáticos ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Paolo GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, Guffrè, 1960. Cf. en general John K. GALBRAITH, *El dinero. De dónde vino, a dónde fue* (1975), trad. J. Ferrer, Espuglas de Llobregat (Barcelona), Plaza & Janés, 1977, p. 33 y ss. sobre Law y la *Banque Royale*.

⁽¹²⁾ Thomas E. KAISER, *Money, Despotism, and Public Opinion in Early Eighteenth-Century France: John Law and the Debate on Royal Credit*, en « Journal of Modern History », 63 (March 1991), pp. 1-28, p. 21. El edicto de 1720 en opinión de Voltaire sería « el más injusto de todos los tiempos [...] el límite final de una absurdidad tiránica », *ibidem*, p. 20.

⁽¹³⁾ Catherine LARRÈRE, *L'invention de l'économie. Du droit naturel à la physiocratie*, Paris, PUF, 1992; Philippe STEINER, *La science de l'économie politique et les sciences sociales en France (1750-1830)*, en « Revue d'Histoire des Sciences Humaines », 15 (2006), pp. 15-42.

Ahora bien, una vez abiertos los vasos comunicantes entre la *política* y la *economía* ⁽¹⁴⁾ los jefes familiares se sintieron autorizados como nunca antes para someter a juicio la primera: aunque intentase frenarlo la censura, en aquella « transformación estructural de la esfera pública » estudiada por Jürgen Habermas los debates en torno a la moneda, los impuestos, la oportunidad de una paz o las recurrentes carestías dominaron teatros, salones y cafés... con el auxilio impagable de la prensa ⁽¹⁵⁾.

Y finalmente: el papel se había insinuado de manera fatal como una alternativa eficaz a la moneda metálica. Bajo la presión de continuas guerras y alianzas, rapiñas del corso y agotamiento de los antiguos tributos los reyes ilustrados tuvieron que convertirse en banqueros y aprovechar un *crédito público* confiado a compañías de capital dividido en acciones tenazmente impulsadas por la corona ⁽¹⁶⁾. Con unos efectos inmediatos: superada su índole profesional (cosa de mercaderes para mercaderes) el dinero — el *savoir-faire* relativo a su manejo y la confianza, ya no solo cualidad de comerciantes, en los arcanos del crédito — interesaba a todos por igual, con independencia de ocupación o estado. Hasta el omnipresente Voltaire — el crítico más feroz del *systeme* — hubo de admitir que, a causa del escándalo provocado por Law, la gente discutía

⁽¹⁴⁾ Recuérdese que los cursos de *Jurisprudence* de Adam Smith (1762-1763, 1763-1764) partían del binomio *justice / police*, tocándole a la última, como asuntos relativamente autónomos, los tratados de « Revenue » y « Arms »; no extraña entonces que la introducción a la parte cuarta de *Wealth of Nations* presente la economía política como una « rama de la ciencia del estadista y del legislador ». Cf. *Lezioni di Glasgow*, int. e cur. di Enzo Pescianelli, trad. di Vittoria Zompanti Oriani, Milano, Giuffrè, 1989, pp. ix y ss.

⁽¹⁵⁾ *Eighteenth-Century Coffee-House Culture*, I-IV, Markman Ellis (ed.), London, Pickering & Chatto, 2006.

⁽¹⁶⁾ Para el caso inglés, con el estelar *Bank of England* (1694), Willem R. BISSCHOP, *The Rise of the London Money Market, 1640-1826* (1896), London, P. S. King & Son, 1910; para el español, encarnado en el ruinoso Banco de San Carlos, Carlos PETT, *Signos financieros y cosas mercantiles, o los descubiertos de la Ilustración cambiaria*, en *The Growth of the Bank as Institution and the Development of Money Business Law*, Vito Piergiovanni (ed.), Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 225-310; para Francia, con la recurrente (1767, 1776) y cuestionada *Caisse d'Escompte*, Robert BIGO, *La Caisse d'Escompte et les origines de la Banque de France*, Paris, PUF, 1987.

ahora los asuntos financieros; « arte oculto [...] especie de química », que provocaba la curiosidad general ⁽¹⁷⁾. Desde tal perspectiva los espectadores de *Le Mariage...* simpatizaron al instante con las perplejidades del infeliz protagonista, sabedores de los riesgos que encerraba una opinión inoportuna sobre la joven ciencia de la *economía política*.

II. *Gente de letras*.

La popularidad de la pieza fue instantánea. Parece ser que el joven Mozart (1756-1791) quedó seducido por la obra (seguramente a través de la traducción de Ludwig Huber) ⁽¹⁸⁾ y encargó al abate Lorenzo da Ponte, poeta de los teatros imperiales, el *libretto* para una ópera italiana.

Da Ponte (en realidad, Emanuele Conegliano), nacido (1749) de estirpe judía, al bautizarse junto a su familia en 1763 adoptó el nombre del obispo de su lugar natal (Ceneda, hoy Vittorio Veneto). Pasó por el seminario, cantó misa (1773) y enseñó Retórica en Treviso, pero una disertación imprudente (« Se gli uomini per le leggi e per la distribuzione della civil società abbiano il sentiero della felicità umana appianato o ristretto, o se per queste leggi medesime siano in rapporto alla loro felicità nel primiero stato rimasti ») le costó el puesto (1776). Trabajó unos años para los teatros de Viena, ciudad que dejó por Londres al morir José II. Vuelto probablemente el culto hebreo vivió *more uxorio* con la joven Nancy Grahl, con quien tuvo cinco hijos. Perseguido por sus acreedores ingleses pasó a Norteamérica y alternó el ejercicio del comercio con la docencia del italiano (Columbia College) y el teatro lírico (New York Opera Company, 1833-1835) — siempre con dudosos resultados. En Nueva York, ciudad de su residencia, publicó unas jugosas *Memorie* (1823-1827) que constituyen la principal fuente de las biografías dedicadas al personaje ⁽¹⁹⁾. Allí murió, viejísimo, en 1838.

⁽¹⁷⁾ KAISER, cit. (n. 12), p. 27.

⁽¹⁸⁾ *Der tolle Tag oder, Figaro's Hochzeit*, ein Lustspiel in 5. Aufzügen. Trad. Ludwig Ferdinand Huber, Dessau-Leipzig, G. J. Göschen, 1785.

⁽¹⁹⁾ LORENZO DA PONTE, *Memorias*, trad. Esther Benítez, Madrid, Siruela, 1991, que usaré aquí con preferencia. Entre las obras más recientes y mejor documentadas *vid.* Aleramo LANAPOPPI, *Lorenzo da Ponte. Realtà e leggenda nella vita del librettista di Mozart*, Venezia, Marsilio, 1992; Rodney BOLT, *Lorenzo da Ponte. The Extraordinary Adventures of the Man Behind Mozart*, London etc., Bloomsbury Pub., 2007 (uso versión *e-book*, sin paginar); Cyrille PYOT, *Lorenzo da Ponte. Le librettiste de Mozart, 1749-1838*, Paris, Le Harmattan, 2008.

Poco antes (1783) la primera comedia de Beaumarchais sobre el universal barbero sevillano (*Le Barbier de Séville, ou la Précaution inutile*, 1775) había triunfado en Viena con música de Paisiello (*Il barbiere di Siviglia, ovvero La Precauzione inutile*, estrenada en San Petersburgo, 1782); se quería ahora aprovechar la trama y repetir el éxito (20). A pesar del partido adverso a Mozart y de la poca oportunidad de una comedia que ridiculizaba a la nobleza con la excusa del *ius primae noctis*, la audición de unas escenas convenció finalmente al melómano emperador.

Emanuel Schikaneder, otro amigo de Mozart (primer Papageno y poeta de *Die Zauberflöte*, 1791), quiso representar la comedia en 1785, pero no fue autorizado. José II expresó sus recelos ante la obra y sugirió que el censor la rechazase o bien que introdujera «tales alteraciones en la misma que asuma la responsabilidad de su representación y eventual publicación»; no hace falta añadir que la censura prefirió vetarla, aunque fue publicada en traducción de Johann Rautenstrauch (21). Un año después llegó al público con música de Mozart en la chispeante versión de Lorenzo da Ponte.

Estrenada con aplauso en el *k. u. k. National-Hoftheater* (1 de mayo, 1786), *Le nozze di Figaro, o sia la Folle giornata. Comedia per musica tratta dal francese* pronto circuló — en italiano o en la lengua local — por todo Occidente: no faltaron capitales donde la obra de Beaumarchais se difundió gracias a esta (más edulcorada) versión musical (22). Praga (1786), Donaueschingen (1787), Berlín (1790),

(20) Enrico CHERICI, *Le nozze di Figaro de Beaumarchais a Da Ponte*, en Lorenzo da Ponte. *Librettista di Mozart*, Roma, Ministero dei Beni Ambientali e Culturali (= Atti del convegno 28-30 marzo 1988, Columbia University), 1992, pp. 247-255; LANAPOPPI, cit. (n. 19), p. 145 y ss., con énfasis en la fidelidad de *Le nozze...* a la comedia francesa; en general Daniela GOLDONI, *La vera fenice. Librettisti e libretti tra Sette e Ottocento*, Torino, Einaudi, 1985, p. 77 y ss., 164 y ss. Da Ponte también adaptó un *libretto* de Beaumarchais para Antonio Salieri (se trata de *Tarare*, ópera estrenada en el *Théâtre de la Porte Saint-Martin*, 1787) con el título de *Axur, re d'Ormus* (1788).

(21) BOLT, cit. (n. 19), cap. 8.

(22) La primera traducción española de *Le Mariage...* es cosa tardía (*El casamiento de Fígaro*, trad. de Marcial Busquets, Barcelona, Salvador Manero, 1868), pero el estreno madrileño de *Le nozze di Figaro* tuvo lugar contemporáneamente (*El matrimonio de Fígaro*, trad. de Vicente Rodríguez de Arellano, Teatro de los Caños del Peral, 1802), por empeño del tenor sevillano Manuel García: cf. Paulino CAPDEPÓN VERDÚ, *La primera recepción de la música de Mozart en España, 1787-1830*, en «Anuario Isabel I de Castilla», 1 (2012), pp. 21-39, p. 33 y ss. (y este mismo García, padre de la célebre María

Hamburgo (1791), París (1793, 1807), Madrid (1802), Londres (1812, 1819), incluso la remota ciudad de Nueva York (1824)... montaron representaciones de este clásico del teatro lírico donde palpitan los caracteres y el ambiente de una época de profunda transición ⁽²³⁾.

Quién sabe si una elemental prudencia aconsejó a Da Ponte convertir el soliloquio de Fígaro en esa reflexión algo tonta sobre los amores femeninos que encontramos en *Le nozze...* act. IV, esc. 8 (cosa que, por otra parte, gustaría al misógino José); lo cierto es que la duración de la comedia se unió a las razones de la censura para omitir toda alusión a teorías económicas: *casus belli*, lo sabemos, en su misma tierra de origen ⁽²⁴⁾. Se ha afirmado que la versión del abate italiano «perde quel desiderio di rivalsa e quella lucidità rivendicativa che aveva invece nell'opera di Beaumarchais» ⁽²⁵⁾; de cualquier modo los avatares del barbero sevillano, silenciados oportunamente en la ópera, parecían un adelanto de las tribulaciones que

Malibrán, cantó en Nueva York, convocado por el viejo libretista, el repertorio lírico mozartiano: DA PONTE, cit. n. 19, p. 260 y ss.).

⁽²³⁾ Gustave KOBÉ, *Tout l'opéra* (1976), trad. Marie-Caroline Aubert *et al.*, Paris, Robert Laffont, 1989⁹, p. 122; consulto también la nota introductoria de Emil Vogel en *Die Hochzeit des Figaro. Opera buffa im 4 Akten*, von W. A. Mozart. Klavierauszug revidiert von Gustav F. Kogel, Leipzig, C. F. Peters, s/a. A todas luces excepcional resulta el caso portugués, pues el estreno de *Le nozze...* en el Teatro de São Carlos (Lisboa) sólo tuvo lugar ¡en 1945!

⁽²⁴⁾ DA PONTE, cit. (n. 19), p. 94 y ss., con la crónica del nacimiento de esta ópera: interés del músico, escrúpulos oficiales contra la comedia, escritura y composición en mes y medio, huecos sobrevenidos en la programación del teatro, resistencias iniciales, interpretación de la partitura ante José II.

⁽²⁵⁾ CHERICI, cit. (n. 20), pp. 251-252; el *aria* de Fígaro («Aprite un po' quegli occhi») anunciaría así el asunto galante de la futura *Così fan tutte* (1790), nueva genialidad de Mozart fruto de su relación con Da Ponte (cf. act. I, esc. 1: «È la fede della femina»). Cf. Harald GOERTZ, *Mozarts Dichter Lorenzo Da Ponte. Genie und Abenteuer*, Wien, öst. Bundesverlag, 1985, p. 135 y ss. sobre *Le nozze di Figaro*, 145 y ss. sobre la manipulación del monólogo; también, Hans Ludwig SCHEEL, *Le mariage de Figaro von Beaumarchais und das Libretto der Nozze di Figaro von L. da Ponte*, en «Die Musikforschung», 28 (1975), pp. 156-173, en especial p. 160, 165 y ss., para quien el valor de la perorata final de Fígaro («ein Schlüssel zum verständnis der ganzen Kömédie») apenas inspiraría la cavatina «Se vuol ballare». Scheel admite (p. 161) que la longitud del original — noventa y dos escenas distribuidas en cinco actos — llevó a una drástica reducción que, con todo, produjo una ópera bastante larga.

el libretista vivió años después en Londres: la amenaza de cárcel por impago de un efecto — esa vía monetaria intermedia entre el metal y el papel — le obligó a huir a los Estados Unidos.

El recurso a los instrumentos cambiarios y el trasego de dinero mediante letras no fue nada extraño al propio Beaumarchais. « L'action du *Mariage de Figaro* », se ha escrito a su propósito, « fait intervenir l'argent au même titre que le désir amoureux [...] Dans *Le Mariage...* l'argent est présent de la première scène, jusqu'au dénouement ». Y todavía: « [p]endant toute la pièce, l'argent est [...] passé des mains du couple seigneurial dans celle du couple de valets »⁽²⁶⁾. Hermosa metáfora de la coyuntura histórica sin duda. Pero ahora no interesa tanto perseguir esas pistas — que acaso permitirían aproximar la actitud del escritor a las ideas redistributivas de Rousseau⁽²⁷⁾ — cuanto destacar que Caron de Beaumarchais, arquetipo del *hombre de letras* iluminista, mantuvo con las de cambio una estrechísima relación: sus cartas españolas no carecen de referencias a efectos cuyo cobro le interesaba el padre — así una enérgica misiva dirigida a la condesa de Benavente — pero también a títulos que el escritor-negociante necesitaba para mover dinero y financiar su estancia.

¿Hará falta recordar que, pocos años después, otro compositor italiano, también fascinado por Fígaro, dio sus primeros pasos en la escena lírica con una *farsa comica in musica* titulada precisamente *La cambiale di matrimonio*? Esta obra juvenil del celeberrimo Gioacchino Rossini (1792-1868)⁽²⁸⁾ nos aporta nuevas pruebas de la transformación sufrida por la letra de cambio en el curso del siglo ilustrado.

(26) Marie-Françoise LEMONNIER-DELPY, *Nouvelle étude thématique sur "Le Mariage de Figaro" de Beaumarchais*, Paris, Sedes, 1987, p. 166 y ss., 171.

(27) « Les puissants et les riches n'estiment leur prétendu bonheur qu'en tant que les autres en sont privés », escribió Beaumarchais en sus *Notes et réflexions* (cf. LEMONNIER-DELPY, p. 177), « et beaucoup d'entre eux sans changer d'état cesseraient d'être heureux si le peuple cessait d'être misérable ». A la luz de los últimos análisis sobre el pensamiento económico de Rousseau (*vid.* Jimena HURTADO, *Jean-Jacques Rousseau: économie politique, philosophie économique et justice*, en « Revue de philosophie économique », 11 [2010], pp. 69-101) la comunidad de ideas resulta evidente.

(28) Cf. STENDAHL, *Vida de Rossini, seguida de Notas de un dilettante*, trad. Consuelo Bergés, Madrid, Aguilar, 1987, p. 294: « *La cambiale* [...] escrita en Venecia para la *stagione dell'autunno*. Esta ópera fue la primera de Rossini puesta en escena; cantada, en San Mosè, por Rosa Morandi, Luigi Raffanelli, Nicola de Grecis, Tommaso Ricci ». Y *La cambiale di matrimonio* nos devuelve a *Le Mariage de Figaro*, pues su texto pertenece a Gaetano Rossi (1774-1855), autor de otra versión lírica de la comedia de Beaumarchais que se estrenó en Venecia (1799) con música de Marcos [António de Fonseca] Portugal (1762-1830).

El asunto de la farsa rossiniana se desencadena a partir del efecto que gira el canadiense Jo Slook, corresponsal de Tobías Mill, comerciante y padre de Fanny, con promesa de desposar a una joven portadora, dotada de ciertas cualidades (« [a]rrivandomi ben condizionata [...] colla presente lettera per marca, o con copia legalizzata, a scanso d'equivoco, io m'impegno di far onore alla firma, e sposare chi la presenterà, a due giorni data, od anco a vista, come meglio », esc. 2); Tobía presenta entonces a su hija, provista de la cambial apetecida: « Signor Slook: v'abbiamo provveduto la Moglie dell'età, qualità, condizioni ricercate, con tutti gli attestati. Essa è l'unica nostra figlia Fanny, che vi esibirà la presente col confronto, e contrassegna della vostra: pagate a lei dunque a vista, o due giorni data, com'è di vostro comodo, i debiti e obbligazioni che avete incontrati. In fede, Tobía Mill » (esc. 7). Pero Fanny es « capitale [...] ipotecato » al estar enamorada de Eduardo Milford, « computista » de Tobías; entre las amenazas de ambos amantes y el respeto sincero por los sentimientos ajenos el canadiense endosa el compromiso en presencia del padre (« io potevo protestarvi, e alla borsa danneggiarvi: ho scoperto un acquirente, ed io senza perder niente, ho girata la cambiale, e ceduto il capitale, che fruttare in capo a un anno, un nipote vi farà »), logrando finalmente que Tobías acepte la unión con Eduardo (esc. última) (29).

La cambiale di matrimonio se estrenó en 1810. Obra menor y pronto olvidada, atestigua como digo la difusión de un instrumento financiero que antes del siglo XVIII había sido cosa de profesionales del comercio (30). Y aunque a mediados de esa centuria la *Encyclo-*

(29) Según cabía esperar tampoco ahora el *libretto* fue original: Rossi adaptó una pieza de Philippe Poisson (1682-1743), autor de la generación anterior (cf. *Le mariage fait par lettre de change*, 1735).

(30) La literatura jurídica sobre la letra se extendió en el siglo XVIII: cf. Karl Otto SCHERNER, *Die Wissenschaft des Handelsrechts*, en *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II/1, Helmut Coing (Hr.), München, C. H. Beck, 1977, pp. 797-997, p. 844 y ss., 883 (Baldasseroni, 1784); 895 (Domínguez Vicente, 1732; Suárez Núñez, 1788); 925 (Dupuy de la Serra, 1690; Masson, 1736; Fuleman, 1739; Pothier, 1763); 965-966 (veintisiete obras de expresión alemana); 988 (Desaguliers, 1701; Retz, 1766); 997 (Dilthey, 1772). Para el Reino Unido, cf. Christopher McNALL, *Bills of Exchange in English Common Law*, en *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, II, Stanley N. Katz (ed.), Oxford, University Press, 2009, pp. 291-293, con idéntica conclusión: « the appearance of treatises and practitioner's texts on the law of bills of Exchange — for instance, by John Bayley (1789), Stewart Kyd (1790), and Joseph Chitty (1799) — showed that the law and practice of bills of Exchange became complex and the instruments common »; también Mary POOVY, *Genres of the Credit Economy. Mediating Value in Eighteenth and Nineteenth-Century Britain*, Chicago and London, Chicago University Press, 2008, p. 153 y ss. sobre « The Paper Age » (en brillante expresión de Carlyle).

pédie advertía — de manera algo trasnochada ⁽³¹⁾ — que la « [L]ettre de Change, est une espèce de mandement qu'un banquier, marchand ou négociant donne à quelqu'un pour faire payer dans une autre ville à celui qui sera porteur de ce mandement la somme qui y est exprimée » (IX, p. 417), sus autores no tenían otro remedio que añadir que, a esas alturas, las letras se giraban, endosaban, aceptaban e incluso — en los mejores casos — se pagaban por gentes de toda condición, sometidas entonces a la justicia mercantil y al régimen previsto en relación con los comerciantes insolventes: « [L]es personnes d'une autre profession qui tirent, endossent ou acceptent des *lettres de change*, deviennent pareillement justiciables de la juridiction consulaire, & même soumis à la contrainte par corps » ⁽³²⁾. La complejidad de la permuta de monedas en el antiguo cambio trayecticio requería disponer del saber comercial que sin embargo sobraba cuando la letra pasó a ser un medio de pago universal e instrumento de crédito; se cerraba así el ciclo que conducía — por emplear los términos añejos de nuestro Código de comercio (1885) — del *contrato* a las *letras* de cambio.

« C'est pourquoi il ne convient point à ceux qui ont des bienséances à garder dans leur état », añadía la Enciclopedia, « de tirer, endosser ou accepter des *lettres de change* ». Ahora bien, aquellos que, como el propio Beaumarchais, recorrían el mapa de Europa por una u otra razón necesitaban de los efectos cambiarios y aprovechar sus varias funciones: viajar sin impedimento ni riesgos (transferencia), trocar monedas (cambio), disponer de crédito (mutuo) ⁽³³⁾. Instrumento utilísimo, como vemos, pero también peli-

⁽³¹⁾ « To open the *Encyclopédie* at COMMERCE, NÉGOCE, or LETTRE DE CHANGE », afirma un estudioso, « is to enter the archaic world of Savary's *Parfait négociant* ». Cf. Robert DARNTON, *The Business of Enlightenment. A Publishing History of the Encyclopédie 1775-1800*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1979, p. 531.

⁽³²⁾ *Encyclopédie*, cit., p. 419. En derecho inglés la jurisprudencia primero (*Sarsfield v Whiterley*, 1689) y la legislación después (*Promissory Notes Act*, 1704) abrieron definitivamente paso a la fuerza ejecutiva, y por ende a la negociabilidad, de letras y pagarés, con extensión del viejo *law merchant* a cualquiera que interviniese en una relación cambiaria: McNALL, cit. (n. 30). Pero sobre estas cuestiones volveremos.

⁽³³⁾ Probablemente una lectura exhaustiva de los relatos de viajeros ilustrados documenta estas cuestiones; aparte cuanto aquí interesa, sin dejar el círculo de los literatos, cf. Carlo GOLDONI, *Memorie. Con un'appendice di scritti goldoniani*, a cura di Guido Davico Bonino, trad. Eugenio Levi, Torino, Einaudi, 1993, p. 195.

groso. Ilustrado, cortesano y viajero, hombre al fin de su tiempo, Lorenzo da Ponte vivió rodeado de letras ⁽³⁴⁾, y las letras de cambio fueron su desgracia cuando la muerte de José II truncó su carrera en Viena. « Búsquese el pan en Rusia, en Inglaterra o en Francia », le aconsejó Giambattista Casti, otro pícaro abate italiano — autor de la sátira *Gli animali parlanti* y de varios libretos para Antonio Salieri — que había sufrido en carne propia la ingratitud del nuevo emperador cuando era gran duque de Toscana; la muerte temprana de Leopoldo II terminó por convencerle y en 1792 emprendió Da Ponte un largo peregrinaje que acabó, recordaremos, en los Estados Unidos.

No iba el libretista sobrado de capital (« seiscientos o setecientos florines [...] [y] una bolsita de monedas de oro de un valor de unos cien florines »), que además mermó el extravío momentáneo de esas pocas monedas. Cuando pasó por Praga, la capital de sus grandes éxitos con Mozart (« solo los bohemios [...] entendieron [nuestras óperas] [...] a la primera representación »), se acordó de Giacomo Casanova (1725-1798), el famoso y ya decrepito libertino — modelo probable del mejor entre todos sus personajes ⁽³⁵⁾ — que malvivía como bibliotecario del conde Waldstein en el cercano castillo de Dux (Duchcov); esperaba cobrar una pequeña suma (« me debía unos cientos de florines », p. 140) que le dejó, quién sabe cuándo ni cómo, durante algún encuentro en la capital austríaca.

Las *Memorias* recogen la anécdota de forma repetida por la razón que enseguida se verá, mas no consta que esa deuda tuviera relación con algún documento cambiario (« encontré abiertas en toda ocasión mi casa y mi bolsa », expresa genéricamente Da Ponte, p. 143). De todas formas, que podía tratarse de una letra se deduce de otro pasaje donde vemos a Casanova solicitando fondos para montar « una fiesta china »; la operación se haría por

⁽³⁴⁾ Por ejemplo, DA PONTE, cit. (n. 19), p. 115 y ss., con referencias a la « cédula de cincuenta florines » que le dio un marqués Gallo, así como a las gestiones cerca de Leopoldo II de « un tal Lattanzio [...] falsificador de letras de cambio escapado del presidio de Roma ». Enseguida veremos más ejemplos.

⁽³⁵⁾ *Il dissoluto punito, ossia il Don Giovanni. Dramma giocoso in due atti*, estrenada en Praga (Stavovské divadlo, 1787) tras el éxito apoteósico de *Le nozze...* Cf. Paul NETTL, *Casanova und seine Zeit. Zum Kultur- und Musikgeschichte des 18. Jahrhunderts*, Esslingen, Bechtle Verlag, 1949, p. 152 y ss. Pero el ardiente Cherubino de *Le nozze...* viene a ser un Don Giovanni en ciernes.

el giro de un efecto, destinado a inmediato descuento (« necesito sólo mil piastras; prestadme una letra por dicha suma pagadera a dos meses, que atenderé a su debido tiempo », p. 256). Pero Casanova, « que tenía tan llena de proyectos la cabeza cuanto a menudo vacía la bolsa », no pudo finalmente financiar su plan.

« [C]omo no podré devolverle nunca ni estos [cequíes] ni los otros que le debo, le daré tres recordatorios », advirtió a Da Ponte el libertino, « si quiere vuestra merced hacer fortuna, no vaya a París, vaya a Londres; pero cuando esté allá, no entre nunca en el Café de los Italianos, y [sobre todo] no escriba nunca su nombre » (p. 141). El ambiente de la capital francesa no aconsejaba desde luego la visita, a pesar (o precisamente a causa) de una carta del emperador — estamos en 1792 — que lo recomendaba a su hermana, la reina María Antonieta; por el contrario, la unión del literato con la hermosa Nancy (Ann Celestine) Grahl, joven judía de origen inglés que había conocido en Trieste, favoreció el viaje a Inglaterra ⁽³⁶⁾. Y esa fue la única advertencia que al final Da Ponte respetó: « ¡Ojalá hubiera seguido religiosamente su consejo », lamentó luego en sus *Memorias* (p. 141); « [c]asi todos los males y pérdidas que sufrí en aquella ciudad [de Londres] [...] nacieron de haber frecuentado el Café [...] y de haber firmado imprudentemente y sin entender las consecuencias con mi nombre ». Y así, aunque su estancia inglesa produjo trabajos literarios (y algunas experiencias comerciales), resultó también ruinoso: tuvo que esquivar la prisión huyendo al Nuevo Continente [...] para no volver jamás ⁽³⁷⁾.

« Credo bene, che [Da Ponte] non piacerà agli inglesi »,

⁽³⁶⁾ Lorenzo da Ponte albergó la intención de volver a su tierra natal, pero — como Casanova años atrás — sufría pena de destierro: « cerca di ritornare in patria questo sciagurato autore, ma cerca dopo alcuni anni la sua grazia sopra un bando di quindici, che per conto [del Tribunale della] Bestemmia egli tiene sopra il suo capo », en Pompeo MOLMENTI, *Carteggi casanoviani, II. Lettere del patrizio Zaguri a Giacomo Casanova*, [Milano], Remo Sandron, s/a, carta de Pietro Zaguri a Casanova, 11 de junio, 1791 (pp. 139-144), p. 141; también, del mismo al mismo, 4 de octubre, 1792 (pp. 196-198): « Del Ponte ditemi tutto il resto. Un strano uomo: noto per esser canaglia di mediocre spirito con grandi talenti per esser letterato, e fisiche attrattive per esser amato », p. 197.

⁽³⁷⁾ Alfred LOEWENBERG, *Lorenzo da Ponte in London. A Bibliographical Account of his Literary Activity, 1793-1804*, en « The Music Review », 4 (1943), pp. 171-189.

escribió al forzado bibliotecario un amigo común, « e ogni dì gli arriverà un accidente » (38). El aviso contra el Café de los Italianos — se trataba del *Prince of Orange* en Cockspur Street, lugar favorito de encuentro de la colonia cisalpina — tenía que ver con las experiencias personales de Casanova, víctima en Inglaterra de grandes desengaños.

« Le plus mal famé de Londres », escribe Casanova sobre el *Orange*, « celui où se réunissait la lie des mauvais sujets de l'Italie qui venaient à passer la Manche. J'en avais été informé à Lyon, et je m'étais fortement proposé de ne jamais y mettre les pieds » (39). Pero entró por casualidad recién llegado a la capital inglesa y tuvo ocasión de conocer a Vincenzo Martinelli (1702-1785), erudito toscano que corregía allí mismo las pruebas de una edición de Bocaccio; como trabaron cierta amistad Martinelli le sugirió que evitara a toda costa ese Café, « le plus décrié de Londres ».

Y de ahí la tercera admonición, esto es, nunca firmar un papel: según tuvo Da Ponte ocasión de averiguar, Casanova se refería a las letras de cambio, ese arma financiera de doble filo — perfectamente transmisible por endoso, llegada esta fase de su historia jurídica — que le había acompañado a lo largo de su vida (40).

Con continuos altibajos de fortuna, viviendo de las mujeres, el juego y otras

(38) Carta de Zaguri a Casanova, 28 de octubre, 1792 (pp. 208-218), en MOLMENTI, cit. (n. 36), p. 210, en alusión a un asunto galante acontecido cuando Da Ponte se alojó en su casa (cf. DA PONTE, cit. n. 19, p. 168 y ss.; LANAPOPPI, cit. n. 19, p. 76 y ss.). Aunque no por asuntos de dinero la amistad del libretista y el libertino (LANAPOPPI, p. 166 y ss.) se había deteriorado: cf. Casanova al conde Collalto, 2 de marzo, 1789 (en Giacomo CASANOVA, *Epistolario, 1759-1798*, Piero Chiara [ed.], Milano, Longanesi, 1969): « [v]orrei sapere se l'Abbate da Ponte resterà. Egli non mi scrive più. Andò in collera perché non lodai le sue poesie. Chi adula non è amico », pp. 249-250; también, del mismo al mismo, 10 de abril, 1790: « bramo di sapere [...] se sia vero che l'opera buffa italiana costì sia dal nuovo monarca congedata. Mi dispiacerebbe per l'Abbate da Ponte, quantunque egli mi abbia dimenticato », pp. 266-267.

(39) Jacques CASANOVA DE SEINGALT, *Mémoires. Histoire de ma vie*, [Paris], Arléa, 1993, cap. CV, p. 1427.

(40) Entre centenares de papeles de cuentas — a lo que sé, aún por estudiar — Casanova dejó varias páginas con cotizaciones de los cambios en Trieste: *vid.* A. MAHLER, *Catalogue des manuscrits de Casanova conservés au Château de Dux en Bohême*, en « Revue des bibliothèques », 15 (1905), pp. 43-54; en general, Carlo MEUCCI, *Casanova finanziere. Avventure di denaro e d'amore*, Milano, Mondadori, 1932.

mil invenciones Casanova — también se hizo llamar caballero de Seingalt ⁽⁴¹⁾ — no le hizo ascos a los negocios: trató al mentor de Beaumarchais (el recordado Pâris-Duvernay, « cet homme fameux qui avait sauvé la France du gouffre où, quarante ans auparavant, le système de Law avait failli la plonger », cap. LV, p. 659), trabajó en la administración de loterías (« mon ridicule emploi de receveur de la loterie », cap. LXIV, p. 807), creó en Lyon una fábrica de sedas estampadas bajo la forma de sociedad de capital (cap. LXIII, p. 788), negoció con ventaja en Holanda acciones de la Compañía sueca de las Indias y un empréstito por cuenta del reino de Francia (cap. LX, p. 734). Impenitente viajero (cap. CXXIII, p. 1696; cap. CXXXIII, p. 1869) su autobiografía está repleta de noticias sobre letras de cambio, tanto propias (cap. LXIV, p. 808; cap. LXIX, p. 879; cap. LXXXVI, p. 1128; cap. LXXXVII, p. 1146; cap. LXXXIX, p. 1177; cap. XCI, p. 1192) como ajenas (cap. LX, p. 745; cap. LXXXVI, p. 1137) y aun falsas (cap. LXXXIII, p. 1091; cap. LXXXVI, p. 1132; cap. CXVI, p. 1589), cuando no ya negociadas (cap. LXV, pp. 818-819, por deuda de juego, lo que fue cosa frecuente: cap. LXXVI, p. 972; cap. CXVI, p. 1589), incluyendo por supuesto la práctica del descuento (cap. LXV, p. 818; cap. LXXVII, p. 997; cap. CXIV, p. 1565; cap. CXV, p. 1584). En fin, tan bien conocían Casanova y sus amigos la dinámica de estos efectos comerciales que la terminología de la práctica cambiaría le servía para describir la búsqueda de heredero por parte de un anciano marqués napolitano ⁽⁴²⁾.

La estancia inglesa del aventurero veneciano en los años 1763 y 1764 significó un punto de inflexión en la azarosa curva de su vida (cf. cap. CIX, p. 1492). Llegó todavía joven y salió quejoso y envejecido. Disponía de una auténtica fortuna y huyó del país perseguido por los acreedores. Una enfermedad venérea alteró su fortaleza física; en adelante, con el episodio culminante acaecido en

⁽⁴¹⁾ « [C]ar dès qu'un honnêt homme adopte un nom qui n'appartient à personne, nul n'a le droit de le lui contester, et il est de son devoir de ne plus le quitter », pero a veces la doble identidad le trajo problemas con las autoridades, que zanjó alegando la aceptación de ese nombre entre los banqueros (cap. XC, pp. 1182-1183). Cf. también cap. CXVI, p. 1590, sobre « un marquis Dragon qui se faisait appeler d'Aragon »; cap. CXIII, p. 1551: un M. de Claude, que « c'est le célèbre jésuite Lavalette qui a fait la fameuse banqueroute qui a ruiné en France la Société de Jésus ».

⁽⁴²⁾ Así cap. CXXXIII, p. 1865 (« un petit marquis à neuf mois date »), etc. En *Soliloque d'un penseur* (1786) la letra representa la superstición popular en cosas de religión, que giraría con general aceptación: « [I]'habit du pèlerin est un lettre de change à vue tirée sur tous les dévots, et si la personne qui porte cet habit est une jolie pèlerine, la lettre de change est acceptée par tous le libertins sur toutes les routes »; *Saggi, libelli e satire di Giacomo Casanova*, Piero Chiara (cur.), Milano, Longanesi, 1965, p. 396 y ss., p. 436.

casa de un judío anconitano (cf. cap. CCCXXXIX, pp. 1959-1960), la *Histoire...* nos ofrece la crónica de un declive imparable.

En tal estado permanecía Casanova cuando el poeta de Mozart le recordó aquellos tristes momentos ⁽⁴³⁾. « L'Anglais, se renfermant dans les droits que les lois lui confèrent, ne se permettant que ce que le lois ne défendent pas, est brusque, intractable et grossier [...] Rien en Angleterre n'est comme dans le reste de l'Europe » (cap. CV, p. 1425), anotó recién llegado a Londres, con una mezcla de admiración y recelo; entre tantas y grandes diferencias (limpieza urbana, buenos caminos, óptimas postas... incluso una cerveza tan amarga que nunca supo beber) le chocó, en particular, la rara relación que mantenían los ingleses con el dinero. Al trocar en la posada sus luises por guineas se extrañó de no perder con los cambios (*ibidem* p. 1424). Presentó sus respetos — traía más de trescientos mil francos en títulos — a los banqueros locales, todos dispuestos a servirle de inmediato (*ibidem* p. 1431). Y cuando jugó y perdió al *whist* en los primeros días de su estancia cometió el desliz de saldar la deuda en contante: « chez nous », le advirtió una dama, « payer en or ou en monnaie sonnante est un manque d'égard que l'on pardonne à un étranger qui ne peut connaître nos usages » (*ibidem* p. 1436) ⁽⁴⁴⁾. « Ce qui attira d'abord mon attention » — había observado, nada más cruzar el canal de la Mancha — « ce fut [...] la facilité de les payer avec un morceau de papier » (*ibidem* p. 1426), y aquel Martinelli editor de Bocaccio que había conocido en el Café de los Italianos le explicó las razones ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ Giuseppe CENGIAROTTI, *Gli ultimi anni di Giacomo Casanova in Boemia. Note storiche, 1785-1798*, Firenze, Atheneum, 1990. Para lo que sigue, Horace BLEACKLEY, *Casanova in England...*, London, John Lane - The Bodley Head Ltd., 1923.

⁽⁴⁴⁾ « Au reste », añadió la señora, librándole de excusarse con la ganadora, « elle a pu être surprise, mais non offensée, car elle y gagne quinze shillings », lo que supone (el jugador había perdido quince guineas) un quebranto de un chelín por guinea al hacer efectivo el título.

⁽⁴⁵⁾ Hubo otras. Para James S. ROGERS, *The Early History of the Law of Bills and Notes. A Study of the Origins of Anglo-American Commercial Law*, Cambridge, University Press, 1995 (rep. 2004), la crecida circulación de efectos en la práctica inglesa del siglo XVIII se debió a la falta de otros medios de pago; así, en el Lancashire corazón de la revolución industrial fue bastante lenta la aparición de establecimientos bancarios y el uso de los billetes del *Bank of England*, de modo que « the circulating medium of the

« Comme j'avais sur le cœur l'impolitesse que j'avais faite en payant en belles pièces d'or ce que j'aurais dû payer en papier, il me raisonna sagement sur le crédit de la nation, me démontrant que c'était une marque certaine de la prospérité nationale; car la préférence que les Anglais donnent à leur papier sur leur or témoigne de leur entière confiance dans leur banque; confiance qui peut être aveugle, mais d'où résulte une source de richesse. A la vérité, cette confiance peut être détruite par l'abus que le gouvernement peut faire de la facilité d'augmenter sa richesse factice; et si jamais cela arrivait, comme c'est possible, soit par une guerre malheureuse ou par tout autre événement, une banqueroute serait immanquable et nul ne peut en calculer les résultats » (cap. CV, p. 1436). Y el papel servía también para prometer recompensa a damas de dudosa conducta (cap. CVI, p. 1444).

Ahora bien, mantener el crédito en función exigía revestir los títulos de fuerza jurídica. Una antigua amante, que vivía a todo trapo en el Soho gracias a las fiestas montadas en su salón, le escribió desde la prisión del *King's Bench* en petición de ayuda. Había desempeñado sus porcelanas con doscientas libras obtenidas por el giro de una letra; no pudo honrarla, fue arrestada y necesitaba un fiador. « [S]i je n'avais pas signé la malheureuse lettre de change », escribió a Casanova, « je n'aurais pu donner le dernier bal, car j'avais toute ma vaisselle et ma porcelaine en gage » (cap. CVI, p. 1450); en lo sucesivo la señora sólo se dejó ver los domingos, « le seul jour de la semaine où [elle] pût courir les rues de Londres sans courir le risque qu'un huissier ou un constable lui mît la main dessus pour l'arrêter » (cap. CVIII, p. 1487). Algo después le tocó al caballero intentar una cobranza: otra deuda de juego, saldada esta vez con billetes de banco y una letra de doscientas guineas que uno de los perdedores ofreció endosarle para proceder a su descuento. « Je ne me connais pas en effet de commerce », respondió desconfiado; hizo bien, pues nadie había tratado a los obligados cambiarios allí descritos (librador, aceptante y tenedor-endosante: esto es, el propio jugador interesado). Al día siguiente se supo que los billetes eran falsos, por lo que pidió y obtuvo la detención de aquellos dos sinvergüenzas; uno se dio a la fuga y del otro, un aventurero alemán, sintió lástima: « comme il s'agissait de faux billets, il aurait été conduit à Newgate et courait grand risque d'être pendu » (cap.

region consisted primarily of mercantile bills of exchange », p. 123. Pero estos asuntos fueron magistralmente tratados por Joseph A. SCHUMPETER, *Historia del análisis económico* (1954), trad. Manuel Sacristán, Barcelona, Ariel, 1982, p. 758 y ss.

CVIII, pp. 1484-1488; Newgate, situada en la *city*, era la cárcel de los condenados a pena capital). En fin, más noticias del *King's Bench*, en esta ocasión por cinco *billets à ordre* (cinco *promissory notes*, en terminología anglosajona) le llevaron a intervenir a favor de otro deudor italiano (cf. *ibidem* p. 1489).

Las alegrías de *bon viveur* que despreciaba el valor del dinero, la afición al juego y el gusto por las relaciones sociales terminaron de hundirle cuando sus continuos amoríos habían disipado ya casi todos sus recursos. A punto de dejar Londres le echó todavía una mano a un tal barón Stenau; el joven necesitaba fondos y tenía una letra « [tirée] á vue sur une des premières maisons de Cadix ». Bien conocido a esas alturas en Lombard Street, Casanova tomó la letra y la descontó sin gran esfuerzo en una casa de banca que buscaba crédito sobre la plaza española... Pero lo peor estaba por llegar: « [I]a lettre de change que vous m'avez donnée est fausse », se quejó luego el tenedor, « remettez-moi de suite cinq cent vingt guinées que je vous ai données, et si celui que vous a trompé ne vous rembourse pas, faites-le arrêter. De grâce, ne m'obligez pas à vous faire arrêter demain, et ne perdez pas de temps, car il s'agit de votre vie ». Casanova cogió un arma y salió en pos de Stenau; el falso barón se había dado a la fuga ⁽⁴⁶⁾. Enfermo y casi sin blanca, el libertino descontó otra letra y salió de estampida hacia Calais (cap. CXIII, pp. 1555-1557).

Esos desagradables recuerdos bullirían en la testa de Casanova cuando previno a Da Ponte de los peligros que tenía en Inglaterra la simple firma de un papel. « Ici le nom ne fait rien et la valeur fait tout », le había explicado un empleado de banca. « La connaissance d'un homme consiste à savoir de combien il peut disposer. En effet, qu'importe un nom? Demandez-moi mille livres et faites-moi votre quittance, en ma présence, prenant le nom d'Attila ou de Socrate, et cela me suffit. Vous ne me rembourserez pas comme Seingalt, mais comme Socrate ou Attila, et nous rions ». ¿Y qué pasaría tratándose de letras? « C'est une autre chose, car je dois les signer du même nom que le tireur me donne » — « Je ne comprends point cela » —

(46) Casanova supo en Riga que Stenau había sido colgado en Lisboa, triste víctima de sus fechorías (cap. CXVI, p. 1589).

« Vous n'êtes pas ni Anglais ni commerçant » (cap. CVIII, p. 1479) ⁽⁴⁷⁾.

No ejercía Da Ponte aún el comercio, mas el tráfico con las letras de cambio — ese medio privilegiado para trasladar o conseguir dinero y saldar de golpe varias obligaciones — estaba, como sabemos, al alcance de cualquier viajero. Y el poeta — que tampoco era inglés — no tardó en descubrirlo. Llegado a Inglaterra, sin trabajo en Londres ni apoyos del amigo Casanova (o del conde Waldstein su patrono: « due cento fiorini sono una bagatella per lui [...] una picciola cambiale in una lettera farà il medesimo effetto ») ⁽⁴⁸⁾ se marchó a los Países Bajos con las pocas guineas que ganó gracias al *libretto* de una *opera seria*. Más fracasos: « i miei versi non vaglion la pelle d'un cane in questi paesi » ⁽⁴⁹⁾. Andaba preocupado por una letra de cambio que había dado a un usurero ⁽⁵⁰⁾ cuando por fin llegó su salvación: le llamaban al *King's Theatre* de

⁽⁴⁷⁾ Recordemos que el actualísimo *Uniform Commercial Code* (2002, para la materia de « Negotiable Instruments ») establece que « a signature may be made (i) manually or by means of a device or machine, and (ii) by the use of any name, including a trade or assumed name, or by a word, mark, or symbol executed or adopted by a person with present intention to authenticate a writing » (art. 3-401).

⁽⁴⁸⁾ Da Ponte a Casanova, Londres, 2 de abril, 1793 (ed. MOLMENTI, cit. n. 36, pp. 279-282); del mismo al mismo, Rotterdam, 29 de agosto: « [u]na cambiale di 200 fiorini per Mr. de Lys, o per altro banchiere di Bruxelles, mi trarrà di morte a vita » (*ibidem* pp. 292-292). Tampoco sacó mucho más cuando coincidió con Waldstein — corto a su vez de recursos tras hacer en París de Pimpinela Escarlata: del mismo al mismo, Londres, 19 de enero, 1794 [*sic*, por 1793] (*ibidem* pp. 273-277); 10 de mayo (*ibidem* pp. 282-290). Ni siquiera prosperó una súplica en verso destinada al noble bohemio (« Ma non tardar per Dio, perché prevedo / Che se la mia miseria è ancor più lunga / Non basteran gli articoli del Credo / A far che il creditor non mi raggiunga »), La Haya, 13 de octubre, 1793 (*ibidem* pp. 298-304); una rápida alusión a la poética petición en *Memorias*, cit. (n. 19), p. 148.

⁽⁴⁹⁾ Da Ponte a Casanova, Amsterdam, 27 de septiembre, 1793 (ed. MOLMENTI, cit. n. 36, pp. 294-297); más abajo vuelven las quejas: « [s]e non può far altro per me — *miserere animi non digna ferentis* — se può fare di più, *fac cito* perché *periculum in mora*; e se non ho visitata la prigione di Londra, potrei ben correr rischio di visitarla qui, *Ove ospitalidade è ignota Dea* », p. 297. Cf. LANAPOPPI, cit. (n. 19), p. 259 y ss.

⁽⁵⁰⁾ « Sono stato obbligato a prendere jeri duecento fiorini da un Ebreo », escribió a Casanova en la citada misiva de 13 de octubre, « con patto di pagarli in ventiquattro giorni: ho pagato un sol zecchino d'interesse, ma ho dovuto fare una Cambiale, alla cui scadenza o bisogna pagare, o si va in prigione. Ecco l'epilogo della storia, e di tutte le immaginabili conseguenze ».

William Taylor, empresario londinense de la ópera italiana ⁽⁵¹⁾. Pero no duró mucho su alegría. Taylor se mostró indiferente con el nuevo libretista («alguien que había sido diez años poeta de José II, príncipe que era un verdadero modelo de afabilidad, bondad y cortesía», cf. *Memorias*, p. 151). Se le encomendó buscar algún cantante y se trajo al amigo Martín y Soler, otro músico que había triunfado con Da Ponte (*Una cosa rara*, 1786; *L'arbore di Diana*, 1787) en aquellos años felices de la Viena josefina; sin embargo las cosas no salieron bien por las rivalidades de dos feroces sopranos y las intrigas continuas de los asiduos al Café: en dos años sólo había escrito tres óperas, recibidas con desigual fortuna. Para más *inri* Taylor comenzó a servirse del poeta en sus locos manejos financieros.

«Estando yo un día con él y con la Banti», escribió en las *Memorias* (pp. 158-159), refiriéndose al empresario y a su amante, la soprano *seria* Brigitta Giorgi Banti, «me preguntó en tono chancero si creía poder encontrar dinero para él. ¿De qué manera?, dije. Se sacó entonces del bolsillo varias letras endosadas por Federici y aceptadas por él [...] Al salir de su casa me decía para mis adentros: ¿Dónde encontraré el dinero yo, que soy poeta, tengo un salario hartó módico y apenas entiendo qué significa 'aceptar', 'endosar' o letra de cambio? [...] Corrí [...] a la tiendecita [...] presenté mi letra [...] y me dio una orden sobre el banco de Londres [...] Cuando alargué la mano para cogerla, me tendió en cambio la pluma y me pidió que escribiera mi nombre debajo del de Federici en la letra entregada. Yo, que no sabía el valor o las consecuencias de tal firma, creí que no era sino una formalidad o un recibo; mas en cuanto vi mi nombre en aquel papel, se me vino a las mientes que uno de los tres recordatorios de Casanova había sido no escribir nunca mi nombre sobre una letra en Inglaterra».

Tan ignorante se decía Da Ponte en tales asuntos — a pesar de las experiencias que había tenido en Viena o en los Países Bajos — que una nota de sus *Memorias* aclaraba al lector — cito esta vez la obra en lengua original — que

⁽⁵¹⁾ DA PONTE, cit. (n. 19), p. 150 y ss.; LOEWENBERG, cit. (n. 37), p. 176 y ss. Sobre el ambiente lírico de Londres nos ilustra también el divertido Michael Kelly, otro de la *troupe* del libretista (LANAPOPI, cit. n. 19, p. 113 y ss.): cf. *Reminiscences of Michael Kelly, of the King's Theatre and Theatre Royal Drury Lane...* I-II, London, Henry Colburn, 1826²; S.M. ELLIS, *The Life of Michael Kelly. Musician, Actor, and Bon Viveur, 1762-1826*, London, Victor Gollancz, 1930, p. 105 y ss., 335 y ss. sobre Da Ponte en Londres.

« [i]ndossare è termine tecnico de' mercadanti; e non significa 'addossarsi', ma segnar il proprio nome sul dosso della ambiale, e questo vuol dire, pagherò quella somma se pagata non è dall'acettore. Non trovi questo verbo se non nel *Dizionario* di Baretti, in questa significazione » (52).

La última precisión es de interés, pues el diccionario utilizado desconocía, a pesar de todo, el sentido mercantil del término en sus ediciones más antiguas (53), demostrando así — según cabía esperar por la cronología de los tratados sobre derecho cambiario — que el avance del siglo y, por ende, la popularización de los instrumentos crediticios llevó hasta los vocabularios de uso general expresiones misteriosas que hasta entonces eran parte del léxico profesional del comercio.

No se trata aquí de improvisar su historia, ni siquiera con el alcance limitado que interesa; conviene sin embargo recordar que el idioma español disponía desde 1732 de una definición bastante precisa de ENDOSO (« voz puramente italiana, modernamente introducida ») a juzgar por el llamado *Diccionario de Autoridades*. Y más temprana aún (1694) resultó la lengua francesa (54).

(52) *Memorie di Lorenzo da Ponte, da Ceneda, scritte da esso...* II vol., I parte, Nuova-Jorca, G. F. Bunce, Stampatori, 1829², p. 44 (ed. española, p. 158).

(53) Joseph BARETTI, *A Dictionary of the English and Italian Languages* (new ed.), London, printed for W. Slahan etc., 1771, vol. I (sin paginar), s. v. *indosso*: « (intorno al doso) *upon one's back*. Aver indosso la toga, *to have the robe on* », lo que así consta al menos desde 1761. El vol. II no contiene *endorse* ni *endorsement*, pero en este mismo vol. II (p. 260), según la edición de Livorno 1829, *endorse* envía a *indorse* (t. mercant.): « *to write on the back, indossare*. To indorse a bill of exchange, *indossare, girare una lettera di cambio* », con los derivados pertinentes (*indorser*: « quegli che fa la cessione, o girata ad una cambiale »); el tomo I de la misma edición (*ibidem* 1828, p. 220) define *girata* — el término preferido, como se sabe, en derecho cambiario italiano — como « cessione di una cambiale firmata dal girante a favore del giratario, *circulation, (term of commerce with reference to bills of exchange)* ». Falta por analizar otras ediciones del Baretti, pero la de Livorno es próxima a las *Memorie* daponianas, publicadas originalmente en Nueva York, 1823-1827.

(54) Cf. *Diccionario...* III (1732): « La cession o traspasso que se hace de las letras de cambio. Es voz puramente Italiana, modernamente introducida y usada entre los hombres de comércio », aunque nada se dice sobre las formalidades del negocio ni sobre el endosante como obligado cambiario; también *ibidem* IV (1729), s. v. CONTENTA: « Nota o especificación firmada, que se pone en las letras de cámbio, por la qual la persona, a cuyo favor se ha dado la letra, se contenta y permite que otro, dando recibo, perciba su importe. Dixose assí porque la nota empieza, Soí contento ». Sintomáticamente, contra lo habitual en el *Diccionario*, no figuran *autoridades* en apoyo de las definiciones, tomadas directamente de la práctica mercantil. Para Francia, *Dictionnaire*

Puede ser que Da Ponte exhibiese ante los lectores una fingida inocencia sobre las consecuencias del endoso (« pagherò quella somma — recordemos — se pagata non è dall'acettore ») ⁽⁵⁵⁾. Sea lo que se quiera, a partir de aquella experiencia como intermediario-obligado cambiario las *Memorias* recogen otras intervenciones en los dudosos negocios de William Taylor (quien, miembro de los Comunes desde 1797, no pudo por unos años ser arrestado); no obstante su honesto proceder y su inesperada pericia al negociar intereses de descuento relativamente bajos ⁽⁵⁶⁾, se vio envuelto al final en una cadena de detenciones por impago y protesto de las letras endosadas, « [d]e manera que en menos de veinticuatro horas tuve el honor de ser arrestado tres veces por mi digno señor empresario [...] Conocí ese día todo el valor de uno de los recordatorios de Casanova » (*Memorias*, p. 186).

Rotas sus relaciones con el teatro de Taylor y malviviendo como impresor de sus propias poesías Da Ponte consiguió algún reposo gracias a las pocas guineas que obtuvo con otra letra descontada a beneficio de un colega (« [c]orrí entonces a un usurero que conocía, le ofrecí quince guineas de regalo, y, a condición de que yo añadiese mi garantía, poniendo mi nombre al dorso, me dio el dinero »); eso le permitió meterse a librero de clásicos italianos y lograr por fin cierto deshago (*Memorias*, p. 190 y ss.). Y sin embargo las letras que seguían en circulación comprometieron otra vez su crédito: existía en derecho inglés — advierte Da Ponte a sus lectores, en relación con unas normas que decía inicuas — un duro régimen de responsabilidad del obligado cambiario que operaba de modo inexorable al margen de la realidad socio-jurídica subyacente a los títulos.

de l'Académie française (1ère. éd. 1694), s. v. ENDOSSEMENT: « Ce que l'on écrit au dos d'un acte. Il se dit sur tout des lettres de change ».

⁽⁵⁵⁾ También DA PONTE, cit. (n. 19), p. 233 (ed. española, p. 186): « indossare per garantire un pagamento ». Sobre los manejos de Taylor - Da Ponte, cf. LANAPOPPI, cit. (n. 19), p. 277 y ss.

⁽⁵⁶⁾ DA PONTE, cit. (n. 19), p. 185, sobre los gastos de las operaciones de giro de seis o siete mil esterlinas (« cien libras además del interés legal »); con las gestiones de un tal Gallerini, otro del *Café Orange* acérrimo enemigo del libretista, Taylor habría perdido en tres letras de 700 libras nada menos que 250.

« Cuando se debe una letra y el aceptador no la paga, todos los que la ‘endosaron’, tras una breve noticia que se les envía, están por ley sujetos a prisión, y las costas, que no son leves y que en su mayoría se mete en el bolsillo el abogado demandante, caen al final sobre el aceptante o sobre el más apto para pagar. Hallé por eso muy a menudo, en las letras de Taylor y de otros, tres, cuatro y hasta ocho o diez nombres de ‘endosantes’, que no valían un sueldo, pero a los que con el sólo objeto de triplicar o cuadruplicar las costas legales (permitidas por el gobierno, porque también él se lleva una parte), había hecho firmar el abogado » (*Memorias*, p. 204).

En fin, víctima más o menos inocente de esos enredos y sin más libros que malvender un alguacil amigo (« el único entre muchos que sabía honesto, sincero y capaz de caridad ») le advirtió que tenía pendientes once mandatos (*writs*) de arresto. Corría el año 1805 cuando Da Ponte cerró esa etapa de su vida y escapó con rumbo a los Estados Unidos (*Memorias*, p. 206 y ss.).

III. *We eat and drink paper, and live upon paper.*

Las malditas letras de Taylor le persiguieron más allá del Atlántico, pero las desventuras del poeta en Nueva York no deben de entretenernos. Han servido para mostrar — a partir de personajes insospechados — que el giro de efectos cambiarios era cosa de todos los días (y de todas las gentes) cuando la codificación del derecho mercantil se tocaba con la punta de los dedos (1807), pero nos enseñan además que el común de los mortales, carente de una formación específica, apenas comprendía las terribles consecuencias de la obligación cambiaria. Sobre todo cuando mediaban diferencias de cultura como las que separaban el derecho inglés y las reglas al uso en el continente europeo.

Para empezar, esa tierra británica habitada por devoradores de papel se encontraba a la cabeza de Europa en el empleo de los títulos de crédito: « [p]aper is now become the grand currency in commercial dealings, and an ample substitute for cash », reconoció una obra difundida, « insomuch that it has almost superseded the circulation of specie ». El testimonio de Edward Manning, autor de las frases anteriores ⁽⁵⁷⁾, concluía así siglo y medio de experiencias intensas — a

⁽⁵⁷⁾ Cf. Edward W. MANNING, *The Law of the Bills of Exchange...* London, J. Stratford, 1801, p. [III], de donde tomo el *dictum* que titula este epígrafe.

medio camino entre los estilos cambiarios y las teorías monetarias — que había iniciado el *Advice Concerning Bills of Exchange* del notario John Marius (1651). Primer tratado inglés sobre las letras de cambio, fue incluido (desde la ed. de 1656) en la famosa *Lex Mercatoria* de Gerard Malynes (1622), lo que contribuyó a su éxito « among those who are most conversant in these affairs » (cf. *Wegersloff v. Keene*, 1719); para nosotros representa un fresco sobre los asuntos jurídicos y prácticos de las letras en una fase crucial de su desarrollo ⁽⁵⁸⁾.

Un momento sin duda maduro. Aunque Marius describe la fórmula de la cambial con sus cuatro clásicos personajes (dador del valor, librador, librado, tomador) conoce los efectos de tres (librador, librado y dador del valor-tomador) e incluso con dos partes (librador-tomador y librado: esto es, letras giradas a la propia orden), lo que suponía casi siempre el uso financiero del instituto: pues la letra nacía entonces para ser descontada (« the drawer, before the Bill fals due, doth negotiate the parcell with another man ») y convertirse en dinero (en billetes de banco) gracias a otro tomador que adelantaba la suma; entiendo que tal solución, admitida por el *King's Bench* desde 1703 al menos (cf. *Buller v. Crisps*), la empleó Casanova en aquel papel sobre Venecia que descontó a toda prisa cuando huía de Londres ⁽⁵⁹⁾. Negocio todavía excepcional a mediados del Seiscientos fue cosa tan frecuente en el siglo XVIII que llegaron a invertirse las figuras: un texto tardío (1840) de aritmética mercantil, al preguntarse « [h]ow many persons are com-

⁽⁵⁸⁾ El *Advice* fue objeto de varias impresiones; uso ahora la cuarta, « very much enlarged and corrected », London, Pted. for Robert Horne, 1684. Cf. *Ars Mercatoria. Handbücher und Traktate für den Gebrauch des Kaufmanns* II (1660-1700), Jochen Hoock, Pierre Jeannin (Hrsg.), Paderborn etc., Schöningh, 1993, pp. 350-352: esta edición de 1684 (la segunda inserta en la *Lex Mercatoria*) reproduce el texto de la 2ª ed. (1670); en todo caso, dentro o fuera del Malynes el *Advice* de Marius conoció siete ediciones-reimpresiones entre 1651 y 1794. Presta al autor la debida atención J. Milnes HOLDEN, *The History of Negotiable Instruments in English Law*, London, University of London - Athlone Press, 1955, p. 42 y ss.; cf. p. 42, n. 6 en referencia al fallo de 1719; también, Daniel R. COQUILLETTE, *The Civilian Writers of Doctor's Commons, London...* Berlin, Duncker & Humblot, 1988, pp. 136-137; últimamente Matthew ROWLINSON, *Real Money and Romanticism*, Cambridge, University Press, 2010, p. 34 y ss.

⁽⁵⁹⁾ CASANOVA, cit. (n. 39), cap. CXIII, pp. 1555-1557; para el fallo de la *Court of the King's Bench* — « I agree a bill of exchange may be made between two persons without a third » (John Holt, C.J.) — cf. HOLDEN, cit. (n. 58), p. 43, n. 5.

monly concerned in a Bill of Exchange », respondió sin vacilar « [t]wo, and sometimes more » (60).

Antes de ese punto, con independencia de los límites de Marius al abordar tales operaciones (61), parece claro que las mismas partían del *endoso*: técnica eficaz de transmisión de la deuda ínsita en el título que, tres décadas después de la *Lex Mercatoria* de Malynes, donde aún no se conocía, habían aceptado plenamente los usos y los jueces de Inglaterra.

Aunque tenemos ejemplos de fecha temprana — sin ir más lejos, no faltan en los papeles de los Ruiz, banqueros de Medina (siglo XVI) — la práctica del endoso — la necesidad de transmitir con agilidad los derechos de crédito — se extendió de modo natural por Europa a lo largo del Seiscientos. La historia ha sido bien narrada en relación con Amberes, centro neurálgico del comercio europeo y mercado pionero en técnicas de negociación (62), donde se hizo habitual la transmisión (*assignation*) de deudas entre comerciantes mediante simple nota asentada en los libros o recogidas en documento separado (*billets d'assignation*); la posibilidad descansaba en el *usus mercatorum*, pues el derecho romano sólo admitía la novación, que exige como se sabe el consentimiento del deudor. Para garantizar las transmisiones tratándose de efectos de comercio una ordenanza imperial de 1541 estableció que el cedente respondía al tomador hasta el pago efectivo de la letra (« en acceptant l'assignation demeurera néanmoins le premier débiteur obligé tant que le marchand sera réalement payé ou effectivement contente de son due »); normas posteriores (costumbres de 1608, art. 14) extendieron el régimen a los cedentes sucesivos (« heeft tot sijne voldoeninge verbonden alle degene daerop hij bewezen is »). Finalmente, avanzando el siglo XVII las

(60) Nicholas HARRIS, *Tables of Interest and Discount, and Business Man's Assistant...* Hartford, Spalding and Storrs, 1840, p. 5. Cf. también William GLEN, *A Treatise on the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes. And Letters of Credit in Scotland*, Edinburgh, Pted. by D. Wilson, 1807: los *inland bills* « have often but two parties to them, the drawer and the acceptor » (p. 44) y serían « payable to the drawer or his order » (p. 46), lo que ilustra la fórmula pertinente (« pay to me or my order [...] for value received », p. 48).

(61) « No clearer account of the primary function of the discount market could be given [...] from Marius », advierte HOLDEN, cit. (n. 58), p. 43. En cualquier caso, el autor ofrecía fórmulas documentales de letras con endoso (pp. 8-9) admitiendo la validez de los efectuados en blanco (p. 30).

(62) Herman VAN DER WEE, *Anvers et les innovations de la technique financière aux XVIe et XVIIe siècles*, en « *Annales. Économies. Sociétés. Civilisations* », 22 (1967), pp. 1067-1089. Últimamente, Dave DE RUYSSCHER, *L'acculturation juridique des coutumes commerciales à Anvers. L'exemple de la lettre de change (XVI^e-XVII^e siècle*, en B. Coppein, F. Stevens, L. Waelkens (eds.), *Modernisme, tradition et acculturation juridique*, Brussel, Kon. Vlanse Academie von België voor Wetenschappen en Kunsten, 2011, pp. 151-160, p. 158 y ss.

cesiones de créditos cambiarios terminaron por documentarse con firmas al pie o al dorso del título, tal y como se hacía al avalar las letras o al enajenar cédulas de empréstitos sobre rentas públicas: surgió así el endoso tal y como lo conocemos. Los datos disponibles para Italia arrojan similar cronología ⁽⁶³⁾.

« We all have bills directed to us or payable to us », reconocieron sin complejos los jueces del *King's Bench* ⁽⁶⁴⁾. A lo largo del siglo XVIII la popularidad de las letras y del endoso sólo pudo crecer: se explica entonces que los *Commentaries* de William Blackstone (1723-1780), primera y lúcida exposición sistemática del vestusto *common law*, concediesen al tratado de *bill and notes* la atención que merecía ⁽⁶⁵⁾. Y sin embargo, un caso temprano (cf. *East v. Essington*, 1702) se creyó en el deber de aclarar que *indorsement* era « a term known in law, and signifies a writing on the back of a paper or parchment containing another writing » ⁽⁶⁶⁾. Que la posibilidad de ceder la deuda cambiaria — sobradamente acreditada en Marius — no significaba sin más compartir un determinado vocabulario lo demostraría su misma disertación: la entrega de la letra a un nuevo tomador en virtud de la orden suscrita por el endosante aparece en el *Advice...* como un genérico *assignment* (no se conocen por tanto los vocablos técnicos *endorser* y *endorsee* para designar a las partes) ⁽⁶⁷⁾, aunque el propio John Marius advirtiera

⁽⁶³⁾ Raymond DE ROOVER, *L'Évolution de la lettre de change. XIVe — XVIIIe*, Paris, Armand Colin, 1953, p. 100 y ss. Cf. p. 99 en relación con Amberes: generalización del endoso desde 1640.

⁽⁶⁴⁾ Son expresiones de Holt en un fallo de 1687 que recoge ROGERS, cit. (n. 45), p. 97.

⁽⁶⁵⁾ William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England II* (1766), ed. facs. Chicago & London, The University of Chicago Press, 1979, chap. 30, p. 466 y ss. Sobre una práctica socialmente indiscriminada de documentos cambiarios un texto escocés de los tiempos londinenses de Giacomo Casanova advertía que « whether gentleman, merchant, writer or tradesman, all of them must have occasion to draw and accept bills some time or other in their life » (cf. William STEVENSON, *A Full and Practical Treatise upon Bills of Exchange...* Edinburgh, John Robertson, 1764, pp. VI-VII).

⁽⁶⁶⁾ HOLDEN, cit. (n. 58), p. 45, n. 4, lo que no dice mucho del rigor empleado en el posterior *Dizionario...* que tenía Da Ponte. En la lengua y en la legislación inglesas coexisten las formas *endorsement / indorsement*; la segunda se utiliza en la codificación cambiaria victoriana, aún vigente con reformas (cf. *The Bills of Exchange Act*, 1882 chap. 61, 45 and 46 Vict.).

⁽⁶⁷⁾ Por ejemplo MARIUS, cit. (n. 58), pp. 9-10, con inclusión de modelos documentales que enseguida nos interesarán; pero cf. p. 30: un párrafo sobre « Bill

contra la posibilidad de escribir la dirección del librado en el envés o parte exterior del título, « for the paper being but Little on which the Bill of Exchange is usually made, if the Direction be on the backside, there remaineth small place to write Assignments upon [...] all the outside of the Bill may serve to write Assignments » (p. 11), lo que demuestra sin duda la frecuencia con que el negocio sería practicado.

Curiosamente, el capítulo cambiario de Gerard Malynes emplea el verbo *to indorse...* pero con el alcance documental repudiado por Marius⁽⁶⁸⁾. Se trata de la acepción (como *endorse*) que acusa el pionero *Dictionary of the English Language* de Samuel Johnson (1755, uso ed. 1785⁶): « to register in the back of a writing; to superscribe », de modo que *endorsement* sería « superscription, writing of the back »; al contrario del francés (1694) y del castellano (1732) parece que en inglés pasó algún tiempo hasta que el tecnicismo comercial llegase a los vocabularios generales. Desde luego el Dr. Johnson no pecó de moderno cuando definía el *bill of Exchange* sin perdonar la *distantia loci*: « [a] note ordering the payment of a sum of money in one place, to some person assigned by the drawer or remitter, in consideration of the value paid to him in another place ».

Una distinción fundamental — y siempre repetida, aunque luego perdiese buena parte de su originario sentido — clasificaba las letras en *foreign* (o *outland*) e *inland bills*. La primera era la cambial de los viejos tiempos: carta nacida en función del comercio internacional que permitía disponer de crédito en plazas extranjeras⁽⁶⁹⁾. Subyaciese o no a la letra una operación de cambio de moneda (el *real Exchange* de Marius: « to give or to take up Money in one City or Town, to the end to have again, or to restore the just value thereof in Money in another Town », p. 1) se trataba generalmente de saldar

endorsed in Blank » donde *endorse* sólo consta en el epígrafe, pues el texto habla, según es la regla habitual en estas páginas, de « an Assignment in the empty place above the name on the backside of the Bill ».

⁽⁶⁸⁾ *Consuetudo, vel, Lex Mercatoria, or the Ancient Law-Merchant...* Third ed., London, Pted. for T. Basset, 1685, I p. 270, con una fórmula de *bill*: « [o]n the backside is indorsed, *To my loving Friend master G. M. Merchant at London Pa* »; en general, sobre la letra en Malynes cf. HOLDEN, cit. (n. 58), p. 36 y ss. También ROGERS, cit. (n. 45), p. 88 y ss., donde analiza el *quid* de este tratado: la cotización internacional de la libra — tan injustamente contraria a Inglaterra — antes que la exposición de hábitos cambiarios ofrecería el meollo del estudio.

⁽⁶⁹⁾ « [W]hen drawn by a merchant residing abroad upon his correspondent in England, or *vice versa* », escribía con precisión BLACKSTONE, cit. (n. 65), p. 467.

en divisa local deudas contraídas en otra especie monetaria por un comerciante, casi siempre en razón de mercancías importadas. Este deudor entregaba a un colega de su ciudad dinero en valor equivalente al débito, para que el segundo ordenara a uno de sus corresponsales, estante donde se contrajo la deuda, pagar al acreedor del primero; como quiera que el corresponsal debía a su vez dinero, o estaba dispuesto a conceder crédito al mandante, más que en el trueque de monedas la utilidad de la operación consistía en satisfacer varias obligaciones con un solo pago. A este fin respondía la letra de cuatro protagonistas que recogía Marius al insertar en su *Advice...* una fórmula documental (p. 8) escrita — entre otras varias, inglesas e italianas — en lengua castellana:

Ihus *Malaga* 13 Noviembre, 1654. A° Son 132 l. 7 s. 6 d.

A Quarenta dias Vista pagara V. M. por esta mi tercera no aviendo pagado por la primera y segunda ala Voluntad de Diego P. Ciento treynta y dos libras siete sueldos y seis peniques esterlinus Valor aquí recibida de Henrique G. y a su tiempo ara V. M. buen pago asentandolas como aviso Xpto con todos.

Antonio de S.

A Juan D.

g^{de} Dios

Londres.

Antonio (librador, *drawer* o *taker* — del valor, se entiende) habría recibido en Londres por parte de Henrique (dador del valor, con sus varias expresiones en el ‘legalese’ anglosajón: *deliverer*, *giver*, *negotiator*, *remitter*, *purchaser*), deudor de Diego (tomador, *payee* o *holder*), una suma similar a las 32 libras etc. que Juan (librado o *drawee*, en su caso *acceptor*), agente de Antonio en Málaga, pagaría a Diego o a quien de él trajese causa (« a la voluntad »: el nuevo tenedor era un *indorsee*); la cuenta entre librado y librador recogería el negocio, bien para compensar obligaciones preexistentes, bien para aumentar el saldo favorable a Juan en su trato con Antonio. Las cotizaciones de los cambios, los vericuetos y gastos postales, la necesidad de movilizar colegas y crédito en países extranjeros... hacían de este *foreign bill* un instituto característico de los mercados, y aun de los más exclusivos: « the most mysterious part of the Art of Merchandizing », advertía Marius (p. 1).

Pero los misterios de las letras de cambio, gracias a obras como la que utilizamos, se fueron disipando en el transcurso del siglo: « originally invented among merchants in different countries, for the

more easy remittance of money from the one to another », estos instrumentos habrían terminado por emplearse « into almost all pecuniary transactions ». Blackstone, que así opinaba (*Commentaries* II, p. 466), tenía sin duda presentes los dichos *inland bills*, emitidos « when both the drawer and the drawee reside within the kingdom » (*ibidem*, p. 467), y el tratado de Marius marcaría otra vez la evolución, pues allí se criticaba la opinión de ‘John Trenchant’ (el francés Jean Trenchant, un autor ampliamente divulgado) ⁽⁷⁰⁾ quien sería partidario de limitar la condición de *real Exchange* a las letras giradas « between Towns in subjection unto divers Lords »; en realidad, « Exchange of Monies being a thing, which may be done as well from one Town to another, as from one Country, Kingdom, or Nation to another », según Marius, « it must needs be, that the Bills of Exchange [...] which shall as well be made at one part as at another (I mean Inland and Outland) ought to be esteemed of equal worth, and the custome of Merchants on both equally observed » (p. 2); de este modo se equiparaba un negocio de diferentes especies monetarias a otro con simple cambio de lugar (o, si se quiere, con trueque de una deuda por otra) que evitaba transferencias de dinero (el *bill* funcionaba entonces como « medium of foreign exchange », a tenor de otra definición de la época) ⁽⁷¹⁾. El paso siguiente — situado en el momento cuando Giacomo Casanova (1763-1764) y, aún mejor, Lorenzo da Ponte (1792-1805) hacían de Londres teatro de sus correrías — consistió en emplear el dicho *inland bill* como instrumento para conseguir dinero o realizar pagos sin necesidad de numerario (la letra, « paper currency »).

« Bills, though professedly drawn for the purpose of exchanging a debt due to one person for a debt due to another, are, in fact, created rather for the sake of serving as a discountable article », advirtió Henry Thornton al tratar del *Paper Credit of Great Britain* (1802), « by being at any time convertible

⁽⁷⁰⁾ Jean TRENCHANT, *L'Arithmétique*, con veinte ediciones desde la *princeps* de Lyon, Jean D'Ogerolles, 1559; la invocada por Marius (Lyon 1608) reproduce la sexta: Lyon, Jean Degabiano-S. Girard, 1605. Para todo ello Hoock, Jeannin (Hrsg.), cit. (n. 58), I, 1991, pp. 253-258.

⁽⁷¹⁾ GLEN, cit. (n. 60), p. 31. Pero a esas alturas « [t]he great payments of our foreign and domestic commerce are made by bills on London; and a vast number of smaller bills circulate among the traders of the country, who successively indorse them to each other », p. 32, con apoyo en el economista que cito a continuación.

into cash (that is, into either money or bank notes) they render that supply of cash which is necessary to be kept in store much less considerable [...] A multitude of bills pass between trader and trader in the country in the manner which has been described; and they evidently form, in the strictest sense, a part of the circulating medium of the kingdom » (72).

«From exchange transactions to bills of exchange», en suma (73). La elegante disertación de James S. Rogers sobre esta y otras fuentes ha puesto de relieve la relación existente entre la afirmación de Londres como capital económica de Inglaterra, la expansión de sus actividades bancarias, el negocio de las aceptaciones y la versatilidad del *inland bill* adornado de funciones crediticias («bills as credit media», p. 112 y ss.) y monetarias («bills as payment media», p. 109 y ss.), hasta servir, en fin, al auge de las entidades financieras una vez convertido en objeto susceptible de descuento («bills and banking», p. 116 y ss.). «The general point about the seventeenth-century development», concluye Rogers, «is that as the economy moved from the stage of independent local activity to a national or international economy, the manufacturers and merchants of any one area had continuing relationships with factors, merchants, and other middlemen in other parts of the country or the globe, and the balances that they held in the hands of their correspondents came to play an important role in the payment system». Por esos años la emisión del *foreign bill* en lotes o *sets* de varias copias a fin de conjurar el riesgo de extravío y el requisito de protesto formal para ejercer acciones cambiarias en vía de regreso eran las diferencias principales que apartaban la letra extranjera del homólogo *inland bill*, título expedido en documento singular para el que sería suficiente, en caso de falta de aceptación, con una comunicación (*sufficient notice*) a las partes interesadas (74).

(72) *An Enquiry into the Nature and Effects of the Paper Credit of Great Britain*, London, Pted. for J. Hatchard, 1802, pp. 39-40. Sobre este autor y sus críticas monetarias a Smith, cf. Antoin E. MURPHY, *Le 'Paper Credit' et les multiples Mr. Henry Thornton*, en «Cahiers d'économie politique-Papers in Political Economy», 45 (2003), 2, pp. 19-40.

(73) ROGERS, cit. (n. 45), p. 94 y ss.; 108.

(74) Stewart KYD, *A Treatise on the Law of Bills of Exchange, and Promissory Notes* (1790), Albany, Pted. by Loring Andrews, 1800 (2nd American ed. from the 3rd London ed.), p. 11 y ss., 142 y ss.; John BAYLEY, *Summary of the Law of Bills of Exchange*,

« They were not regarded with the same favour as foreign bills », desde luego ⁽⁷⁵⁾, aunque las letras locales — frecuentes, según el *King's Bench*, desde tiempos de Carlos II (1660-1685) — fueron puestas « en el mismo pie que las extranjeras » merced a dos intervenciones del Parlamento. Separadas por pocos años, la primera ley se adoptó bajo Guillermo III (1698) y señalaba las formalidades del *inland bill* de valor superior a cinco libras, así como la necesidad y la fórmula del protesto por falta de pago a modo y manera del *foreign bill* (pues sin este acto no era posible aún recabar del librador la reparación de gastos e intereses) ⁽⁷⁶⁾. La segunda disposición, que revertía fallos judiciales anteriores (*Clerke v. Martin*, 1702; *Buller v. Crips*, 1703), pertenece al reinado de Ana (1704); introducía el protesto del *inland bill* por falta de aceptación y extendía al pagaré (la *promissory note*, considerado antes de ese momento mera prueba escrita de la deuda), el régimen del primero (« according to the customs of merchants ») en todo lo relativo a la transmisión por endoso ⁽⁷⁷⁾. Y es que, contemplado desde la aven-

Cash Bills and Promissory Notes, London, Pted. for E. and R. Brooke, 1797², p. 14; GLEN, cit. (n. 60), p. 44 y ss.; Joseph CHITTY, *A Treatise on the Law of Bills of Exchange, Checks on Bankers, Promissory Notes, Banker's Cash Notes* (1799), Philadelphia, re-printed for P. Byrne, 1808, p. 14 y ss.; MANNING, cit. (n.57), p. 19 y ss.

⁽⁷⁵⁾ Por ejemplo, las letras extranjeras valían — *iure mercatorum* — sin las exigencias de forma previstas en el *common law* para los contratos obligatorios, mientras que en los viejos *inland bills* « it was deemed essential to their validity, that a special custom for the drawing and accepting them should exist between the towns in which the drawer and acceptor lived », exigiéndose a las partes la condición profesional de comerciantes: CHITTY, cit. (n. 74), pp. 14-15. Sobre la acción de regreso en ambos *bills*, cf. HOLDEN, cit. (n. 58), pp. 127-128.

⁽⁷⁶⁾ *An Act for the better Payment of Inland Bills of Exchange* (chap. XVII Rot. Parl 9 Gul. III, p. 3 n. 8), en *Statutes of the Realm VII* (1695-1701), John Raithby (ed.), London 1821, p. 371; extracto en John I. MAXWELL, *A Pocket Dictionary of the Law of Bills of Exchange... with Appendix*, Philadelphia, William P. Farrand, 1808, pp. 194-195. Cf. HOLDEN, p. 54 y ss.

⁽⁷⁷⁾ *An Act for giving like Remedy upon Promissory Notes, as is now used upon Bills of Exchange, and for the better Payment of Inland Bills of Exchange* (3 & 4 Anne, c. 9 § 1), extracto en MAXWELL, cit., pp. 193-194 (« Promissory Notes Act »); se comprende la referencia a la costumbre por ser ésta un *ius speciale*, así limitado al grupo, asunto o territorio de referencia (« a custom cannot be alleged generally within the kingdom of England, for that is the Common Law », advirtió Coke), lo que desde ahora valdría *ope*

tura de la cesión, el endoso hacía del pagaré una auténtica letra de cambio ⁽⁷⁸⁾.

« Any man, though not a merchant, may be party to a Promissory note [...] and shall be considered », añadía Kyd (p. 28), « as a merchant for that purpose ». Desde mediados del siglo XVII los tribunales de *common law* venían asumiendo la mercantilidad de las acciones cambiarias, con independencia de la profesión de las personas implicadas: « the law of the merchants is the law of the land », leemos en *Woodward v. Rowe* (1666), « and the custome is good enough generally for any man, without naming him merchant » ⁽⁷⁹⁾. Y en efecto, comerciante, noble o gente del común las expectativas del tenedor resultaban siempre las mismas, y se trataba de contar con el mayor número posible de obligados cambiarios: « he who draws the bill warrants the payment of it » (*Starke v. Cheeseman*, 1700) ⁽⁸⁰⁾.

Y de esa forma, antes que en la práctica continental la letra de cambio inglesa había saltado del escritorio del mercader al bolsillo del ciudadano. Lo que trajo una difusión popular de la lógica financiera y sus secretos: al aludir a la negociación del *bill of exchange* con dos partes (« negotiat[ing] the parcell with another man ») y, llegado el momento, de la *promissory note*, el *Advice...* de Marius y los tratados posteriores sugieren una cuestión de importancia, pues el endoso — « the life of paper credit », según Blackstone ⁽⁸¹⁾ — suponía una operación crediticia a favor del endosante

legis en relación con las *notes*. Cf. HOLDEN, cit. (n. 58), p. 32, p. 100 y ss. y su « Appendix C », pp. 327-328; ROGERS, cit. (n. 45), p. 177 y ss.

⁽⁷⁸⁾ KYD, cit. (n. 74), p. 28; cf. también *ibidem*, pp. 34-35: « it is an order by the indorser to the maker of the note, who, by his promise, is his debtor to pay the money to the indorsee. This is the exact definition of a Bill of Exchange ». Doctrina de lord Mansfield, sobre quien disponemos ahora de James OLDHAM, *English Common Law in the Age of Mansfield*, Chapel Hill (NC), University of North Carolina Press, 2004, p. 152 y ss., 160 y ss. sobre letras y pagarés.

⁽⁷⁹⁾ HOLDEN, cit. (n. 58), p. 33 y ss.

⁽⁸⁰⁾ *Ibidem*, p. 56.

⁽⁸¹⁾ BLACKSTONE, cit. (n. 65), p. 468, con énfasis en la transmisibilidad, « contrary to the general rule of the common law, that no *chouse* in action is assignable ». Pero la moderna historiografía estima que la condición negociable del *bill* — la irrelevancia de las relaciones subyacentes para los acreedores cambiarios — no jugó un gran papel hasta los años finales del siglo XIX: James S. ROGERS, *The Myth of Negotiability*, en « Boston College Law Review », 31 (1989-1990), pp. 265-334.

donde la suma entregada era por lo común inferior al nominal; en la jerga mercantil se hablaba entonces de *comprar* una letra a precio o interés de *descuento*: « to purchase or pay the amount of in cash less a certain per cent., as a promissory note, bill of exchange, etc., to be collected by the discounter or purchaser at the maturity »⁽⁸²⁾. Esta clase de trato económico — en cuya admisión y uso Inglaterra también fue tierra pionera⁽⁸³⁾ — exigió arrinconar, además de aquella enemiga al mutuo retribuido aún tan viva en época isabelina⁽⁸⁴⁾, cualquier otra traba o rigideces judiciales que impidieran la circulación de los títulos ante la escasez de numerario: la afirmación de la responsabilidad del endosante frente el tenedor de la letra (« the indorsement is *quasi* a new bill, and a warranty by the indorser, that the bill shall be paid: and the party may bring his action against any of the indorsers, if the bill be not paid by the acceptor », proclamó el *King's Bench* en 1693) fue un paso adelante, sin duda, en pro de la circulación del papel⁽⁸⁵⁾.

« We eat and drink paper », lo sabemos; conviene precisar que los rumores de invasión, desatados hacia 1793 tras la ruptura de hostilidades con la

⁽⁸²⁾ STEVENSON, cit. (n. 65), p. 18. El *Dictionary* del Dr. Johnson define el término como « the sum refunded in a bargain », apoyado en un pasaje de Jonathan Swift (« His whole intention was, to buy a certain quantity of copper money from Wood, at a large discount, and sell them as well as he could »).

⁽⁸³⁾ DE ROOVER, cit. (n. 63), p. 146: la menor importancia internacional de Londres a inicios del siglo XVII permitió que, con ventaja sobre Amsterdam, fuese un lugar abierto a las innovaciones financieras. Cien años después la generalización del descuento en Inglaterra había generado un sistema bancario floreciente donde las letras no vencidas se canjaban por billetes de bancos locales, pagaderos a su vez en papel del *Bank of England*: SCHUMPETER, cit. (n. 45), p. 764 y ss.

⁽⁸⁴⁾ Recordemos la aprobación del *Act Against Usury* en 1571. Entre los polemistas del caso destacó — no en último lugar por su condición de laico — Thomas Wilson (1525-1581), experto en lógica y retórica y jurista de formación *civilian*: cf. *A Discourse upon Usury, by Way of Dialogue and Orations...* (1572), R[ichard] H. Tawney (ed.), New York, Harcourt Brace & Co., [1925]. También Tawney, *ibidem*, p. 134 y ss. sobre « The struggle over the exchanges »; Norman JONES, *God and the Moneylenders. Usury and Law in Early Modern England*, London, Basil Blackwell, 1989, p. 140 y ss. Sobre el declive de la polémica *vid.* MANNING, cit. (n. 57), p. 60 y ss. « Of Usury Respecting Bills, Notes, &c »; ROGERS, cit. (n. 45), p. 70 y ss.

⁽⁸⁵⁾ Sobre esa máxima de Holt (en *Anon.*, 1693) cf. HOLDEN, cit. (n. 58), p. 58; ROGERS, cit. (n. 45), pp. 172-173.

Francia revolucionaria, obligaron a suspender la conversión de los billetes del *Bank of England*, renovándose esta medida a lo largo de una generación ⁽⁸⁶⁾.

Cuando Casanova y Da Ponte padecían las consecuencias de endosar letras a la ligera el citado Banco funcionaba como la principal institución para las operaciones de descuento. Previsto tal negocio en su carta de fundación, el tráfico con títulos (nº XXVII: « dealing in Bills of Exchange ») ⁽⁸⁷⁾, esto es, la concesión de crédito sobre efectos pronto se reveló una próspera fuente de ingresos: de creer a James Stewart hacia mediados del siglo XVIII cobraba el Banco un 4% de interés en los *foreign bills*, sin admitirse los de vencimiento superior a dos meses dado el mayor riesgo de insolvencia; con menos obligados cambiarios la tasa subía un punto tratándose de *inland bills*, que además tenían que ser efectos pagaderos en Londres ⁽⁸⁸⁾. No resultaba insólito negociar letras con firmas de complacencia (*accommodation bills*, esto es, girados « for obtaining credit, in place of money really due between the merchants »), aunque entonces una prudencia elemental quería que los expertos del Banco estuvieran atentos a los tratos entre quienes recíprocamente se favorecían ⁽⁸⁹⁾. Sobre este delicado asunto enseguida volveremos.

Hay que relacionar la atención por el endoso que manifiestan las obras aparecidas entre los siglos XVIII y XIX con la importancia social y económica de la figura, no limitada, según comprobamos

⁽⁸⁶⁾ BISSCHOP, cit. (n. 16), p. 74 y ss. sobre el *Restriction Act* de 1797; GALBRAITH, cit. (n. 11), p. 49 y ss.

⁽⁸⁷⁾ Cf. *An Act for granting to Their Majesties severall Rates and Duties upon Tunnage of Shippes and Vessells and upon Beere Ale and other Liquors for secureing certaine Recompenses and Advantages in the said Act mentioned to such Persons as shall voluntarily advance the summe of £ 1,500.000 towards the carrying on the Warr against France* (5 and 6 W. and M. c. 20, 1694), en Raithby (ed.), cit. (n. 76), VI (1819), pp. 484-495.

⁽⁸⁸⁾ Mientras, en la Europa continental el descuento de una letra poco bueno decía del endosante: alguien tan necesitado de dinero que asumía el pago de intereses con tal de hacerla efectiva. Cf. DE ROOVER, cit. (n. 63), p. 121, sobre Johann-Georg BÜSCH, *Theoretisch-praktische Darstellung der Handlung* (Hamburg 1792).

⁽⁸⁹⁾ James STEWART, *An Inquiry into the Principles of Political Oeconomy...* II, London, Pted. for A. Millar, 1767, p. 220 y ss.

ahora, a la gente del comercio ⁽⁹⁰⁾. Así, quedó claro desde el estatuto de la reina Ana (1704) que la tradicional presunción de « good consideration » tratándose del *foreign bill* beneficiaba también a los pagarés y las letras domésticas (« not without a considerable struggle ») ⁽⁹¹⁾; la misma disposición hizo innecesario el protesto cuando la *promissory note* tenía poco valor ⁽⁹²⁾. Siempre a favor del endosador, por tanto en refuerzo de una cesión ágil de los títulos, *Bomley v. Frazier* (1722) estableció que no sería necesario dirigirse al librador antes de perseguir a un endosante: en otro caso — entendía el tribunal — pesaría « such a clog upon these [*i.e.* foreign] bills, as will deter everybody from taken them » ⁽⁹³⁾. Finalmente la legislación contra el juego (*Gaming Act*, 1710) aportó otras normas de relevancia, como la privación de acción contra el librador de una *note* o de una letra destinada a financiar las actividades prohibidas (« playing at cards, dice, tables, tennis, bowls, or other game or games whatsoever, or by betting on the sides or hands of such as do game at any of the games aforesaid »: esto es, cuanto hacía que Casanova perdiera la cabeza), pero los jueces reales dieron otra muestra de apoyo a la transmisión de los efectos al permitir que el tomador de buena fe pudiese actuar contra el endosante ⁽⁹⁴⁾.

Con tal de que constase por escrito (pues, en tanto orden de

⁽⁹⁰⁾ Sobre todo MANNING, cit. (n. 57), p. 24 y ss. correspondientes al capítulo VI « Of Indorsements, Or the Transfer of Bills and Notes »; también MAXWELL, cit. (n. 76), p. 125 y ss. Según Adam Smith, « [w]hen a bank discounts to a merchant a real bill of exchange drawn by a real creditor upon a real debtor, and which, as soon as it becomes due, is really paid by that debtor, it only advances to him a part of the value which he would otherwise be obliged to keep by him unemployed in ready money for answering occasional demands », en ROGERS, cit. (n. 45), pp. 228-229.

⁽⁹¹⁾ KYD, cit. (n. 74), p. 48. Cf. HOLDEN, cit. (n. 58), pp. 102-103 sobre « The Presumption of Consideration ».

⁽⁹²⁾ Esto es, inferior a 20 libras; cf. MANNING, cit. (n. 57), p. 18.

⁽⁹³⁾ HOLDEN, cit. (n. 58), pp. 127-128. La *Ordonnance pour le commerce* (1673) sometía a « la permission du juge » perseguir a librador y endosantes de letras aceptadas (tit. V, art. 12).

⁽⁹⁴⁾ HOLDEN, pp. 139-140, sobre el caso *Bowyer v. Bampton* (1741) que, como ahí se señala, contradujo en puridad el tenor de la norma (el título emitido por deuda de juego sería según el estatuto « utterly void, frustrate ad of none effect, to all intents and purposes whatsoever »). Un extracto de la ley (9 Anne, c. 14 § 1) en MAXWELL, cit. (n. 76), pp. 196-197.

pago — como quiera que fuese expresada — el endoso suponía una nueva emisión) ⁽⁹⁵⁾ y de que procediera la entrega material (*delivery*) del título, la cesión por endoso carecía de requisitos especiales. Fue habitual firmar la letra sin más indicaciones (« endoso en blanco »), posibilidad conocida aunque algo exótica en Marius que, siglo y medio después de su tratado, resultaba « the most usual species of endorsement » ⁽⁹⁶⁾; en tales supuestos no era nada raro que un tomador anotase de su mano algún nombre sobre la firma, haciendo del endoso « in blank » un *full endorsement*; pero la actuación no limitaba la posibilidad de nuevos descuentos ni una posterior transmisión: « where a bill has once become negotiable no person can afterwards restrain its negotiability » ⁽⁹⁷⁾. No parece necesario añadir que entre los endosos efectuados en blanco y la expedición de un título al portador — algo poco simpático para los autores más antiguos ⁽⁹⁸⁾ — no había distancias apreciables; en ambas circunstancias la facilidad de la transmisión conspiraba contra la seguridad del acreedor, ya que sólo los firmantes (y el aceptante de modo verbal, cuando se diera y admitiera) quedaban obligados a honrar la letra.

« As every drawer of a bill is liable to the payment thereof, so is every acceptor and indorser », señalaba Manning, p. 32; « [a]lso if there are several indorsers of the same bill, the last indorsee may bring his action against the

⁽⁹⁵⁾ « An indorsement to *the order of a person* », advertía MANNING, cit. (n. 57), p. 25, « is of same force as an indorsement to that person, or *his order* ». Además, si se producía una vez vencido el efecto el endoso equivalía al giro de una letra a la vista, *ibidem*, p. 26.

⁽⁹⁶⁾ MARIUS, cit. (n. 58), p. 30: sería útil para el cobro de deudas por medio de un agente. La cita sobre extensión del « indorsement in blank » en Thomas MORTIMER, *A General Dictionary of Commerce, Trade and Manufactures*, London, Ptd. for Richard Phillips, 1810, s.v. *Bill of Exchange*, pero también, *expressis verbis*, la repite MAXWELL, cit. (n. 76), p. 125. Además, « if the indorsement were in full » — esto es: con mención del tomador — « the back of the instrument would be soon filled up, and its negotiability would be less extensive » (MANNING, cit. n. 57, p. 25), lo que da buena idea de la intensa circulación de los títulos.

⁽⁹⁷⁾ *Walker v. Macdonald* (1848), recordando la regla que fijó *Smith v. Clarke* (1794). Cf. HOLDEN, cit. (n. 58), p. 161.

⁽⁹⁸⁾ MARIUS, cit. (n. 58), pp. 13-14, « Danger in making Bills payable to the Bearers »; cf. ROGERS, cit. (n. 45), p. 173 y ss. Lógicamente la frialdad ante los títulos al portador favoreció el endoso.

first indorser, or any of them; for the indorsement is, as it were, a new bill, or at least a warranty [...] by the indorser, that the bill shall be paid ». La jurisprudencia resolvió a favor del tomador de buena fe el problema de la letra con endoso en blanco robada y cedida: « the law is settled that a holder » — son expresiones de lord Mansfield en *Peacock v. Rodes* (1781) — « coming fairly by a bill or note, has nothing to do with the transaction between the original parties »⁽⁹⁹⁾. Y en lo que respecta a la aceptación, hasta que una ley de 1821 exigió incluirla de forma expresa y por escrito en el cuerpo de la letra la justicia admitía que el acto tuviese lugar verbalmente, en documento separado e incluso por la simple retención del efecto⁽¹⁰⁰⁾.

Por eso convenía recoger en el propio documento aquellos datos — por ejemplo, la dirección de un obligado — que permitiesen perseguir eficazmente al cedente sospechoso o poco conocido⁽¹⁰¹⁾.

IV. *Rien en Angleterre n'est comme dans le reste de l'Europe.*

La lectura que antecede, sin querer siquiera ofrecer una somera descripción de los instrumentos cambiarios en la práctica de los siglos XVII a XIX, bastaría para comprender la madurez que, a esas alturas, su régimen jurídico había logrado en Gran Bretaña. Más temprana e intensa que en otras partes de Europa la transmisión por endoso, mejor visto socialmente el descuento — un negocio ordinario que no revelaría tanto una sospechosa urgencia de liquidez cuanto la correcta estrategia comercial de no dejar ocioso el dinero — y superior la aceptación popular del papel como medio monetario, las maneras inglesas en materia crematística despertaban sin duda el asombro de un viajero continental. Sabemos que Casanova incurrió en una *caduta di stile* al abonar en metálico sus deudas de juego y que el poeta de Mozart se buscó la ruina negociando, sin pensarlo dos veces, las malas letras de William Taylor; conviene volver ahora sobre esas noticias y explorar su alcance institucional a la vista de los datos que hemos recuperado.

⁽⁹⁹⁾ HOLDEN, cit. (n. 58) p. 117, donde se recuerda con todo una excepción (*ibidem*, n. 5) derivada de la ley contra la usura (1713).

⁽¹⁰⁰⁾ ROGERS, cit. (n. 45), p. 195 y ss.

⁽¹⁰¹⁾ MAXWELL, cit. (n. 76), p. 127: « [a]n indorsement by a person not well known ought, in all cases, to state the place of his residence ».

Desde luego sería equivocado despachar las intervenciones de nuestros personajes a favor de este o de aquel otro conocido como unos actos carentes de sentido, acciones locamente generosas de caballeros que apenas comprendían el valor del dinero: « un hombre que nunca aprendió economía », según dijo de sí mismo Lorenzo da Ponte ⁽¹⁰²⁾. Antes al contrario: en nuestro asunto cambiario encontraron exacta expresión, aún durante el siglo ilustrado, sentimientos muy profundos de solidaridad profesional, viejas formas de *amor* entre comerciantes, si así se quiere ⁽¹⁰³⁾, tan olvidadas por la historiografía moderna como utilísimas para comprender la cultura mercantil anterior a las transformaciones de la sociedad liberal. De este modo apreciaremos en su auténtico sentido ciertos modelos deslizados en los formularios comerciales, manifestaciones nítidas del aludido *amor gremial* que no debemos pasar por alto.

Tengamos otra vez presentes aquellas cláusulas de dirección del *bill* que aparecen en Gerard Malynes, del tipo « to my loving *Friend* Master W.C. Merchant at Amsterdam [...] to my loving *Friend* Master G.M. Merchant at London Pa ».

La amistad mercantil y la ética corporativa estaban preñadas de consecuencias cambiarias. La principal quería que un tercero ajeno a la letra aceptase o pagase el efecto para salvar el honor de algún amigo aquejado de penurias financieras: « another may accept the Bill for the honour of it » — recuerda el citado Malynes — « [w]hich he doth in these Words, *Accepted by me A.B. for the honour of the Bill* » ⁽¹⁰⁴⁾. Y ciertamente, los tratados del momento

⁽¹⁰²⁾ DA PONTE, cit. (n. 19), p. 148.

⁽¹⁰³⁾ António M. HESPANHA, *A senda amorosa do direito. Amor e iustitia no discurso jurídico moderno*, en *Paixões do jurista. Amor, memória, melancolia, imaginação* (1997), Carlos Petit (ed.), Curitiba (Brasil), Juruá Ed., 2011, pp. 25-80, con sus debates. También Pedro CARDIM, *O poder dos afetos. Ordem amorosa e dinâmica política no Portugal de Antigo Regime*, tesis doc. (Historia), Lisboa, Universidade Nova, 2000, particularmente p. 297 y ss. de « Comércio, comunhão e entreajuda ».

⁽¹⁰⁴⁾ MALYNES, cit. (n. 58), p. 273; también MARIUS, cit. (n. 58), p. 21. En el siglo siguiente la práctica se mantenía: KYD, cit. (n. 74), p. 153; CHITTY, cit. (n. 74), p. 23; MANNING, cit. (n. 57), pp. 17-18 (« Acceptance for the honour of the drawer »), p. 23 (« Honouring another's bill »). La aceptación del librado que nada debía también pudo entenderse una acción favorable al honor del librador: CHITTY, cit. (n. 74), p. 103; en cualquier caso, « a person not originally party to a bill, by paying it for the honour of the

fueron unánimes al relacionar el buen nombre profesional con la atención escrupulosa a las obligaciones documentadas en la letra; a la postre, la *fama* del mercader se transformaba en *crédito*: ese valor tan sutil que convertía un simple trozo de papel en aquel instrumento casi mágico capaz de documentar y transmitir deudas sin necesidad de contar con el deudor, y aun de servir como medio de pago fundado en la confianza general ⁽¹⁰⁵⁾. De lo individual a lo colectivo, la posición relativa de una plaza de negocios en el concierto financiero europeo dependía en buena medida de que los títulos girados sobre ella no sufriesen el calvario del protesto.

« If any man goes to the neighbours or dealers of a tradesman to inquire of his credit, his fame in business, which is often done upon almost extraordinary occasion; the first question is, How does he pay his bills? strongly intimating that if he does not pay his bills well, he cannot be sound at bottom; on the other hand, if a tradesman pays his bills punctually, let whatever other slur upon his reputation, his credit will hold good [...] he is a bank to himself [...] for his notes are as current as another man's cash » ⁽¹⁰⁶⁾.

La conveniencia de intervenir en las letras ajenas explica en mi opinión los famosos « términos de gracia y favor » exigidos *ex consuetudine mercatorum* para presentar un efecto al pago o la aceptación; eran pocos días (tres, en el caso de Inglaterra), pero muy necesarios para cursar aviso a los amigos o buscar a toda prisa los

parties to it, acquires a right of action against all those parties; and after a payment of a part only, a bill or check may be indorsed over for the residue » (CHITTY, p. 115); importante consecuencia que se daba aun sin entrar en la posesión del título (CHITTY, p. 164).

⁽¹⁰⁵⁾ « [I]n bills of Exchange or promissory notes », enseñaba Daniel DEFOE, *The Complete English Tradesman...* (1726) I, London, Pted. for J. Rivington, 1745⁵, p. 282, « he that values his reputation in trade, should never let a bill come twice for payment, or a note under his hand stay a day after it is due [...] Bills of exchange being thus sacred in trade [...] nothing can be of more moment to a tradesman than to pay them always punctually ». Se entendió, en general, que la semántica de *honour* incluía especialmente el pago puntual de los efectos mercantiles: John SMAIL, *Credit, Risk, and Honor in Eighteenth-Century Commerce*, en « The Journal of British Studies », 44 (2005), pp. 439-456.

⁽¹⁰⁶⁾ DEFOE, p. 286.

contactos que permitieran saldar un débito mal parado ⁽¹⁰⁷⁾. « It is so much law now itself, that no bill is protested now till those three days are expired » (Defoe); al menos, los jueces del *King's Bench* exoneraron a un librador de responder por el impago de una letra presentada al cobro sin haber transcurrido los tres días de rigor desde la data de vencimiento (*Wiffen v. Roberts*, 1795) ⁽¹⁰⁸⁾.

Probablemente esta visión de los negocios — tan penetrada de afectos — se encontraba en franco declive cuando Casanova llegó a Inglaterra. De los textos de Hobbes y Mandeville al posterior tratado de Adam Smith el *self-interest* se afirmaba como fundamento teórico de una nueva, emergente sociedad. Un horizonte diferente, dominado por el *individualismo posesivo* (MacPherson) como base sobre la que podía afirmarse — en frases demasiado conocidas — que « it is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the Baker, that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. We address ourselves, not to their humanity but to their self-love, and never talk to them of our own necessities but of their advantages » ⁽¹⁰⁹⁾. Y aunque la práctica cambiaria mantuviese

⁽¹⁰⁷⁾ « [T]he European merchants customarily allow a certain Time to the Acceptor after a Bill is due », leemos en *The Universal Library of Trade and Commerce...* London, Pted. for J. Robinson, 1747, p. 13, « which is call'd Time of Grace or Favour, which differs according to the customs of the Places drawn upon ». Cf. también DEFOE, cit. (n. 105), p. 282: « those three days indeed are granted to all bills of exchange, not by law, but by the custom of trade. It is hard to tell when this custom began; but it is one of those many instances which may be given, where custom of trade is equal to an established law ». Para la tratadística cambiaria, *vid.* por ejemplo MANNING, cit. (n. 57), pp. 22-23, p. 35 (no días de gracia en caso de letras o cheques « on demand »). En KYD, cit. (n. 74), p. 9 encontramos una completa tabla de días graciosos en las principales plazas europeas (de los términos más breves, como el inglés, a los treinta días de Génova e incluso el plazo indeterminado de « Milan and some other places in Italy »).

⁽¹⁰⁸⁾ MANNING, cit. (n. 57), p. 37, sobre « Payment not demandable on the second day of grace », que fue el supuesto de *Wiffen*. Pero si el tercer día de gracia « happens to be a Sunday or great Holiday, as Christmas day, upon which no money used to be paid », entonces el plazo expiraba el día anterior: CHITTY, cit. (n. 74), p. 141.

⁽¹⁰⁹⁾ Adam SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), ed. Edwin Cannan, Chicago, The University of Chicago Press, 1976, I chap. 2, p. 18; sobre el punto decisivo de la libertad del comercio de granos, Edward P. THOMSON, *Costumbres en común* (1991), trad. Jordi Beltrán-Eva Rodríguez, rev. Elena Grau, Barcelona, Crítica, 1995, p. 213 y ss. (que corresponden a su célebre aportación sobre la economía 'moral' de la multitud, 1971). Pero cf. Samuel FLEISCHAKER, *On Adam*

aún con vida ciertas reglas y estilos de la antigua lógica gremial, el auge del papel colocaba en manos del común medios financieros complejos que respondían cada vez menos al *savoir-faire* profesional que los concibió — códigos de honor incluidos.

« L'égoïsme est une des parties saillantes de leur caractère national » (cap. CVII, p. 1470, con referencia a los británicos). Las aventuras del inquieto Casanova en esa tierra donde bullían los negocios (Londres, « une ville où l'on a la tête chargée d'affaires », cap. CVIII, p. 1479) tuvieron que ver, según adelanté, con letras de cambio falsas y letras libradas a la propia orden. Esto último, dotado de apoyo judicial desde inicios del siglo XVIII cuando menos, fue lo que aconteció cuando el arruinado libertino se vio constreñido a abandonar el país. « Je me contentai de lui demander », anota en sus memorias sobre un Treves, « juif vénitien, auquel j'avais été recommandé [...] l'escompte d'une lettre de change de la mince somme de cent sequins de Venise, que je tirai sur Algaroti, écrivant à ce dernier de se faire payer par Dandolo, son parent, qui m'avait procuré sa recommandation » (cap. CXIII, p. 1557); además de colocar la cambial como una pieza más del mosaico de la correspondencia mercantil, esa rápida confesión demuestra que el alegre conquistador no era acreedor del librado (tampoco lo sería de aquel Dandolo a quien le rogaba dar el valor), de modo que, una vez más, confiaba plenamente en los amigos para obtener unas cuantas monedas; lo hicieron posible sus proverbiales dotes de seductor, mas también la fluidez del mercado londinense a la hora de negociar un descuento. Más allá de las relaciones subyacentes entre las partes — mejor o peor asentadas en la ordinaria práctica de la mercadería — la literatura cambiaria ofrecía modelos de esta clase de títulos, como el que leemos en Kyd:

No. 10. *London, Sept. 22, 1765. £ 200.*

Pay to me, A. B. grocer, in London, or order, on the first day of November next, the sum of Two Hundred Pounds in goods of

Your humble servant,

A. B.

To G. H. Vintner,

In Westminster.

Accepts G. H.

(Y una nota al pie de la fórmula advertía que el numeral inserto antes de la data era algo normal — servía para control de escritorio — siempre que el librador se dirigiese a un banquero o un negociante de su giro cotidiano: cf. Kyd, p. 17).

Recordemos aún aquella letra de cambio girada sobre Cádiz que tenía el *soi-disant* barón Stenau; Casanova, bien dispuesto a favor de otros viajeros ⁽¹¹⁰⁾, acudió con ella a un Mr Leigh, comerciante local que buscaba papel de esa plaza: « ces traites valaient mieux que de l'or ». Dicho y hecho: « il en fit le calcul, me présente le compte et me donna cinq cent vingt guinées, après que je l'eus endossée, comme de raison » (cap. CXIII, p. 1555 y ss.); cien guineas fue la recompensa que el barón — poco o nada conocido por los banqueros de Londres (« je n'en connais aucun ») y así forzado a contar con alguien que le facilitase el descuento — entregó a Casanova por su colaboración. Interpreto que este caballero firmó un *foreign bill* endosado por Stenau (« je vais la passer à votre ordre ») haciéndolo a su vez pagadero a la orden de Leigh, con el barón como primitivo *payee* de un efecto en reales portugueses girado por « une bonne maison de Lisbonne ».

El punto más relevante reside sin embargo en la falsedad del título: « [l]a lettre de change que vous m'avez donnée est fausse », escribió Leigh a Casanova, como antes vimos; « remettez-moi de suite cinq cent vingt guinées que je vous ai données, et si celui que vous a trompé ne vous rembourse pas, faites-le arrêter ». No existían en derecho inglés dudas acerca de la responsabilidad del endosante (de buena fe) aun en tales casos — « if a bill is forged the indorser will be liable », advierte lapidariamente Manning, p. 17 — pero la cuestión más ardua residía en la fuerza liberatoria del pago de un papel falsificado (ya lo fuera en razón del lugar, la designación del beneficiario, la supuesta aceptación del librado o la firma contrahecha de cualquier figura cambiaria). A excepción de la doctrina alemana, que apostó pronto por la solidez de la apariencia, en

⁽¹¹⁰⁾ Conviene añadir que el endoso de la letra en cuestión tuvo como contexto una animada sesión de juego, en cuyo curso el veneciano se citó con la amante de Stenau, quien así preparaba el terreno: CASANOVA, cit. (n. 39), cap. CXIII, p. 1554.

Inglaterra (y en otras tierras de Europa) los jueces fueron remisos a admitir la exoneración de quien pagaba la letra falsa; esta regla era tanto más dura cuanto que se aceptaba sin problemas la liberación del deudor que pagase a un tenedor ilegítimo de títulos librados al portador (o bien endosados en blanco) ⁽¹¹¹⁾. Ahora bien, con todo su interés (« each party is innocent; the question is, on whom the loss must fall? It should be on him who is most in fault », opinó lord Mansfield en *Smith v. Shepperd*, 1776) las consideraciones anteriores resultaban un juego de niños comparadas al castigo de la falsedad (*forgery*) perpetrada en la letra. Agotado y comido por la fiebre el disoluto en apuros comprendió que ningún comerciante se avendría a entregarle las malditas quinientas guineas que le pedía Leigh; sabía también que éste no le concedería la espera necesaria para recibir fondos desde Venecia antes de un juicio que lo llevaba a la horca (cap. CXIII, p. 1556). Y no pecaba de pesimista: el auge comercial inglés a lo largo del siglo XVIII — más precisamente: la universal circulación del papel que tanto maravilló a Casanova — estuvo acompañado del creciente rigor contra la manipulación de los documentos de mayor relevancia económica (« any Deed, Will, Testament, Bond, Writing obligatory, Bill of Exchange, promissory Note for Payment of Money, Indorsement, of Assignment of any Bill of Exchange, or promissory Note for Payment of Money, or any Acquittance or Receipt ») ⁽¹¹²⁾; « enormous offense », se argumentó en las aulas parlamentarias, « so much practised, to the Subversion of common Truth and Justice, and Prejudice of Trade and Credit,

⁽¹¹¹⁾ HOLDEN, cit. (n. 58), pp. 124-125; sobre todo, Friedrich KESSLER, *Forged Indorsements*, en « Yale Law Journal », 47 (1937-1938), pp. 863-897, p. 867 y ss.: la liberación del deudor que paga la letra falsamente endosada se aceptó por la justicia inglesa a finales del siglo XVIII. Igual orientación siguió Francia, aunque se entendió antes de ese momento que tocaba al librado conocer la genuinidad de la firma y la mano del ordenante (« c'était à lui à connaitre celui à qui il aurait payé », escribió Savary): Henri LÉVY-BRUHL, *Histoire de la lettre de change en France aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Paris, Sirey, 1933, p. 215 y ss.

⁽¹¹²⁾ « No part of the criminal law of the latter part of the eighteenth century », escribió un reputado penalista, « was more severe in itself, or was executed with greater severity than this »: James Fitzjames STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England III* (1883), Cambridge, University Press, 2014, p. 182. También, Randall MCGOWEN, *Forgery and the Twelve Judges in Eighteenth-Century England*, en « Law and History Review », 29 (2011), pp. 221-257.

that is necessary [...] to inflict a more exemplary Punishment on such Offenders, than by the Laws of this Realm can now be done » (113). Por eso la falsedad de una letra recibía tratamiento de *felony*: gravísimo delito castigado con pena capital. « Forgers are seldom », opinó la prensa contemporánea, « among the low and abandoned part of mankind. Forgery is very often the last dreadful refuge to which the distressed tradesman flees » (114); se comprende así que Casanova repudiase los endosos y nunca más regresara a Londres.

No fueron tan dramáticas las circunstancias de nuestro segundo prófugo cambiario. Si Lorenzo da Ponte huyó a los Estados Unidos en 1805 ello se debió a las constantes detenciones y a los pagos que tuvo que sufrir como endosante de las letras de Taylor (115). A lo que parece, el negocio consistía en descontar los papeles librados contra el empresario teatral (« [Taylor] se sacó del bolsillo varias letras endosadas por Federici y aceptadas por él »), que el poeta endosaba en casa de cualquier prestamista. Dudo se tratara de efectos al propio cargo (116), pues al silencio de los

(113) Son locuciones del llamado *Perjury Act* (2 Geo. 2, c. 25, 1729), dictado en la estela del caso escandaloso de Willam Hales; cf. *The Statutes at Large. From the First Year of the Reign of King George the First to the Third Year of the Reign of King George the Second* V, London, King's Printer, 1763, pp. 699-700. Vid. BLACKSTONE, cit. (n. 65), IV (1769), pp. 246-247; STEPHEN, p. 182 y ss.; también, Leon RADZINOWICZ, *A History of English Criminal Law and Its Administration from 1750. The Movement for Reform, 1750-1833* I, New York, MacMillan, 1948, p. 642 y ss.; 647 y ss. sobre la protección penal contra falsedades relacionadas con el *Bank of England*. Lord Mansfield, el principal protagonista de la 'mercantilización' del *common law*, fue proverbialmente severo al reprimir las falsedades de los títulos, con una acentuada inclinación a mandar a la horca: OLDHAM, cit. (n. 78), p. 41 y ss.

(114) El texto, del *New Newgate Calendar* (1793), en MCGOWEN, cit. (n. 112), p. 228; algo más arriba McGowen considera que « the crime of forgery brought together an unusual set of issues: a dangerous crime, a severe penalty, and respectable social status », lo que explicaría la relativa relajación de los jueces al sentenciar los casos y la asistencia letrada, algo por entonces excepcional en el procedimiento criminal de Inglaterra, al acusado de falsedad.

(115) DA PONTE, cit. (n. 19), pp. 158-159, 160, 186, 190, 195-196, 204, 206-207, 208.

(116) Posibilidad de algún modo contemplada en el *Bill of Exchange Act* (1882), sec. V, 2. También el *Uniform Commercial Code* advierte que « an instrument is a *note* if it is a promise and is a *draft* if it is an order. If an instrument falls within the definition

tratados se sumaría el giro de las *promissory notes* — transmisibles libremente a partir de la reforma de 1704, según antes comprobamos — para mostrar el desconocimiento (o la escasa utilidad) de esta modalidad de emisión; por el contrario, todo me lleva a pensar que Taylor figuraba como librado en letras de su amigo Federici ⁽¹¹⁷⁾ giradas a la propia orden, o bien puestas en circulación por un *payee* del mismo grupo de amigos, aceptadas al instante por el empresario y entregadas luego a Da Ponte, mediante endosos en blanco (« me pidió [el banquero] que escribiera mi nombre debajo del de Federici en la letra entregada »), para que diese la cara, y su firma, en la operación de descuento ⁽¹¹⁸⁾.

No cabía despreciar más abiertamente los consejos del viejo Casanova. Un pasaje de las *Memorias* nos revela el uso que hacían del *bill of exchange* esas gentes de la Ópera italiana: « como en el momento en que estaba a punto de vencer la letra [...] no había dinero — Da Ponte aludía aquí al primer efecto entregado por Taylor en presencia de la Banti — me vi obligado a recurrir a otro usurero, y después a un tercero, un cuarto, un quinto; hasta que, ora para pagar lo debido, ora para satisfacer las necesidades, caprichos y codicias de la insaciable loba teatral [Banti], la suma encontrada en menos de un año por mí llegó a seis mil y quinientas guineas ». Queda claro, en conclusión, que Taylor obtenía dinero gracias a las letras que giraba de manera cotidiana en connivencia con cómplices y amigos; « a club [...] for coining money », en suma, « as they very properly called it » (Defoe). Al calificar así tales abusos — muchos años antes, por supuesto, de las penurias sufridas por Lorenzo da Ponte — el prolífico escritor inglés dio una descripción precisa del fraude en cuestión:

of both *note* and *draft*, a person entitled to enforce the instrument may treat it as either » (art. 3-104).

⁽¹¹⁷⁾ « [U]n verdadero emporio de iniquidad », anotó Da Ponte sobre el personaje, « aunque Taylor lo conocía, también se veía forzado a servirse de él, pues había hallado diversos modos y diversos caminos de agenciarle dinero, y porque no tenía escrúpulos en hacerle de tercero con las cantantes del teatro ». Cf. DA PONTE, cit. (n. 19), pp. 146-147.

⁽¹¹⁸⁾ Otro pasaje refuerza mi lectura: un alguacil « tenía una citación contra mí, por una letra de trescientas libras endosada por mí por el señor Taylor y no pagada por éste », *ibidem*, p. 186.

These were all good men in appearance, but all straitened and wanting money to pay their bills. The first setting out was a general supply to them all, and they coined bills payable from one to another, by exchanging and counterexchanging of which, they raised about ten thousand pounds' stock [...] they managed so well, that as the bill became due, they coined others, and passed and repassed them so many ways, either by discounting, or by buying goods upon the credit of those bills, that their bills were always currently paid ⁽¹¹⁹⁾.

Desde un punto de vista jurídico el engaño consistía en jugar con la duplicidad de relaciones — las comerciales y las cambiarias — que conforman la arquitectura de la letra: en estos casos abusivos se exasperaban las segundas sin rastro, o casi, de las primeras. El testimonio de Daniel Defoe nos indica que la mala práctica venía de lejos, aunque estalló tardíamente a raíz de una célebre quiebra que sacudió el mercado financiero londinense. « The problem of accommodation bills », según titula Rogers uno de sus capítulos ⁽¹²⁰⁾, fue provocado por la caída del gigante textil *Livesey, Hargreaves & Co.* en 1788. Durante varios años la casa Livesey (Lancashire) se financió mediante letras correspondientes a transacciones fingidas, gracias a otras firmas comerciales que daban a la operación una apariencia de solidez; con los endosos de rigor — a veces realizados bajo nombre supuesto (cf. *Gibson v. Minet*, 1791) — pasaban a descuento y finalmente eran satisfechas con el dinero obtenido mediante un segundo papel donde aparecían invertidos los protagonistas de la

⁽¹¹⁹⁾ DEFOE, cit. (n. 105), chap. XXX (« Of discounting and endorsing bills, and of the scandalous practice of passing promissory notes, on purpose to borrow money by discount [...] »), p. 305. Y así seguimos: un conocido experto se refería no hace mucho « al supuesto de las convenciones de favorecimiento recíproco, en las que se pactan favores mutuos en el marco de un plan de renovación periódica de los efectos, con la intención de diferir *sine die* la restitución de lo obtenido por su descuento en entidades de crédito, que ignoran estas circunstancias »; cf. Luis A. VELASCO SAN PEDRO, *La firma de favor*, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil I*, U. Nieto, J. I. Bonet (coord.), Madrid, Civitas, 1996, pp. 575-622, p. 582.

⁽¹²⁰⁾ Para todo esto ROGERS, cit. (n. 45), p. 223 y ss., con versión previa publicada como *The Problem of Accommodation Bills: Banking Theory and the Law of Bills in the Early Nineteenth Century*, en *The Growth of the Bank*, cit. (n. 16), pp. 119-155. Entre los tratados de derecho cambiario KYD, cit. (n. 74), p. 214 y ss. destaca por la atención dedicada al caso.

primitiva emisión: « the well-known shift of drawing and re-drawing », en pocas palabras: « raising money by circulation » (121).

En versión más modesta, así era la fraudulenta administración del *King's Theatre* (122). Cuesta esfuerzo imaginar qué clase de negocios ficticios hacían verosímiles a ojos de un banquero con alguna experiencia las órdenes de pago giradas contra William Taylor, pues el librador de los efectos, el odiado Federici, fue un compositor y *maestro al cembalo* que, a lo que nos consta, nunca tuvo actividades comerciales.

Natural de Pesaro, Vincenzo Federici (1764-1826) fue varios años director musical del *King's Theatre*, para el que compuso el ballet *Annette et Lubin* (1789) y varias óperas, sextetos y cantatas (*Andromaca*, *La generosità di Alessandro*, *L'Usurpator innocente*: por cierto, a partir de un *libretto* culpablemente usurpado a Pietro Metastasio). De regreso a Italia (1802) creó otras piezas para el teatro lírico (*Sofonisba*, *Castore e Polluce*, *La conquista delle Indie Orientali...*) y enseñó armonía y contrapunto en el conservatorio de Milán (123).

Pero los espectáculos públicos también generaban dinero y esta circunstancia bastaría por sí sola para dar apariencia de seriedad a los títulos que salían del teatro. No es fácil encontrar datos precisos de su giro económico, pero sabemos que Da Ponte se ajustó como poeta de plantilla por doscientas guineas al año (*Memorias*, p. 150). Cincuenta más reclamó el mismo escritor por traducir a la desesperada la *Zémir et Azor* de André E. Grétry (1771); trabajo en absoluto sencillo que exigía poner en verso italiano el libreto original francés, « de modo que los acentos de la poesía respondan a los de la música,

(121) SMITH, cit. (n. 119), II, chap. II, p. 328.

(122) « Yo era pues el tesorero, el expendedor, el agente, el pagador y el favorito de Taylor. ¿Hay que ir al campo mientras el teatro está cerrado? Da Ponte encontrará el dinero. 'No hay vino en la bodega', decía la Banti. Da Ponte lo conseguirá a crédito de los comerciantes. ¿El señor Taylor necesita calcetas, camisas, pañuelos, etc., etc.? Díganselo a Da Ponte. ¿Los empleados del teatro, los músicos, los bailarines, los cantantes piden dinero? Que vayan a Da Ponte »: DA PONTE, cit. (n. 19), p. 160.

(123) Philip H. HIGHFILL JR. et al., *A Biographical Dictionary of Actors, Actress, Musicians, Dancers, Managers, and Other Stage Personnel in London, 1600-1800*, V: *Eagan to Garrett*, s/l, Southern Illinois University Press, 1978, s.v. 'Federici, Vincenzo', pp. 213-214. Para su vida en Italia cf. Agostina ZECCA LATERZA, *Vincenzo Federici: un musicista per la Repubblica Cisalpina*, en *D'un opéra au l'autre. Hommage à Jean Mongrédian*, Paris, Presses de l'Université de la Sorbonne, 1996, pp. 331-338.

y esto poco lo hacen bien, y es necesario singularmente un oído musical y una larga experiencia » (pp. 157-158). Una letra de ciento setenta y cinco libras recibió como estipendio el tenor Antonio Benelli (p. 190). También se obtenían ingresos con los libretos y el derecho de copia de las óperas (cf. p. 157, p. 158); precisamente, los intereses que ahí se movían fueron la razón de uno de los episodios más turbios en las pésimas relaciones que mantuvieron el maestro Federici y el poeta Da Ponte (p. 161) ⁽¹²⁴⁾. Sin olvidar, por supuesto, el comercio de las localidades: tras el incendio de 1789 Taylor había conseguido reconstruir el teatro (era el mayor del reino, superado en Europa sólo por la Scala de Milán) con la venta anticipada de palcos a « los principales señores de aquella metrópolis [Londres] » (p. 153; cf. p. 160, p. 207); en general, el precio de una entrada ordinaria subía a media guinea (p. 161) ⁽¹²⁵⁾.

Más allá del escándalo que causaron las letras acomodaticias en tiempos de inconvertibilidad de los billetes (« a controversy that would dominate the law of bills from the last decade of the eighteenth century to the early decades of the nineteenth century »), esta clase de efectos encerraba serios problemas jurídicos ⁽¹²⁶⁾. Desde luego, si se pretendía reforzar a beneficio del acreedor el pago comprometido el *favor* se convertía en *garantía* y los jueces no dudaron en admitirlo — incluso cuando el tenedor conocía que el aceptante había firmado « for accommodation » (*Smith v. Knox*, 1799); lógicamente, el favorecido respondía ante el que saldaba su deuda (*Jones v. Brooke*, 1812). Pero si los personajes de la letra de

⁽¹²⁴⁾ Pero aún estaba en formación el régimen jurídico del *copyright* musical: Jenny NEX, *Longman & Broderip*, en *The Music Trade in Georgian England*, Michael Kassler (ed.), Farnham, Ashgate, 2011, pp. 9-93, p. 27 y ss.

⁽¹²⁵⁾ Los derechos del adquirente de una entrada de plata (« silver ticket ») que permitía disfrutar de los espectáculos por veintinueve años se ventilaron en *Taylor v. Waters* (1817). Cf. *Reports of Cases Argued and Determined in the English Courts of Common Law...* II Philadelphia, Pted. for H. C. Carey & I. Lea, 1823, p. 140 y ss. Sobre este controvertido asunto (« filled the columns of the newspapers for years »), *vid.* Pryse Lockhart GORDON, *Personal Memoirs, Or, Reminiscences of Men and Manners at Home and Abroad, during the Last Half Century...* II London, Henry Colburn and Richard Bentley, 1830, p. 82 y ss. de « Recollections of the Opera », 88 y ss. sobre « Waters versus Taylor ».

⁽¹²⁶⁾ ROGERS, cit. (n. 45), p. 234, 237 y ss. La cita en p. 227.

cambio ordenaban el pago a un nombre inexistente se violentaba un sistema que había sido pacientemente construido sobre la hipótesis del « real bill »; por más que se evitara calificar tal acción de *forgery*, dadas sus duras consecuencias penales, tocaba cuando menos modular las reglas cambiarias habituales, y así se entendió que la presencia de un endosante ficticio hacía de la letra a la orden un título emitido al portador (*Taylor v. Harris*, 1789; *Collis v. Emett*, 1790) ⁽¹²⁷⁾. Además, no desaparecía la responsabilidad del favorecido aunque no recibiese noticia del impago de la letra aceptada (*Walwyn v. St. Quentin*, 1797) ⁽¹²⁸⁾.

A partir de los años 1820 — cuando Lorenzo da Ponte escribía sus *Memorias* en la remota ciudad de Nueva York y el Banco de Inglaterra honraba otra vez los billetes con buenas piezas de oro — los tribunales dejaron atrás antiguos prejuicios económico-morales sobre las letras acomodaticias y abandonaron la búsqueda de soluciones *ad hoc* para estos dudosos efectos ⁽¹²⁹⁾. Ajeno al giro que tomaba la jurisprudencia inglesa — que, por cierto, singularizó de nuevo la praxis británica en relación con los usos continentales ⁽¹³⁰⁾ — el poeta de Mozart mantenía vivo el recuerdo de las penurias pasadas. Una cruel casualidad permitió que fuese arrestado el día de su aniversario a causa de una de las letras que Taylor había dejado de pagar amparado en su escaño en los Comunes ⁽¹³¹⁾; apresado y

⁽¹²⁷⁾ Cf. MANNING, cit. (n. 57), p. 28 y ss., a vueltas con *Livesay* y la piadosa interpretación judicial que limitó la falsedad a la usurpación de un nombre real; las cosas fueron diversas en el caso de un Edward Tuft (1777), pp. 30-31.

⁽¹²⁸⁾ Cf. William David EVANS, *Essays on the Action for Money Had and Received...* Bristol, Merritt and Wright, 1802, p. 78 y ss.

⁽¹²⁹⁾ ROGERS, cit. (n. 45), p. 246 y ss.

⁽¹³⁰⁾ Y Mackenzie Chalmers, autor de la codificación de 1882, opinó que « [i]n France a bill represents a trade transaction; in England it is merely an instrument of credit. English law gives full play to the system of accommodation paper; French law endeavours to stamp it out ». En ROGERS, cit. (n. 45), p. 245.

⁽¹³¹⁾ Fue elegido MP por el distrito de Leominster en 1797 y 1802 y por Barnstaple en 1806 y 1812: HIGHFILL JR. *et al.*, cit. (n. 123), s.v. 'Taylor, William', pp. 380-385; interesante entrada biográfica que ilustra además sobre su errática labor como empresario. Para la exclusión del arresto de los servidores del rey, los pares del reino y demás parlamentarios *vid.* Charles PETERSDORFF, *A Practical Treatise on the Law of Bail, in Civil and Criminal Proceedings*, London, Pted. for Joseph Battenworth and Son, 1824, p. 41 y ss., 49 y ss.

conducido a la casa del *sheriff* (« un cuartito donde estaban encerradas varias personas, y con las ventanas aseguradas por gruesos barrotes de hierro ») quedó libre al poco tiempo gracias a dos fiadores ⁽¹³²⁾.

El *bailable process* — así se calificaba el arresto prejudicial que sufrió Da Ponte, pues el apresado podía quedar libre bajo fianza (*bail*) — tenía como fin asegurar la comparecencia del demandado a juicio y se acordaba como medida cautelar (*mesne process*) por el *writ* de *capias ad respondendum*. En la práctica era un método *pro creditore* de tanta eficacia — bastaba la declaración jurada del acreedor (*affidavit*) para conseguir la detención ⁽¹³³⁾ — que generalmente conducía al pago sin necesidad de culminar el pleito ⁽¹³⁴⁾. Una insistente legislación « to prevent frivolous and vexatious arrest » — la norma principal fue dictada bajo Jorge I (12 Geo. 1, c. 29, 1726) — lo limitó a causas de cierta importancia; en 1811, fijado el límite en quince libras, se excluyeron los títulos de crédito (« except where the cause of such action shall arise or be maintainable, upon or by virtue of any bill of exchange or promissory note »), seguramente para reforzar la circulación del papel. Cautela superflua: por esos años el importe medio de la deuda cambiaria multiplicaba varias veces esa suma ⁽¹³⁵⁾.

La triste experiencia fue « preludeo de la estrepitosísima sinfonía que me tocaron [...] [pues] no fui arrestado menos de treinta veces en tres meses por deudas de Taylor », anotó Da Ponte en sus *Memorias* (p. 186) ⁽¹³⁶⁾. Apresamientos propios y ajenos: del odiado

⁽¹³²⁾ Cf. BLACKSTONE, cit. (n. 65), III (1768), p. 290: era indiferente el encarcelamiento en una prisión o en las habitaciones del *sheriff*, así como el aceptar o no fiadores de comparecencia.

⁽¹³³⁾ Sobre los requisitos del *affidavit* en reclamaciones por letras y pagarés, cf. PETERSDORFF, cit. (n. 131), p. 160 y ss. Una ley del Parlamento declaró que los cuáqueros estaban exentos de jurar: *ibidem*, p. 141.

⁽¹³⁴⁾ Clinton W. FRANCIS, *Practice, Strategy, and Institution. Debt Collection in the English Common-Law Courts, 1740-1840*, en « Northwestern University Law Review », 80 (1985-1986), pp. 807-955; en un 40% de los pleitos por deudas se produjo el arresto del demandado (p. 830, 833).

⁽¹³⁵⁾ Cf. *Frivolous Arrest Act* de 1811 (51 Geo. 3, c. 124), en *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland...*, London, Pted. by His Majesty's Statute and Law Printers, 1811, pp. 400-404; para letras y pagarés se mantuvo la cuantía anterior, esto es, diez libras. Según los datos coleccionados por FRANCIS, p. 919, el importe medio de las letras reclamadas ante el *King's Bench* subió de modo constante a lo largo del siglo XVIII, con un máximo de 597 libras en 1815.

⁽¹³⁶⁾ Además del apresamiento en *mesne process*, el *common law* conoció la prisión por deuda civil en vía ejecutiva (« imprisonment on final process »); desagradable situación que podía prolongarse teóricamente tanto como fuera necesario para satisfacer al acreedor. En la etapa londinenses de Da Ponte la cuarta parte de la población reclusa

Federici, de un Giovanni Gallerini que también chupó lo suyo de la Ópera italiana, incluso del empresario Taylor, huido a Francia pero vuelto a Londres cuando ya no gozaba de inmunidad parlamentaria. Presentándose al lector como la víctima inocente de una pandilla de sinvergüenzas, Da Ponte demuestra conocer — y, para su desgracia, de primera mano — las trampas del *common law* relativas a deudores insolventes: el recordado *bailable process* y la prestación de fianza, las subastas de bienes, el desolador *warrant of attorney*, en fin, los costos de tasas, notarios, alguaciles, abogados (137). Eran las consecuencias de jugar con las letras de cambio sin comprender del todo sus secretos: «[d]espués de haber gastado hasta el último céntimo en pagar las costas de jueces, oficiales, posadas, abogados a favor y en contra, carruajes, mensajes, etc., etc., después de haber entregado la mayor parte de los muebles de mi casa a los acreedores de aquel hombre cruel, me vi obligado a declararme en quiebra; y creo haber dado el primer ejemplo en Inglaterra de un mísero que quebró sin deber un céntimo a nadie en el mundo. Entonces me libré del peligro de las detenciones» (*Memorias*, p. 186).

Uno más entre tantos episodios lamentables, causados por el (ab)uso popular de instituciones que antes sólo entendían y practicaban los expertos en asuntos del comercio. Y lo peor era que la disciplina legal de la insolvencia seguía connotada según la profesión. Tratándose de la mercantil, como eco de aquella antigua opinión que consideraba al comerciante una *miserabilis persona* expuesta a los imponderables del tráfico (138), el siglo ilustrado se

de Inglaterra respondía a esa circunstancia: cf. Philip WOODFINE, *Debtors, Prison, and Petitions in Eighteenth-Century England*, en «Eighteenth-Century Life», 30 (2006), pp. 1-32; sobre todo, Margot C. FINN, *The Character of Credit. Personal Debt in English Culture, 1740-1914*, Cambridge, University Press, 2003, p. 109 y ss.

(137) Igual o mejor lo sabía Taylor, cuyos enredos le llevaron a adquirir una preparación más que suficiente para el ejercicio de las profesiones jurídicas: «having so much *law* in his hands», anotó su amigo Gordon, «and such an extended correspondence in his profession, he did not want practice»: GORDON, cit. (n. 125), p. 99.

(138) Para el *dubium* «an mercator sit miserabilis persona» *vid.* Vito PIERGIOVANNI, *Il mercante e il diritto canonico medievale*: mercatores in itinere dicuntur miserabiles personae, en «Monumenta iuris canonici - Series C: Subsidia», 9 (1992), pp. 619-629.

inauguró en Inglaterra con una ley de quiebras (1705) que consagraba, junto al reparto proporcional de la masa a tenor de la *par conditio creditorum* (un principio presente desde la época Tudor: 13 Eliz. c. 7, 1570), la responsabilidad del mercader (inocente) limitada al caudal en concurso: de ese modo, la declaración de quiebra sería el punto final, pero también el arranque de otra aventura empresarial (*Bankruptcy Act*, esto es: « An Act to Prevent Frauds Frequently Committed by Bankrupts », 4 & 5 Anne c. 17). Seguramente las crisis bélicas aconsejaron adoptar esa solución; tal vez el *discharge in bankruptcy* — nuevas leyes del Parlamento (1711, 1718, 1732) reprodujeron sus previsiones, aprobadas en origen *pro tempore* — compensara, mal que bien, la admisión tardía de una *limited liability* en el derecho inglés de sociedades; en cualquier caso, este régimen tan ventajoso para los del comercio ⁽¹³⁹⁾ contrastó con lo previsto para deudores comunes: excluidos del procedimiento concursal, estaban obligados a satisfacer las deudas con todos sus bienes presentes y futuros... bajo la amenaza de prisión ⁽¹⁴⁰⁾. « [T]he laws of bankruptcy are considered as laws calculated for the benefit of trade », admitió sin escrúpulo William Blackstone, « and to that end they confer some privileges [...] since that set of men [los comerciantes] are, generally speaking, the only persons liable to accidental losses, and to an inability of paying their debts, without any fault of their own »; por el contrario, « [i]f persons in other situations of life run in debt without the power of payment, they must take the consequences of their own indiscretion, even if they meet with sudden accidents that may reduce their fortunes » ⁽¹⁴¹⁾. Más flexibles que el ilustre tratadista — o simplemente más atentos a la mercantilización de la sociedad británica — los jueces ampliaron el concepto de *merchant* para extender los beneficios del *discharge* a

⁽¹³⁹⁾ Exigía la colaboración de los acreedores, pues una mayoría reforzada (tres cuartas partes de los mismos « by number and value ») había de consentir la emisión del *writ of discharge* que salvaba al quebrado.

⁽¹⁴⁰⁾ Jay COHEN, *The History of Imprisonment for Debt and its Relation to the Development of Discharge in Bankruptcy*, en « Journal of Legal History », 3 (1982), pp. 153-171; Charles Jordan TABB, *The History of the Bankruptcy Laws in the United States*, en « American Bankruptcy Institute Law Review », 3 (1995), pp. 5-51, especialmente p. 10 y ss. sobre el *Bankruptcy Act* de 1705.

⁽¹⁴¹⁾ BLACKSTONE, II, cit. (n. 65), chap. 31, pp. 472-473.

carniceros, carpinteros navales o sastres caídos en algún infortunio ⁽¹⁴²⁾. Y así, un análisis de la jurisprudencia sobre la materia publicado en 1814 concluyó que ejercía la profesión mercantil quien « [have] bought once and sold once, with an intention to buy and sell again like other traders in that line of business [...] the singular act of buying and selling would have the effect of ten thousand such acts » ⁽¹⁴³⁾.

V. *Cento in Francia... Ma in Ispagna son già mille e tre!*

Comerciante a su manera por negociar las letras del teatro e imprimir y vender sus poesías Lorenzo da Ponte se acogió a la ley de bancarrotas aunque el suyo fuese, lo sabemos, « el primer ejemplo en Inglaterra de un mísero que quebró sin deber un céntimo a nadie en el mundo ». No sufrió arrestos ni sobresaltos durante una temporada, dedicándose a la venta de libros clásicos latinos e italianos, con tienda abierta. Pero las dificultades volvieron, fracasó otro intento de arreglo con los acreedores y sólo le quedó el exilio ⁽¹⁴⁴⁾.

Y tuvo así que seguir el mal ejemplo que dio Casanova muchos años atrás, ampliando el elenco de desgracias sufridas por unos pocos extranjeros envueltos en las mallas, en absoluto comprensibles — ni siquiera para los ingleses mismos: bastaría recordar las críticas de Bentham y sus ‘radicales’ amigos — del *common law of England*. En lo que hace a la letra sabemos que el debate más encendido

⁽¹⁴²⁾ COHEN, cit. (n. 140), p. 160.

⁽¹⁴³⁾ *Ibidem*, p. 163, con uso de E. CHRISTIAN, *Present Practice of the Bankrupt Law*, 1814, pp. 41-42.

⁽¹⁴⁴⁾ « Mi abogado les presentó mis cuentas », recuerda DA PONTE, cit. (n. 19), p. 208, « se ofreció a cobrar lo que se me debía y a pagar lo que yo debía a los otros [...] escucharon con paciencia, bebieron doce botellas de vino que, por hacerme un favor, me permitieron pagar, y tras muchos ‘veremos’, ‘calcularemos’, ‘hablaremos’ y parecidas necesidades insignificantes, me dieron las buenas noches, y a eso de las nueve se marcharon [...] Reconozco a un funcionario del tribunal [...] y fue entonces cuando, con lágrimas en los ojos, me dijo que por la mañana antes de las diez él tendría once writs contra mí, que mis acreedores (doce en total) le habían prometido un buen premio, si antes de las doce me tenía en su casa de detención ». Sobre las fechorías de los abogados, con mención de un Hill (debe ser Joseph Hill [1733-1811], rico letrado y *sworn clerk* de la Cancillería, amigo y benefactor del poeta William Cowper), *ibidem*, p. 195.

surgió a propósito de los *accommodation bills*: esas letras abusivas que fingían verdaderos negocios y que dieron pie a una larga discusión económico-moral, equivalente — en pleno Setecientos — a la polémica sobre cambios secos y recambios, propias de siglos anteriores ⁽¹⁴⁵⁾. Superada (o casi) en Inglaterra, donde el declive de los *civilians* y la expansión del espíritu mercantil aportaron su granito de arena ⁽¹⁴⁶⁾, la *vexata quaestio* de la usura conoció un renovado vigor en la tierra de procedencia de nuestros dos arruinados libertinos ⁽¹⁴⁷⁾.

Más de doscientos libros y folletos y unas sesenta mil páginas, por lo común de tono encendido, salieron en la querida Francia de Giacomo Casanova a vueltas con la gratuidad de los contratos. En realidad, la enemiga a los préstamos onerosos serpenteaba desde el siglo XVII, cuando la propagación de la fe en China y Japón mostró ante los misioneros los tratos practicados por sus neófitos orientales; por esas remotas regiones con débil presencia cristiana no resultaba raro exigir intereses de hasta un treinta por ciento. Aunque la cuestión recibió en Roma una respuesta interlocutoria (« non sunt inquitandi ») la ambigüedad oficial favoreció opiniones para todos los gustos, acentuadas desde 1744 a raíz de la publicación de la obra *Dell'impiego del danaro*. No era un libro cualquiera. Escrito en lengua italiana por un sabio de condición seglar quiso y logró llegar

⁽¹⁴⁵⁾ « In some respects », advierte ROGERS, *Banking Theory and the Law of Bills*, cit. (n. 120), p. 119, « the problems presented by accommodation bill finance in the eighteenth and nineteenth centuries were analogous to the usury problems presented by dry exchange and ricorso bills in the sixteenth and seventeenth centuries ».

⁽¹⁴⁶⁾ Así MANNING, cit. (n. 57), p. 61, refiriéndose a la usura: « at this time, neither the common or statute law, absolutely forbid it ». Este capítulo XIII (« Of Usury Respecting Bills, Notes, etc. ») admite sin problemas el título legal para exigir interés; la tasa fue fijada por la reina Ana en el cinco por ciento al año; tratándose del descuento, el banquero (*sc.* « country banker ») podía además cargar una moderada comisión: *ibidem*, p. 63. Cf. también CHITTY, cit. (n. 74), p. 54.

⁽¹⁴⁷⁾ Para lo que sigue, John T. NOONAN JR., *The Scholastic Analysis of Usury*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1957, p. 355 y ss., 373 y ss.; también, Paola VISMARA, *Oltre l'usura. La Chiesa moderna e il prestito a interesse*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004, p. 253 y ss., con abundante uso de material inédito. Pero al lector apresurado puede servirle Marcel COURDURIÉ, *La dette des collectivités publiques de Marseille au XVIIIe siècle. Du débat sur le prêt à intérêt au financement par l'emprunt*, Marseille, Institut historique de Provence, 1974, p. 31 y ss.

a un público ajeno a las discusiones teológico-morales ⁽¹⁴⁸⁾. Su autor era el marqués Scipione Maffei (1675-1755), veneciano de Verona, poeta ocasional (libretista de *La fida Ninfa*, estrenada en 1732 con música del gran Vivaldi) y conocido en los círculos cultos de media Europa por sus hallazgos como anticuario; amigo del canonista Prospero Lambertini (1675-1758), Maffei tuvo el gesto de dedicarle su pequeño tratado ⁽¹⁴⁹⁾. Nada habría que objetar, claro está, si no fuera porque este Lambertini ocupaba desde hacía cuatro años el solio de Pedro como Benedicto XIV, así que las doctrinas allí sostenidas — el dinero, instrumento que se transforma en cualquier cosa, sería desde luego un bien fructífero; por eso cabría percibir lícitamente intereses del capital en los límites de una ley del poder civil y cuando se financiara a un comerciante — alimentaron lógicamente la controversia.

Conviene saber que Maffei escribía en defensa de la licitud de las llamadas « cambiali civiche »; no eran letras de cambio, sino cédulas de un empréstito concertado por el gobierno de Verona con capitalistas genoveses. La operación financiera coincidió con una edición local de la difundida *Dottrina cristiana* de Pietro Bellarmino enriquecida con una dura nota contra la usura, lo que azuzó la polémica ⁽¹⁵⁰⁾.

Aunque el papa-canonista quiso atajar los peores efectos de la animada discusión con la encíclica *Vix pervenit* (1745) ⁽¹⁵¹⁾, esta carta-circular dirigida a los obispos de Italia — último pronunciamiento oficial de la Santa Sede sobre la difícil cuestión contractual — condenó la usura en el mutuo de acuerdo con la tradición e insistió en la licitud del lucro derivado de circunstancias externas al propio préstamo (« alios, ut aiunt, títulos, eosdemque ipsimet uni-

⁽¹⁴⁸⁾ « Scritto in volgar favella, con maniere decisive, franche e risolute », reconoció con cierto pesar el rigorista (« terrible adversaire de la morale relachée ») Daniel Concina; « [i]l credo che l'Autore ha di erudito e dotto antiquario, serve di occasione ad alcuni di crederlo eziandio un dotto teologo ». Cf. VISMARA, cit., p. 284.

⁽¹⁴⁹⁾ Scipione MAFFEI, *Dell'impiego del danaro. Libri tre* (1744), en *Dell'impiego del danaro. Ristampa dell'edizione del 1746*, G. Barbieri, G. P. Marchi (eds.), Verona, Cassa di Risparmio di Verona, Vicenza e Belluno, 1975.

⁽¹⁵⁰⁾ Cf. VISMARA, cit. (n. 147), pp. 280-281.

⁽¹⁵¹⁾ *Vix pervenit... De usuris aliisque iniustis quaestibus* (1 noviembre, 1745). Ed. Erminio Lora e Rita Simionati en *Enchiridion delle Encicliche* I, Bologna, Edizioni Dehoniane, 1994, pp. 188-199.

versim naturae mutui minime innatos et intrinsecos») o bien obtenido gracias a contratos de otra naturaleza («per alios diversae prorsus naturae a mutui natura contractus»). Sin embargo, para desorientación de los fieles no se abordaban de modo expreso tales circunstancias (recordemos las principales: mora del deudor, lucro cesante y daño emergente del acreedor; la duda consistía ahora en dispensar el mismo trato al saber del comerciante, un experto en técnicas sofisticadas que hacían posible aumentar el dinero) ni, sobre todo, se pasaban en revista los contratos reputados legítimos (pero estaban presentes fórmulas más o menos típicas de financiación de un capitalista dispuesto a retribuir lo recibido en mutuo o depósito). Síntoma de tiempos llenos de perplejidades, el papa reconocía una profunda división de pareceres entre los moralistas («nihil etiam decernimus de aliis contractibus, pro quibus Theologi et Canonum Interpretes in diversas abeunt Sententias»), limitándose finalmente a condenar — como si escribiera ahora a neoconvertos chinos — las actitudes más complacientes, pero también aquellas posturas más rigoristas («ab extremis, quae semper vitiosa sunt, longe se abstineant»). Un *lasciar correre*, dijo enseguida Maffei.

Quién sabe si el erudito marqués, al entender que la encíclica «ha lasciato libero il corso a quei contratti particolari, che da' buoni cristiani per necessità della vita civile si fanno», consideraba, junto a los bonos del empréstito de Verona, también el descuento de las letras de cambio ⁽¹⁵²⁾. He rastreado el asunto en la literatura francesa, donde la carta de Benedicto XIV — sumada a las controversias derivadas del jansenismo — agitó las aguas revueltas de los expertos en teología ⁽¹⁵³⁾. No faltaron lectores que enfatizaron la

⁽¹⁵²⁾ Son palabras de una carta de Maffei a Benedicto XIV (12 de noviembre, 1745) que recoge VISMARA, cit. (n. 147), p. 329. Cf. p. 335, con otra misiva del marqués, seguramente dirigida en este caso a un teólogo rigorista: «[a] Roma non si fanno decreti d'approvazione, ma l'approvazione consiste in rigettare le accuse, e lasciar correre» (26 de noviembre).

⁽¹⁵³⁾ M. PICOT, *Mémoires pour servir à l'histoire ecclésiastique pendant le Dix-huitième siècle* III: 1737-1758, Paris, Librairie d'Adrian Le Clere, 1854³, p. 102 y ss. Cf. René TAVENNAUX, *Les jansénistes et le prêt à intérêt. Choix de textes, introduction et notes*, Paris, thèse ès-Lettres, 1960, que conozco por la nota de J.A. L. en «Archives de sociologie des religions», 10 (1960), pp. 206-208; también Charles CARRIÈRE, *Prêt à intérêt et fidélité religieuse*, en «Provence Historique», 32 (1958), pp. 105-121.

apuesta pontificia por el *justo medio* como vía legítima para admitir los negocios lucrativos; tengo presente a un Paul-Timoléon de La Forest, cura de la Sainte-Croix y vicario general de la archidiócesis de Lyon (« savant sans orgueil, pieux sans fanatisme »), autor del *Traité de l'usure et des intérêts* (1769) donde realizaba una atenta exégesis de la *Vix pervenit*, sobre cuya base podía concluirse a favor del contrato trino (sin nombrarlo: « sommes oisives [confiadas] à ceux qui en font un emploi véritablement lucratif, sous la clause de l'assurance du capital, et d'une portion du profit déterminée ») considerando, en general, que el lucro obtenido por la parte financiada era « juste compensation » que permitía retribuir al inversor ⁽¹⁵⁴⁾. Con el mismo alcance se abrió camino entre otros autores la expresión *prêt de commerce* — exento del reparo de usura — en relación con entregas no gratuitas de capital a un comerciante que lo destinaba a sus tráficos ⁽¹⁵⁵⁾.

Aunque nada vemos en La Forest sobre la (in)moralidad del descuento — negocio financiero al fin y al cabo oneroso — su refutación por el teólogo de Tolosa Bernardin Carpuac ya abordaba el extremo ⁽¹⁵⁶⁾. El polemista partía de una definición precisa de la

⁽¹⁵⁴⁾ *Traité de l'usure et des intérêts*, Cologne-Paris, chez Valat-la-Chapelle, 1769, p. 260 y ss., con nueva, enriquecida edición (« Augmenté d'une Défense du Traité, et des diverses Observations sur les Ecrits que l'ont combattu ») en Lyon, chez Pierre Bruysson Ponthus, 1776. Sobre la autor, *vid.* F. Z. COLOMBET, *Notice sur la personne et les écrits de Paul-Timoléon de la Forest*, en « Revue du Lyonnais (nouv. série) », 10 (1855), pp. 74-77.

⁽¹⁵⁵⁾ Cf. [Étienne MIGNOT], *Traité des prêts de commerce, ou de l'intérêt légitime et illégitime de l'argent...* (1759). Nouvelle éd. aug., I-IV Amsterdam, et se vend à Paris chez Vincent, 1767 (en origen, un pequeño volumen de 1738); por supuesto cada opinión encontraba a su crítico: [Barthélemy DE LA PORTE], *Principes théologiques, canoniques et civils, sur l'usure, Appliqués aux Prêts de commerce entre les Négocians, au Trafic de toute espèce de Papier signe de valeurs, et en général à tout intérêt de l'argent...* IV Paris, chez Develaque, 1772, p. 262 y ss. para el negocio de títulos cambiarios. Cf. P. FERET, *La faculté de Théologie de Paris et ses docteurs les plus célèbres. Époque moderne, VII: XVIIIe siècle. Revue littéraire*, Paris, Picard et Fils, 1910, p. 45 y ss., 53 y ss.

⁽¹⁵⁶⁾ *Examen et réfutation du traité de l'Usure..., ou intérêt du prêt de commerce condamné par l'Église catholique...* Avignon, chez Chambau, 1779, p. 338 y ss. No es infrecuente aquí invocar la autoridad de Pothier, un autor considerado 'anticuado' en la materia de cambios (por ejemplo Romuald SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, Paris, Montchristien, 1989, p. 167), aunque así se olvidan sus méritos al asentar las bases

operación — cosa poco frecuente en esta literatura ⁽¹⁵⁷⁾ — y se mostraba tajante: « cet escompte est visiblement illicite et usuraire [...] *anticipata solutio mutuuum est implicitum* ». Pero admitía la concurrencia de las consabidas circunstancias extrínsecas como medio legítimo de ganancia: cuando el adelanto del dinero causaba quebrantos al tomador-endosatario « en ce cas [il peut] retenir licitement [...] un escompte jusqu'à concurrence de la perte que lui cause l'anticipation du payement, ou du gain dont elle le prive ». Páginas posteriores, dedicadas a « une autre espèce d'escompte qui se pratique entre Marchands par ceux qui achètent au comptant des créances qui ne sont payables qu'au bout d'un certain temps » (esto es, los billetes reembolsables en fecha determinada) profundizaban en la misma doctrina: el descuento sólo sería acorde con la moral si, en caso de no producirse, el adquirente sufriera pérdidas, o cuando éste tuviera que vérselas con un deudor insolvente o litigioso (« car s'il n'est pas permis de retirer du profit du plaisir qu'on fait à son prochain; il est permis de se dédommager de ce qu'il en coûte pour le faire »). Sutiles distinciones que lastraban con criterios antiguos una vida monetaria en continua expansión; no extraña entonces comprobar la tenacidad del P. Carpuac al exigir en las letras de cambio el elemento trayecticio, so pena de usura (« ce seroit un intérêt que vous auriez retenu en récompense du prêt que vous m'avez fait, le quel intérêt est illicite et usuraire »).

Pero no fue algo común, como digo, discurrir sobre la licitud del descuento — admitido o condenado de modo solo implícito según el parecer del teólogo en cuestión. La relativa discreción sobre la usura en la 'compra' de billetes y letras tuvo que ver con el

del derecho cambiario en la (todavía dominante) tradición romana: Christian BERGFELD, *Essai d'établissement de la théorie du droit de change à partir du droit romain*, en *Confluence de droits savants et des pratiques juridiques*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 263-276 (sobre Heineccius, pp. 265-269).

⁽¹⁵⁷⁾ « On appelle escompte la déduction que fait celui que paye une somme avant l'échéance du terme auquel elle est payable, d'une partie de cette somme, pour lui tenir lieu de l'intérêt de la somme payée depuis le jour du payement jusqu'au celui de l'échéance du terme auquel cette somme étoit payable », p. 339.

momento de aparición del endoso en la legislación y la cultura de la monarquía mercantilista ⁽¹⁵⁸⁾.

Un dictamen de Savary (1688) que recuerda Lévy-Bruhl dató en la década de los 1620 el momento cuando comenzaron a emitirse con cláusula « a la orden » instrucciones cambiarias de pago, aunque siempre fue posible transmitir a terceros los derechos incorporados en la letra por simple acto notarial. Casi cincuenta años después se aprobó un reglamento de letras, aceptaciones y pagos por los banqueros, jueces y comerciantes de la feria de Lyon (1667), confirmado de inmediato por la autoridad real. Siguió la *Ordonnance pour le commerce* (1673), el llamado « code Savary » por su principal autor ⁽¹⁵⁹⁾, cuyo título v trataba los instrumentos cambiarios; sin embargo, este cuerpo legal apenas entró en el régimen del endoso, excepto para exigir ciertos requisitos formales (cf. art. 23: « Les signatures au dos des lettres de change ne serviront que d'endossement, et non d'ordre, s'il n'est daté, et ne contient le nom de celui qui a payé la valeur en argent, en marchandise ou autrement »; art. 24: « Les lettres de change endossées dans les formes prescrites par l'article précédent appartiendront à celui au nom duquel l'ordre sera rempli, sans qu'il ait besoin de transport ni de signification »); lo mismo sucedió con la aceptación (art. 2: « Toutes lettres de change seront acceptées par écrit purement et simplement. Abrogeons l'usage de les accepter verbalement, ou par ces mots: *vu sans accepter*, ou *Accepté pour répondre à temps*, et toutes autres acceptations sous condition, lesquelles passeront pour refus et pourront les lettres être protestées »). La cláusula a la orden sólo se generalizó el siglo XVIII ⁽¹⁶⁰⁾. Por lo demás, costó algún esfuerzo reconocer la naturaleza cambiaria del título a la propia orden: una mera instrucción de pago en opinión de Savary, admitiéndose como una auténtica letra en fecha tardía ⁽¹⁶¹⁾. Mientras tanto, en la vecina Inglaterra

⁽¹⁵⁸⁾ Cf. LÉVY-BRUHL, cit. (n. 111), p. 25 y ss., 103 y ss., « sans l'entremise des agents de change ».

⁽¹⁵⁹⁾ Se trata de Jacques Savary (1622-1690), comerciante y tratadista y autor de obras que tuvieron amplia resonancia en toda Europa (cf. *Le Parfait négociant...* éd. Jacques Savary des Bruslons, I Paris, chez les Frères Étienne à la Vertu, 1763). Por supuesto, no es raro comprobar que las propuestas de Savary están detrás de los preceptos; así, su digresión inaugural sobre el peligro de ocultar elementos sustanciales en la cláusula valor (lib. III, chap. IV, « Combien il y a de sortes de Lettres de Change, de toutes les Valeurs dont elle sont conqûes, et des inconvéniens qu'elles peuvent produire », p. 122 y ss.) dio lugar al minucioso art. 1 (tit. V) de la *Ordonnance*, que exigía incluir en los títulos « le nom de celui qui en a donné la valeur, et si elle a été reçue en deniers, marchandises ou autres effets ».

⁽¹⁶⁰⁾ LÉVY-BRUHL, cit. (n. 111), p. 108.

⁽¹⁶¹⁾ LÉVY-BRUHL, cit. (n. 111), p. 122 y ss. Más restrictivo el *Parlement* de París que los comerciantes o la doctrina (Dupuys de la Serra), la exigencia en la letra de tres figuras cambiarias sólo se superó tras una intervención del *Conseil Royal* (1778), favorable al endoso (« il est constant que l'acceptation de cette traite, quoique faite avant que celui à qui elle doit être payée ait été dessigné par l'endossement, lie l'accepteur qui

valían como vimos las letras de dos personajes y la aceptación condicionada, parcial y verbal; el *bill of exchange* mantuvo además un mayor grado de abstracción.

Nada decían estas leyes sobre el descuento, ni siquiera aludido en el título siguiente de la *Ordonnance* (tit. VI, « Des intérêts de change et du rechange »). Tampoco Savary lo había abordado de modo específico en su obra, pues se limitó allí a presentar consideraciones y cálculos varios para la venta de mercaderías con rebaja (cf. cap. XIII, lib. III: « De l'escompte, et des règles pour le faire, et quelle différence il y a entre l'escompte et le change »). A esta genérica acepción del término su hijo y continuador Jacques Savary des Bruslons, autor de un famoso *Dictionnaire universel du commerce* (1733), tuvo ocasión de añadir otro, definitivo sentido: « [escompte] signifie aussi la remise que l'on fait sur une lettre de change ou sur quelque autre dette que se puisse être, qui n'est pas échue, pour l'Accepteur, ou le Débiteur, en avance du payement »⁽¹⁶²⁾. Avanzado el siglo este segundo significado se había extendido en la lengua y en la doctrina francesas⁽¹⁶³⁾.

El cruce entre la práctica del descuento y los escrúpulos morales derivados de la condena de la usura se documenta además en unos textos teológicos — bastante olvidados en la historiografía actual, si no me equivoco⁽¹⁶⁴⁾ — nacidos de los debates públicos sobre asuntos de moral y religión que tenían lugar en el seminario de

contracte toutes les obligations auxquelles sont soumis ceux qui mettent leur signature sur une lettre de change »).

⁽¹⁶²⁾ DE ROOVER, cit. (n. 63), p. 120 y ss., donde no deja de recordarse que el diccionario académico recogía desde 1740 el preciso sentido cambiario de 'escompte'. Pero parece que la documentación mercantil de Marsella recoge negocios de descuento desde comienzos de siglo: cf. Charles CARRIÈRE, *Escomptait-on les lettres de change au XVIIIe siècle?*, en Charles Carrière et al., *Banque et capitalisme commercial. La lettre de change au XVIIIe siècle*, [Marseille], Institut historique de Provence, 1976, pp. 21-46.

⁽¹⁶³⁾ *Dictionnaire universel françois et latin...* III Paris, Compagnie des Libraires associés, 1752, p. 1005; [Jacques ACCARIAS DE SÉRIENNE], *Les intérêts des Nations de l'Europe développés relativement au commerce* II, Leyde, chez Elie Luzac, 1766, p. 315 y ss.; *Dictionnaire universel des sciences morale, économique, politique et diplomatique...*, [Jean-Baptiste-Réné] Robinet (ed.), XXVI Londres, chez les Libraires associés, 1782, s. v. « Papier de commerce », p. 138 y ss.

⁽¹⁶⁴⁾ Cf. al menos René PUYO, *La doctrine catholique sur l'usure d'après les Conférences ecclésiastiques de Paris*, Paris, PUF, 1941, p. 156 y ss. sobre el descuento.

Saint Nicolas-du-Chardonnet de París; son las *Conférences ecclésiastiques* recopiladas por Jean-Laurent Le Semelier, teólogo y asistente del general de la Doctrina Cristiana (†1725) ⁽¹⁶⁵⁾. De las diversas colecciones en cuestión (sobre el matrimonio, sobre los pecados, sobre el Decálogo...) nos interesan aquéllas *sur l'usure et la restitution*, publicadas en 1718 y varias veces (1724, 1733, 1748, 1756) vueltas a editar, en versiones enriquecidas con diversos materiales ⁽¹⁶⁶⁾, hasta 1775.

Una « conférence unique » que cubría el lib. III (vol. 2º) analizó nuestro asunto (« De l'Usure qui peut se glisser dans le trafic des Billets à perte de finance », p. 186 y ss.). Preocupaba ante todo la especulación con los billetes de banco — el debate se desarrolló en los años del *sistema* de John Law — mas el editor admitía cualquier otra especie de moneda-papel, incluidas las órdenes para pago de los oficiales públicos ⁽¹⁶⁷⁾. Expuesto en forma casuística, el razonamiento descansaba sobre un par de ideas generales; de una parte, la justicia (conmutativa) cifraría el monto del descuento en aquella suma que fuese equivalente a la pérdida del capitalista por adelantar los fondos (« pour faire plaisir à [son] ami ») o por sufrir algún gasto en razón de la cobranza. Y ante todo, de otra, la mayor o menor solvencia del obligado cambiario (« des Négocians, qui sont accrédités et en honneur ») habría de condicionar el valor de los títulos y, por ende, su precio en caso de cesión:

⁽¹⁶⁵⁾ Charles-Louis RICHARD (O. P.) et al., *Dictionnaire universel, dogmatique, canonique, historique, géographique et chronologique, des Sciences ecclésiastiques* V, Paris, chez Jacques Rollin etc., 1762, p. 45; también, *Dictionnaire historique des auteurs ecclésiastiques...* III, Lyon, chez la Veuve Bessiat, 1767, pp. 138-139.

⁽¹⁶⁶⁾ « Publiées pour la première fois en 1718 en 4. vol. in-12, et pour la seconde en 1724. Cette seconde édition est beaucoup corrigée et augmentée. Les additions roulent sur bien de cas, que l'on avoit proposés à l'auteur sur cette matière, dans les conférences qui se tiennent tous le mois dans les doyennés du diocèse de Paris », cf. *Dictionnaire historique*, cit., p. 138. Aquí utilizo la ed. de 1775 (Paris, chez les Frères Estienne), definitiva.

⁽¹⁶⁷⁾ « Par le mot billets », advertía en p. 186, « nous entendons ici les lettres de change, les billets de change, les billets payables au porteur, à un tel ou à son ordre; nous pouvons même y comprendre les Ordonnances que le Roi donne à prendre sur les Trésoriers pour le payement des Troupes & des Officiers, les billets d'ustenciles & tous les autres qui ont été faits ou se peuvent faire à la Monnaie, à la Caisse des Emprunts ou ailleurs pour le service de l'État; cela s'appelle en termes généraux du papier ».

tratándose « des personnes peu solvables, ou qui ne payent que difficilement [...] il est permis de prendre ces billets à perte de finance ».

La creencia en un valor objetivo, indisponible entonces por actos de mera voluntad, aconsejaba al moralista observar que « [i]l y avoit injustice et usure d'acheter des billets royaux de la valeur de cent mille livres pour cinquante ou trente mille livres en argent. La raison est, qu'on ne peut acheter une chose à un prix qui soit au-dessous de sa valeur: & la valeur des billets royaux répandus dans le Public par ordre du Prince, est celle de la somme qui y est exprimée, c'est une espèce de monnaie à laquelle le Prince a mis le prix » (p. 197).

Un « absolutismo monetario », en definitiva, según la expresión de Paolo Grossi que antes recordábamos. Ahora bien, que el dinero y el crédito perdían su vieja naturaleza de cosas puramente mercantiles para convertirse en instrumentos universales de intercambio ⁽¹⁶⁸⁾ lo demostraba el propio recopilador al distinguir entre los profesionales del tráfico (« les négociants ») y los ciudadanos comunes (« les particuliers »). Unos y otros podrían hallarse envueltos en negocios con títulos y descuentos, mas lo que se permitía a los primeros en razón de su profesión y de los gastos que ésta conllevaba (« il est permis à un Marchand de profiter de son industrie, & de faire valoir son argent dans le commerce », p. 193), no tendría que aprovechar a los segundos, « qui ne sont pas obligés de faire ces dépenses » (p. 190). Igual noción llevaba a responder con una negativa la duda sobre la adquisición por particulares de billetes « à perte », pues « on ne peut acheter une chose à un prix qui soit au-dessous de sa valeur: & la valeur des billets royaux répandus dans le Public par l'ordre du Prince, est celle de la somme qui y est exprimée » (p. 197). Ciertamente los especuladores habrían hundido

⁽¹⁶⁸⁾ « Tenemos otra especie de riqueza, de que apenas había la menor idea al principio de este Siglo », se razonó en el continente de Europa sobre las causas del auge de Inglaterra; « [e]sta riqueza artificial, que se ha llamado *Crédito público*, no se ha inventado para que cada uno se aplique á su arbitrio una verdadera riqueza [...] sino para aumentar con el auxilio de las riquezas artificiales las verdaderas, esto es, las territoriales y las facticias ». Cf. [Jacques ACCARIAS DE SÉRIONNE], *La riqueza de la Inglaterra: que explica las causas del origen, y progresos de la industria, el comercio, y la marina de la Gran Bretaña...* trad. del francés por Don Domingo de Mercoleta, Madrid, Impta. de Miguel Escribano, 1774, p. 4.

el curso de los billetes, pero eso sería un grave caso de usura que los cristianísimos reyes de Francia hacían muy bien en combatir (p. 188 y ss., p. 198 y ss.); si el agio causaba una pérdida al tenedor de un papel que lo había recibido en pago de un mutuo (por supuesto gratuito) sería un acto de estricta justicia compensarle con algo más del capital para evitar cualquier pérdida.

« Voici un principe certain pour les billets Royaux, sur lequel on doit décider les cas qu'on peut proposer au sujet des billets Royaux. C'est qu'il n'est jamais permis ni de profiter, ni de s'enrichir par l'achat ou trafic de ces billets; mais aussi il n'est pas défendu de se faire indemniser de la perte qu'on fera sur ce papier par celui de qui on se reçoit de bonne foi. C'est une règle qu'il faut suivre à l'égard des liquidations, actions & autres papiers pour lesquels l'agiot public est aujourd'hui toléré » (p. 207).

Más que en estos dictámenes de los curas parisinos, relanzados cuando la *Vix pervenit* provocaba una nueva oleada de escritos sobre la moralidad de los negocios, interesa insistir en la distancia que separaba la cultura cambiaria a uno y otro lado de la Mancha: casi un siglo había mediado entre la creación del *Bank of England* (1694), protagonista principal del tráfico con las letras según comprobamos, y la fundación en París de la *Caisse d'Escompte* (1776), una institución destinada a mantener dentro de límites aceptables — los derivados de la voluntad del príncipe como título legítimo de interés — el curso de las operaciones de descuento ⁽¹⁶⁹⁾. Por supuesto, la concesión de mutuos retribuidos se excluía del todo (« en aucun cas ni sous quelque prétexte que ce soit ») entre los propósitos del nuevo banco: « [e]n France, la loi civile, plus sévère qu'en aucun autre pays d'Europe à ce sujet se rapprochait de la lettre de la loi canonique » ⁽¹⁷⁰⁾. Los eternos conflictos de competencia entre la

⁽¹⁶⁹⁾ « Les opérations de la dite *caisse*, consisteront », según el « Arrêt du Conseil [...] portant établissement d'une caisse d'Escompte » (24 mars, 1776), « premièrement, à escompter des lettres de change & autres effets commerçables, à la volonté des administrateurs, à un taux d'intérêt, qui ne pourra dans aucun cas, excéder quatre pour cent l'an; secondement, à faire le commerce des matières d'or & d'argent; troisièmement, à se charger en recette & et dépense des deniers, caisses & paiements des particuliers qui le désireront, sans pouvoir exiger d'eux aucune soumission, rétribution ou retenue quelconques, & sous quelque dénomination que ce puisse être ». Cf. *Encyclopédie méthodique. Commerce* I, Paris, chez Panckoucke, 1783, p. 332.

⁽¹⁷⁰⁾ PUYO, cit. (n. 164), p. 70.

justicia corporativa y la justicia ordinaria parisina, tan agudos a propósito de las letras ⁽¹⁷¹⁾, darían cuenta de las tensiones — superadas hacía largo tiempo en Inglaterra — que desató la difusión social de los instrumentos financieros en el orden jurídico tradicional.

«Las limosnas se parecen, y no poco, a letras de cambio giradas por la eternidad: nos las encontraremos pagaderas a la vista» ⁽¹⁷²⁾. No fue muy diferente el caso de la católica España, destino geográfico de Casanova tras huir de Gran Bretaña y pasar algún tiempo en tierras germánicas y rusas (cf. *Histoire...* caps. CCXXIII-CCXXVIII, p. 1698 y ss.). Pocos años antes de que el simpar libertino disfrutase con el sensual baile del fandango y escribiera sus locas propuestas a los ministros de Carlos III (1767-1768) tuvo lugar en Madrid una acerba disputa sobre las actividades bancarias de los Cinco Gremios Mayores (1763). No se discutió entonces de letras ni de intereses de descuento, pero aquella virulenta polémica, cosa de «unos clérigos de cogote pelado, rígidos y tétricos [...] que no hay quien pueda arrimarse a sus confesionarios ni oír sus sermones», condensaba a la perfección el choque de la nueva cultura monetaria con la vieja exigencia de gratuidad en las relaciones crediticias ⁽¹⁷³⁾.

Como en el reino de Francia, a veces con dependencia de los escritos allí producidos, los teólogos españoles se lanzaron a debatir sobre la licitud de los contratos, en una difícil búsqueda del «au-

⁽¹⁷¹⁾ «Una materia», según los jueces mercantiles, «que toca al crédito entre comerciantes y al comercio en general, en tanto que logrado por letras de cambio o pagarés y por la cadena de sus endosos; en una palabra, esto es una materia claramente pertinente al tribunal mercantil»: *vid.* Amalia D. KESSLER, *A Revolution in Commerce. The Parisian Merchant Court and the Rise of Commercial Society in Eighteenth-Century France*, New Haven etc., Yale University Press, 2007, p. 47 y ss. Sus datos sobre arbitrajes — un 24 por ciento de procesos relativos a letras de cambio — se interpretan correctamente (cf. p. 193) como prueba de la extensión de los efectos entre todos los estratos de la sociedad.

⁽¹⁷²⁾ CARRIÈRE, cit. (n. 153), p. 121. El texto pertenece a una *Encyclopédie de Pensées, Maximes et Réflexions*, «ouvrage utile pour former le jugement [...] tant dans le Sacré que dans le Prophane», 1761.

⁽¹⁷³⁾ Para lo que sigue PETIT, cit. (n. 16), p. 242 y ss.

mento del comercio con seguridad de la conciencia » (174). Tengo presente la opinión del P. Alejandro Aguado, de la Orden de San Basilio y catedrático de la Universidad de Alcalá, consultado sobre el caso que sigue. Los diputados del gremio de Paños, titular corporativo de los establecimientos textiles de San Fernando, Guadalajara y Brihuega, habían sido encargados « para que en su nombre buscásemos caudales a premio o interés, con la mira de que invirtiéndolos en estos fines [...] se lograra el ver cumplido un punto en que tanto se interesa el bien común. En esta virtud han acudido diferentes Viudas, Pupilos, Obras Pías y Personas particulares y han entregado varias porciones que nosotros hemos recibido, y de las respectivas cantidades, en conformidad con el poder, les hemos entregado las competentes escrituras, obligando al Gremio a pagarlas de la fecha de dos, tres, cuatro o más años, y en el interim el premio o interés de dos, dos y un cuartillo, dos y medio y algunos (que son pocos) a tres por ciento al año. Se pregunta si esta recepción de caudales, en los términos expuestos, es lícita, no sólo para nosotros, y al Gremio, sino también para los que han entregado el dinero » (175).

Se trataba, según es fácil de colegir, de un contrato de depósito (nombre técnico que ahora se omitía) pactado por no-comerciantes con la compañía gremial, que aceptaba tales imposiciones. Un cierto cuidado con el lenguaje privilegiaba, sobre el término *intereses*, el de *premios*: algo menos provocativo y más neutro. Entre premio y banco la razón de la entrega parecía la apetencia del primero antes que la seguridad en la custodia derivada del segundo. Además, como los impositores no parecían sujetos versados en actividades mercantiles (viudas, menores) — cuando no resultaban ser patrimonios *extra commercium* (obras pías) — la apetencia del lucro se encontraba justificada pues no lo obtendrían de ningún otro modo; a su vez, los depositarios eran unos expertos que sabían comerciar,

(174) Joseph M^a DE URÍA NAFARRONDO, *Aumento del comercio con seguridad de la conciencia*, Madrid, Joachin de Ibarra, 1785, que es una traducción-adaptación del *Traité de l'usure* del P. De la Forest.

(175) *Consulta sobre la licitud del contrato trino del P. Alexandro Aguado, del Orden de San Basilio, catedrático de Teología jubilado y doctor complutense...* Madrid, 25 de julio, 1763, en Biblioteca Nacional (Madrid), mss. 13543, fols. 68-75v.

aumentar la riqueza colectiva y explotar las fábricas: ganaba entonces, con los Gremios, el « interés común ». Jurídicamente la relación se quería irreprochable. Ni tenía entrada al peligroso mutuo ni se entendía desplazada la propiedad del dinero a beneficio del banco; tampoco se aludía al *depósito irregular*. No obstante razones contrarias, « per modum cuiusdam societatis » el teólogo apreciaba en estos acuerdos un contrato innominado bastante similar a los concluidos por los montes de piedad que existían en Roma (« compañía de socios acumulados y acumulantes ») o a la compra de juros emitidos por la real hacienda.

Pero las cuestiones morales persistían, pues los Gremios no sólo destinaban a la producción industrial los capitales en depósito. « Se ofrece la duda de que si los Directores de esta casa, teniendo caudales sobrantes de los que buscan y tienen, y no habiendo negocio mercantil en qué emplearlos [...] si podrán dar dinero a premio a personas particulares que no sean del comercio y llevarles más intereses que el dos y medio y tres por ciento que paga la casa, y así mismo si haciéndolo a sujetos comerciantes se podrá llevar a éstos el interés o premio que tiene de práctica el comercio así en Madrid como en las plazas principales de la Península de España, que para inteligencia se advierte es un medio por ciento al mes, así en letras, vales y demás obligaciones, en la inteligencia de que ni de particulares ni de comerciantes se toma alhaja para seguridad » (176). A pesar de recordar la condena de ciertos juristas heterodoxos (177) y de dar entrada al amor en el derecho de contratos (« porque desprecian la ley de la caridad y no tienen respeto del amor del prójimo ») el préstamo oneroso de dinero — incluidos letras y vales, esto es: su descuento — se consideraba un negocio legítimo si mediaba la condición mercantil del inversor. La retribución de la profesión se unía entonces al logro del bien común — el viejo argumento del comercio como actividad necesaria para la conserva-

(176) Alejandro AGUADO, *Dictamen del Padre... sobre tratos de una casa de comercio*, 5 de marzo, 1763, en Biblioteca Nacional (Madrid), mss. 11023, fols. 70-84, fols. 71 y v.

(177) « Molineo, Salmazio, calvinistas [...] y otros que caminan con los principios de los naturalistas Wolfio, Punffendof e Heinneccio, y otros novatores modernos, que con el título de Derecho Natural prescinden de Dios y de su santa ley ».

ción de la república — en el dictamen que consultamos, para justificar un principio tradicional... que podía resultar novedoso.

« Respecto de particulares adinerados que por oficio no son comerciantes ni sus caudales son deputables a interés de lucro no me atrevería yo a resolver afirmativamente sobre lo lícito, porque no hallaría en éstos justo título extrínseco adyacente al mutuo para justificar el premio, pero en nuestro caso atendiendo el fin a que se ordena el lucro y el complejo de esta mancomunidad, me afirmo en lo dicho, fundándome en que el dinero acumulado en este cuerpo se puede considerar, mediante el tráfico, negociación y fatiga, como un fundo de tierras, viñas u olivares, que con alguna analogía se hace fructífero [...] y así como cada uno en su ejercicio lícitamente gana para su sustento vendiendo sus frutos [...] *pariter* se puede considerar en esta compañía el caudal acumulado fructífero en la tierra y arte de la negociación, en que distribuido o cuasi sembrado con el trabajo y fatiga de su industria tengan sus ganancias para el fin justo y honesto de su decente sustento, o como en este caso se verifica, para la pública utilidad, para que no falten las cosas necesarias a la vida en la patria y república donde habitan » (178).

Se admitía para la gente del tráfico, como vemos, lo que estaba prohibido al « particular adinerado ». En todo reino bien ordenado encontraríamos mayorazgos, colonos, indigentes... que obtenían su sustento legítimo de acuerdo con el propio estado. Como la profesión del comercio consistía en sacar fruto del dinero, en relación con los comerciantes financiados sería lícito el cobro de intereses.

Con los argumentos favorables a los Gremios llegó finalmente el pronunciamiento regio. Lo pidió el banco y lo apoyaron los teólogos, pero Carlos III también se debía a su conciencia y sólo decidió tras oír el dictamen del gobernador del Consejo, que era un alto eclesiástico, del inquisidor general y de otras autoridades reunidas en junta. Y legisló el monarca en cuestión de teología « conformándome con el dictamen uniforme de tantos hombres de integridad y sana doctrina », para concluir « que son legítimos y obligatorios estos contratos, y mandar que como tales sean juzgados en mis tribunales » (real cédula de 10 de julio, 1764).

Un predicador de fama, el jesuita Pedro de Calatayud, también había admitido « dar dinero a ganancia » cuando mediaba trato mercantil. « En los puertos de mar o secos, donde es mucho y vivo el comercio, juzgo que no es usura ni pecado el dar sujetos particulares su dinero a ganancia, llevando el seis por ciento o cosa moderada, haya o no haya fincas o fianzas de

(178) AGUADO, cit. (n. 176), fols. 79 y v.

aseguración » (179). Y esgrimía varias razones: desde la hombría de bien y la moral de quienes habitualmente lo practicaban hasta la conveniencia de que circulase la riqueza, con especial hincapié en el riesgo ínsito en la actividad mercantil de la parte así financiada. « Es lícito dar el dinero a ganancia (o prestarlo a ganancia, que es lo mismo) a mercaderes o comerciantes en los pueblos o lugares de comercio, mas no es lícito prestarlo ni darlo a ganancia a labradores, republicanos y otros que lo buscan, no tanto para comerciar con él, como para socorrer sus cuitas ». Sin duda se reconoce la sombra de Scipione Maffei.

Algún partidario de los depósitos retribuidos consideró que « después de la Carta que expidió nuestro Católico Rey [...] nadie se atreverá a contradecirme a cara descubierta », mas la licitud del interés siguió en discusión. Hubo teólogos rigoristas atados a la concepción tradicional: avisos que se anunciaban caritativos, cartas teológico-morales, opúsculos que enseñaban a reconocer las manchas de usura en los contratos insistían una y otra vez en la gratuidad del uso del dinero (180). Si la carta de Benedicto XIV había aceptado « la necesidad de mantener y extender el comercio por el bien público », sólo permitía la ganancia por títulos diferentes al préstamo: « contractus emptionis et venditionis, contractus societatis, contractus cambii, vel manualis, vel localis, et per litteras, contractus census realis perpetui, et alii multi », por tanto con exclusión de imposiciones retribuidas de capital: « si deponens pecuniam apud Negotiatorem facultatem Negotiatori impertiret eam suis negotiis impendendi sub onere tamen restituendi suo tempore in omne eventu acceptam quantitatem [...] non depositi, sed mutui celebraret » (181). Aunque el rey de España admitiera su legitimidad, el moralista habría de formar en cualquier caso criterio, « quia omnes

(179) Cf. *Doctrinas prácticas, que suele explicar en sus misiones el Padre Pedro de Calatayud, Maestro de Theología y Misionero Apostólico de la Compañía de Jesús...* II, Valladolid, Congregación de la Buena Muerte, 1753, pp. 205-216.

(180) Antonio MARTÍNEZ ARENAZA, *Carta teológico-moral en respuesta al libro que el Dr. D. Joseph María de Uría Nafarrondo... publicó con el título...*, Madrid, Plácido Barco López, 1786; Fray Martín BENESSAT, *Aviso caritativo a Don Joseph María de Uría Nafarrondo y Moral desengaño al Público... Obra necesaria a los comerciantes y útil para todos los que exercitan cura de almas*, Vich, Juan Dorca y Morera, 1790; Eudaldo CORRIOLS, *Tractatus de mutuo et usura et de contractibus qui cum mutuo frequentibus uniuntur...*, Romae, S. Baldassari, 1792.

(181) CORRIOLS, cit., p. 57, 67.

homines etiam Principes subjiuntur Deo, ejusdemque legibus debent obtemperare; nec possunt eas limitare, vel dispensationem aliquam in aliquo casu in eis concedere » (182). Y si valía cierto grado de tolerancia bien podía ser porque « el Príncipe algunas veces permite menores males para evitar mayores; permite por eso el curso de algunos contratos ilícitos » (183). La cédula carolina sería, en conclusión, uno de esos supuestos — tan habituales a finales del siglo XVIII — que suponían el ejercicio de la potestad extraordinaria (*a legibus soluta*) del monarca: « muchas veces se llevan intereses del préstamo, no por razón del mutuo, sino por razón de la ley o estatuto del Príncipe » (184). Y por tanto, la real disposición de 1764 vendría a ser una expropiación por causa de pública utilidad: « la declaración se fundaría en doctrina más cierta, cual es la de que el Soberano puede transferir el dominio que los vasallos tienen en sus bienes, cuando conviene para el bien de la Causa pública, pues usando de esta facultad da a los capitalistas aquel interés que por otra parte sería propio del comerciante, y una vez que el Rey les da tales bienes, pueden ellos recibirlos con buena conciencia » (185). Tras ese largo recorrido el teólogo aceptaba la ley civil como título legítimo de ganancia financiera.

No había riesgo de usura, sin embargo, en la emisión regular de una letra. Pero esta tesis, defendida por la (escasa) doctrina hispana del momento (186), descansaba en una concepción bastante arcaica del instrumento cambiario (187).

Anterior a Suárez, y no sólo por la fecha, fue José Manuel Domínguez Vicente (1706-1767), de los Consejos de Hacienda y de Castilla, censor de la Real Academia de la Historia (1742), anotador de la *Curia Philipica* de Juan de Hevia Bolaños y autor de unos *Discursos jurídicos sobre... las letras de*

(182) *Ibidem*, p. 32.

(183) BENASSAT, cit. (n. 180), p. 9.

(184) *Ibidem*, pp. 229-230.

(185) *Ibidem*, p. 229.

(186) Ante todo Miguel Gerónimo SUÁREZ Y NÚÑEZ, *Tratado legal theoretico y práctico de letras de cambio* I, Madrid, Impta. Joseph Doblado, 1788.

(187) Cf. en general Bruno AGUILERA-BARCHET, *Historia de la letra de cambio en España. (Seis siglos de práctica trayecticia)*, Madrid, Tecnos, 1988.

cambio (1732) ⁽¹⁸⁸⁾. Tratado vetusto de forma y de fondo, que aún se excusaba por emplear el « vulgar Castellano », porque « siendo la materia que se trata sobre letras de cambios, sera razon que lo entiendan todos los que se emplean en este Comercio » (además « que nuestro Idioma Castellano no ha cometido delito alguno, para que se le destierre de los Libros Facultativos »). Tratado — se dice — vetusto, centrado antes en el *contrato* que en la *letra* de cambio, con el modelo del cambio nundinal, exigencia radical de la *distantia loci* (lib. I, disc. XXVIII: « Si en el contrato de Cambio debe observarse formalmente la distancia local, ó si es bastante que se observe por equipolencia ») y atención al endoso como institución de garantía (con una sola entrada en el índice final, cf. lib. I, disc. XVI: « Con que obligación queda ligado el que firma también, y endorsa las letras de Cambio, que entre otros se celebra »); por el contrario, el asunto principal de Domínguez Vicente seguía siendo la usura contractual (con más de treinta entradas en los índices, tanto de forma expresa: cf. lib. I, disc. VI: « Si el cambio es contrato de mutuo, en quanto difiere de él, y en quanto conviene »; *ibidem* disc. XII: « Si el contrato de cambio contiene en sí justicia; y si es lícito, especialmente en el Fuero de la Conciencia »; también lib. III, disc. VIII, « Que diferencia se considera entre el logro de el cambio, ò Recambio, y el interesse del mismo », como en discusiones varias sobre el justo precio de los cambios: cf. lib. I, disc. XXIII: « Qual sea el justo precio de el Cambio »; también, disc. XXVI: « Quando se comete Monopolio, ó injusticia en el contrato de Cambio de parte de el precio »). Eso explica que las autoridades de Domínguez Vicente sean los Navarro, Soto, Cayetano, Covarrubias...

Por una parte, la letra no se concebía con independencia del cambio de moneda, y así Suárez exigía como requisito sustancial « [q]ue haya distancia de Lugares, de suerte que se reciba su importe en una Plaza para pagarse en otra, pues en esto es especialmente en lo que consiste la esencia del Contrato de Cambio, para cuya execucion se formaliza la Letra » (I, p. 27; cf. p. 76, p. 90, pp. 284-285); la restricción era notable, pues las normas propiamente mercantiles — exuberantes en el siglo ilustrado, con el caso notable del Consulado de Bilbao (Ordenanzas de 1737) — admitían sin problemas las letras libradas a la propia orden y pagaderas en la misma plaza de emisión, sin duda para allegar fondos mediante su

⁽¹⁸⁸⁾ José M. DOMÍNGUEZ VICENTE, *Discursos jurídicos sobre... las aceptaciones, pagas, intereses y demás requisitos, y qualidades de las letras de cambio...*, Madrid, Herederos de Juan García Infanzón, 1732.

descuento ⁽¹⁸⁹⁾. El divorcio entre una doctrina anticuada y los negocios contemporáneos parecía insalvable ⁽¹⁹⁰⁾.

De otro lado, el endoso se podía entender aún como una simple procuración para el cobro de la deuda cambiaria (lo que hacía inadmisibles las firmas en blanco) ⁽¹⁹¹⁾. Distinguiendo con sutileza el endoso-cesión y el endoso-mandato la jurisprudencia local invocaba la *Ordonnance* de 1673, donde *endossement* aparecía ciertamente como un encargo de tal naturaleza (tit. V, art. 23) ⁽¹⁹²⁾; mas esta solución, acaso justificada un siglo atrás, resultaba casi irreal cuando escribía Suárez.

Y así, al divulgar los conceptos elementales del cambio los redactores del *Correo Mercantil de España y sus Indias* (Madrid), en el número correspondiente al 3 de abril, 1797 (cf. « Comercio », 67-71), sostenían que « las letras de cambio se pueden ceder por el sugeto á cuyo favor están libradas, y esta cesión se llama *endoso*, el qual se escribe en el embés, ó respaldo de la letra, por estas palabras: *Paguese á la órden de N. valor en cuenta ó recibido*; con la fecha del mes y año, y la firma del que la cede. Una letra puede llevar todos los endosos que se quieran, quedando al fin por dueño de ella el último á cuyo favor está endosada. Para cobrarla basta poner: *Recibí N. la firma* » (p. 71).

⁽¹⁸⁹⁾ « Atendiendo á que en esta Villa se acostumbra hacer entre comerciantes vecinos de ella varias letras de cambio, donde solamente parecen al principio los nombres de librador y aceptante, por haberlas dispuesto y tirado dicho librador á su propia orden para endosarlas cuando le conviniese, ó bien cobrarlas por sí, ya que de esto no puede resultar inconveniente alguno: se ordena que este genero de letras se continúe haciendo en la forma referida, y que tengan la misma fuerza y validación de las demas de que se hace mención en el numero segundo de este capitulo » (*Ordenanzas de Bilbao*, cap. XIII, n° 7). Contra la naturaleza cambiaria de la letra a la propia orden, cf. SUÁREZ, cit. (n. 186), p. 285: « un simple mandato [...] y así, no traerán aparejada ejecución ».

⁽¹⁹⁰⁾ También en Francia, donde la justicia mercantil de París entendió inaplicables, por superadas, las reglas del endoso y la *distantia loci* contenidas en la *Ordonnance*: cf. KESSLER, cit. (n. 171), p. 228 y ss.

⁽¹⁹¹⁾ SUÁREZ, cit. (n. 186), p. 50 y ss.

⁽¹⁹²⁾ « Les signatures au dos des lettres de change ne serviront que d'endossement, et non d'ordre, s'il n'est daté, et ne contient le nom de celui qui a payé la valeur en argent, en marchandise ou autrement ». Cf. noticia del discurso sobre letras de cambio (« como objeto de la jurisprudencia ») de Joseph María de Zuaznavar y Francia ante la Real Academia de Jurisprudencia de Derecho Español y Público, extractado en el *Memorial literario...* 11 (mayo 1787), pp. 34-45, p. 36 y ss.; SUÁREZ, cit. (n. 186), pp. 14-15.

El *Correo Mercantil* incorporaba un entendimiento del endoso presente en las Ordenanzas bilbaínas, pero mediaba además la nueva regulación ‘nacional’ de las letras impuesta en 1782 con la creación del Real Banco de San Carlos: una institución nacida, entre otros dudosos objetivos (Real Giro, suministros militares), para descontar vales y letras e interesada, por tanto, en extremar el rigor jurídico de los títulos aceptados.

« Por cuanto con este motivo se debe reformar un abuso que se ha introducido en algunos juzgados subalternos en los cuales se admiten excepciones sobre aceptación de Letras », razonó el principal responsable del Banco al elevar a la corona sus planes ⁽¹⁹³⁾, « V. M. se servirá declarar soberanamente que la aceptación es el contrato más solemne y obligatorio, y que por consiguiente no admite por de contado excepción ni reclamación, e igualmente que por el mismo hecho de dejar de protestar su aceptación cualquier comerciante, debe reputarse por fallido, y sufrir la ejecución contra su persona y bienes con prohibición absoluta a todos los jueces y justicias de separarse de esta declaración ». Lo suscribió el rey Carlos III en la cédula de erección (2 de junio, 1782) al declarar la ejecutividad de la letra aceptada y la obligación de los endosantes frente al Banco tomador, « sin que sobre este punto se admitan dudas, opiniones ni controversias » (art. 32). Observemos las palabras. De *abuso* se calificaba un pacífico *uso* de la vieja cultura mercantil. Las quejas ilustradas ante la regulación vigente de las letras — normas de índole corporativa y local, solo extensibles por vía de interpretación — insistían en las competencias de « jueces y justicias » ordinarias frente a unas relaciones socio-profesionales flexibles, en las que, por ejemplo, revestía gran importancia montar un banquete entre colegas a fin de conciliar « los ánimos, y si ofrece la casualidad alguna duda sobre letra de cambio, pendiente entre los mismos concurrentes, la dirimen los otros amistosamente [...] no siendo extraño el que durante el tiempo de tomar una taza de café se haga una gran negociación, se repare el crédito del librador de una letra, saliendo quien por su honor la pague, o se dirima una duda cuya purificación costaría un pleito » ⁽¹⁹⁴⁾. Un ‘derecho’ cambiario, en suma, dominado por viejos estilos, términos de cortesía, aceptaciones y pagos por honor con motivo de convites y festejos, se alteraba ahora en virtud de las facultades

⁽¹⁹³⁾ *Plan de Don Francisco Cabarrús sobre el Banco Nacional* (art. 29), en « Archivo Histórico Nacional » (Madrid), Estado, leg. 3000. Cf. PETIT, cit. (n. 16), p. 259.

⁽¹⁹⁴⁾ Muy interesante las consideraciones de Juan Antonio DE LOS HEROS, *Discursos sobre el comercio... Representaciones y dictámenes* (1790), [Madrid], 1989, p. 313. Cf. también p. 311: « No se me oculta el que la profusión en las mesas, los banquetes, las diversiones al campo y otros obsequios, que acostumbran los Comerciantes, son negocio por ser medios de adquirir amigos, y de hacer por gratitud á una esplendida comida, una interesante negociación, que en otros términos tal vez no se perfeccionaria ».

‘económicas’ del « gobierno activo »: el dicho Real Banco de San Carlos, al ser *nacional* — es decir, una *persona ficta* de condición no-mercantil — exigía reglas nuevas, ajenas a las costumbres del comercio ⁽¹⁹⁵⁾.

La fuerza ejecutiva de la letra a tenor del art. 32 de la cédula de erección del Banco fue el medio de dignificar jurídicamente el negocio de aceptación (« toda Letra aceptada será ejecutiva como instrumento público ») que constituía al librado en deudor cambiario, mas traía además la ventaja de exonerar al acreedor del reconocimiento de firmas o de tener que probar su autenticidad por medio de testigos: el título desplegaba sus consecuencias frente a los obligados en vía de regreso, cuya responsabilidad, por cierto, se graduaba (« en defecto del pago del aceptante, la pagará ejecutivamente el que la endosó a favor del Banco; y, a falta de éste, el que la hubiere endosado antes, hasta el que la haya girado, por su orden ») ⁽¹⁹⁶⁾; quedaba también excluido a favor del acreedor-endosatario la aplicación del beneficio de excusión (el tenedor no « tendrá [...] necesidad de hacer excusión cuando los primeros aceptantes o endosantes hubieren hecho concurso o cesión de bienes, o se hallare implicada y difícil la paga por ocurrencia de acreedores u otro motivo, pues bastará certificación del impedimento para recurrir pronta y ejecutivamente contra los demás obligados al pago », art. 34). Más allá de lo previsto en relación con

⁽¹⁹⁵⁾ « Habreis reparado que no he hecho mencion de ninguna ley del Reyno concerniente al asunto exceptuando la Pragmática sanción de 2 de Junio de 1782 », explicó al público académico el recordado ZUAZNAVAR, cit. (n. 192), pp. 44-45. « Es de extrañar ciertamente que en los voluminosos Códigos legales de nuestra Nacion no haya otra que trate de una materia tan frecuente y de tanta importancia. No alcanzo el motivo por que nuestro sabio gobierno tan zeloso é infatigable en promover todo lo que dice relación á la felicidad del Estado no ha formado todavía un Código mercantil [...] ¿es posible que no tengamos leyes por las que se gobiernen todos los Vasallos del Reyno en semejantes materias? ».

⁽¹⁹⁶⁾ Cf. SUÁREZ, cit. (n. 186), p. 225: « [e]ste derecho es especial, pues estando obligados *in solidum* principalmente todos quantos concurren en una Letra de Cambio, segun las reglas comunes, no habría lugar á éste orden, y qualquiera podría executar á un mismo tiempo á todos, ó á quien le pareciese ». La tradicional responsabilidad solidaria de esos obligados se recogía, desde luego, en las Ordenanzas del Consulado de Bilbao (cap. XIII, nn° 1, 24, 29; para los vales, cap. XIV, n° 4); sólo encuentro algo parecido a una graduación para el caso de concurrencia de varios intervinientes en la aceptación o el pago por honor de la letra (cap. XIII, n° 40).

el Banco de San Carlos estos preceptos fueron objeto de promulgación *ad hoc* (« por vía de regla y punto general ») mediante pragmática sanción de igual data ⁽¹⁹⁷⁾.

En cualquier caso, con el San Carlos se pacificó desde el punto de vista moral el cobro de intereses de descuento: « primer objeto é instituto » desde su misma fundación (cf. art. 2 de 1782: « anticipar y reducir á dinero efectivo todas las Letras de cambio, Vales de Tesorería, y Pagarés que voluntariamente se llevaren á él »), que fueron tasados oficialmente en un cuatro por ciento (art. 37; cf. arts. 10 y 39); en 1785 se creó además una sucursal del Banco en Cádiz, bajo la denominación justamente de « Caja de Descuentos » ⁽¹⁹⁸⁾. Suárez, que no decía una palabra del descuento en el primer tomo de su tratado, centrado en cuestiones jurídicas, abordaba con naturalidad el asunto al presentar en el 2º volumen las instituciones españolas dedicadas al negocio bancario ⁽¹⁹⁹⁾. La criatura financiera impulsada por la corona no podía actuar en régimen de monopolio (« quedando en libertad las partes de negociar sus Vales, Letras, ó Pagarés con qualesquier Cambistas, y hombres de negocios »), de modo que la tasa del cuatro por ciento gozó de cierta vocación expansiva ⁽²⁰⁰⁾.

*

* *

Le Mariage de Figaro se estrenó tempranamente en Londres

⁽¹⁹⁷⁾ « Pragmática Sanción por la qual se declara y establece lo que debe observarse en el pago, y aceptación de Letras de Cambio, para evitar tergiversaciones y providencias arbitrarias e inconstantes », 2 de junio, 1782.

⁽¹⁹⁸⁾ Cf. Pedro TEDDE DE LORCA, *El Banco de San Carlos (1782-1829)*, Madrid, Alianza - Banco de España, 1988, p. 154 y ss., 206 y ss.

⁽¹⁹⁹⁾ SUÁREZ, cit. (n. 186), II 1789, p. 213 y ss. En p. 43 reproducía sin objeciones aquel nº 7 del capítulo cambiario (XIII) de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao (cf. *supra* n. 190) favorable a las letras giradas y pagaderas en la misma localidad.

⁽²⁰⁰⁾ Pero en la *Caja gaditana* los intereses eran del cinco por ciento: cf. SUÁREZ, II, pp. 224-225. Una relación de cambistas madrileños y corredores activos en la última década del siglo encuentro en la *Guía de litigantes y pretendientes...*, Madrid, Josef de Urrutia, 1791, p. 64 y ss.

según la versión de Thomas Holcroft (*Follies of a Day*, 1784) ⁽²⁰¹⁾. Nunca atravesó el Canal otra pieza de Beaumarchais que se llevó a escena, sin éxito, unos años antes, titulada *Les deux amis* (1770) ⁽²⁰²⁾. En ese intento literario el autor se las veía — seguramente influido por Michel-Jean Sedaine (1719-1797) — con el género nuevo del « drame bourgeois »: obras escénicas a caballo de lo cómico y lo trágico, concebidas para educar el ‘espíritu público’ mediante historias de hombres virtuosos pertenecientes al *tercer estado*.

« Qui osera disputer au commerce l'honneur de rendre à l'État épuisé le nerf & les richesses qu'il n'a plus? », se preguntaba uno de los personajes de Beaumarchais ⁽²⁰³⁾. « Tous les Citoyens sentent l'importance de cette tâche: le Négociant seul la remplit. Au moment que le Guerrier se repose, le Négociant a le bonheur d'être à son tour l'homme de la patrie ».

El fracaso de *Les deux amis* no se debió, claro está, a la noble intención del drama: en su *debe* literario se cuenta el mutismo artificioso del *fermier* Mélac, que prefería enlodar su buen nombre con tal de evitar la quiebra del amigo Aurelly; las increíbles dificultades financieras de este rico « Édipe du textile », colocado sin embargo al borde del suicidio; los colosales fondos, en fin, del recaudador general Saint-Alban, generoso salvador de la situación ⁽²⁰⁴⁾. Un modelo de éxito ofrecía *Le Philosophe sans le savoir* (1765), cosa del recordado Sedaine también estrenada en la *Comédie Française*, donde había conseguido veinte mil espectadores y una abultada recaudación ⁽²⁰⁵⁾. Aunque la misma *Comédie* reproducía en

⁽²⁰¹⁾ Cf. Edith WRAY, *English Adaptations of French Drama between 1780 and 1815*, en « Modern Languages Notes » [MLN], 43 (1928), pp. 87-90.

⁽²⁰²⁾ Pierre-Augustin Caron de BEAUMARCHAIS, *Les deux amis, ou le Négociant de Lyon, drame en cinq actes en prose...*, Paris, chez la Veuve Duchesne, 1770. Cf. Caroline WEBER, *On the Hardness of Virtue, or Fetishizing Disinterest in Beaumarchais' Les Deux amis*, en MLN, 119 (French Issue) (2004), pp. 800-818.

⁽²⁰³⁾ *Les deux amis...*, cit., act. II, esc. 10, p. 38.

⁽²⁰⁴⁾ Cf. Jean-Pierre de BEAUMARCHAIS, *Les deux ennemis?*, en « Revue d'histoire littéraire de la France », 100 (2000), pp. 1149-1157. La moraleja de la pieza estaría en la conveniencia de que la real hacienda diera apoyo — sin perjuicio de ciertas irregularidades — al comercio, falto de liquidez.

⁽²⁰⁵⁾ Guy BOUQUET, *Une entreprise 'tertiaire' au XVIIIe siècle: La Comédie-Française*, en « Annales. Économies, Sociétés, Civilisations », 24 (1969), pp. 1231-1235, a propósito de Claude ALASSEUR, *La Comédie-Française au XVIIIe siècle. Étude économique* (1967).

sus espacios la estructura envejecida de la sociedad tradicional — con plateas y aun la escena para la nobleza, el patio para artesanos y comerciantes, logías para los operarios... cuando pudieran permitirse abonar por una localidad lo equivalente a un jornal — los gustos iban cambiando: si en las primeras décadas del siglo triunfaban allí las tragedias de corte clásico (*Inés de Castro*, 1723; *Oedipe*, 1718; *Hérode et Marianne*, 1725), a partir de los años 1760 — con el ejemplo del recordado Sedaine — se prefería a los personajes comunes enfrentados a las miserias y las grandezas de la vida cotidiana; el vencimiento de un crédito o la solidaridad entre amigos subían ahora al escenario y el público podía celebrar el heroísmo de un comerciante que luchaba con denuedo para mantener impoluto su nombre profesional. Pues qué, ¿acaso encerraba mejores virtudes la nobleza de sangre que una existencia consagrada a la negociación? En absoluto: nada superior a la reputación de aquel honesto burgués que con un trozo de papel y un poco de tinta daba órdenes escritas que eran obedecidas de un extremo a otro del universo; además, mientras el rey contaba con el valor del metal de la moneda acuñada, cualquier mercader conseguía, gracias a su firma, idéntico resultado. Puesta al servicio de todas las naciones sin distinción, la profesión mercantil sería la red capilar que garantizaba la paz por la necesidad del comercio.

« Quel état, mon fils, que celui d'un homme qui d'un trait de plume se fait obéir d'un but de l'univers à l'autre! Son nom, son seign, n'a pas besoin, comme la monnoie d'un souverain, que la valeur du métal serve de caution à l'empreinte: sa personne a tout fait; il a signé, cela suffit [...] Ce n'est pas un peuple, ce n'est pas une seule nation qu'il sert; il les sert toutes, et en est servi: c'est l'homme de l'univers [...] [Q]u'a-t-il de respectable? De respectable! Ce qui légitime dans un gentilhomme les droits de la naissance, ce qui fait la base de ses titres: la droiture, l'honneur, la probité [...] Nous sommes sur la superficie de la terre autant de fils de soie que lient ensemble les nations que les ramènent à la paix par la nécessité du commerce; voilà, mon fils, ce que c'est un honnête négociant » (206).

Y la letra de cambio, ese peligroso pero utilísimo instrumento que todos — mal que bien — conocían, adquirió una considerable

(206) SEDAINE, *Le Philosophe sans le savoir — La gageure imprévue*, Paris, Librairie de la Bibliothèque Nationale, 1895, acto II, escena 4 de *Le Philosophe* en pp. 31-32.

fuerza dramática como elemento decisivo en estas obras ‘modernas’. Valió incluso para satirizar algunas piezas poco felices — como *Les deux amis*, precisamente — castigadas por los críticos más duros: « J’ai vue de Beaumarchais le drame ridicule // et je vais en un mot vous dire ce que c’est // c’est un change où l’argent circule // sans produire le moindre intérêt » ⁽²⁰⁷⁾.

Un cambio sin interés. Qué más hubieran deseado aquel par de libertinos cuyas andanzas cambiarias hasta aquí nos acompañaron.

⁽²⁰⁷⁾ BEAUMARCHAIS, cit. (n. 204), p. 1149. El poema salió en la *Correspondance littéraire*, 15 de enero, 1770.

FRANCESCO MIGLIORINO

IL DR. FREUD E LE RIVISTE DEI COLPEVOLI

1. Il grande Viennese arriva in Italia da Monaco e da Zurigo. — 2. Dal cannocchiale di Galileo all'arte del 'porre' e del 'levare' di Leonardo: la suggestione della catarsi e la terapia dell'analisi. — 3. Psicoanalisi e diritto cominciano a parlarsi: il metodo delle associazioni libere nelle indagini giudiziarie. — 4. Sigmund Freud, Edoardo Weiss e l'Acheronte di Virgilio. — 5. Edoardo Weiss e le 'sue' riviste: dall'« Archivio » di Levi Bianchini alla « Rivista italiana di psicoanalisi ». — 6. La psicoanalisi nel villino di via Nicotera a Roma: Giulio Andrea Belloni, Mario Piacentini ed Edoardo Weiss.

1. *Il grande Viennese arriva in Italia da Monaco e da Zurigo.*

Nella prima decade del Novecento si respirava una bella aria nelle aule e nei corridoi della Clinica psichiatrica di Monaco di Baviera. Giovani talenti si radunavano da ogni parte d'Europa per ascoltare gli insegnamenti dell'austero e misurato Emil Kraepelin. Lezioni, seminari e pratiche sperimentali erano condotti da Maestri che, animati dal « più umanitario principio di assistenza », scandagliavano le penose sofferenze della mente umana. Nel cuore d'Europa lo sfrenato scientismo d'impianto positivistico sembrava perdere di influenza in favore di un approccio più attento alle dinamiche che trascendevano il dato meramente organico. Si sperimentavano per gli psicotici modalità di terapia e di assistenza prima mai proposte ⁽¹⁾.

Le esposizioni « chiare e ordinate » di Alois Alzheimer sulle patologie della corteccia cerebrale, le « brillanti dimostrazioni » di Wilhelm Kattwinkel sulle cupe neuropatie che aggredivano la fragile

⁽¹⁾ Cfr. soprattutto R. CORSA, *La dimensione psicologica e psicoterapica nella psichiatria clinica di fine secolo*, in « Rivista Sperimentale di Freniatria », CXV (1991), 5, p. 778; EAD., *Le radici storiche della psicoterapia della schizofrenia: Jung e Abraham al Burghölzli*, in « Studi Jungiani », IX (2003), 2, p. 73.

esistenza di vite maledette, le « belle proiezioni » di Hans Gudden « sull'anatomia normale del sistema nervoso centrale », i seminari di Gustav Specht sulle lamentazioni querule dei folli criminali, le indagini microbiologiche di Otto Rehm e di Felix Plaut sulle affezioni cerebrali che erano procurate dalla colpevole infezione luetica. Soprattutto, si praticava con fervore quella diagnosi differenziale che era sconosciuta all'impianto lombrosiano, soppiantato già da un decennio da più avvedute indagini cliniche e da più solidi apparati teorici (2). Al confine tra medicina del corpo e cura dell'anima, medici e psichiatri andavano alla corte del Maestro di Monaco con lo stesso spirito con cui tanti giovani rampolli delle più influenti famiglie di giuristi si recavano in Germania alla ricerca dei fondamenti concettuali (e formali) della solidissima tradizione pandettistica.

Gustavo Modena, allievo di Augusto Tamburini, era già vicedirettore del manicomio di Ancona quando si recò a Monaco, nel dicembre del 1907, per seguire il corso superiore di perfezionamento in clinica delle malattie mentali. Tre settimane intense e proficue. « Durante gli intervalli fra una lezione e l'altra — scriveva all'influente prof. Ruggero Tambroni — nei ritrovi serali tra i colleghi convenuti a Monaco, il discorso di attualità, l'argomento principe delle più vivaci discussioni era dato dalla dottrina di Freud e Jung, dal metodo psico-analitico nello studio e nella cura dell'isterismo e della demenza precoce » (3). A Monaco ci metteva del suo Ernest Jones che, ancor prima d'incontrare Freud al primo 'Congresso di Psicoanalisi' a Salisburgo era già tanto esperto e appassionato dei nuovi orizzonti della psicoanalisi da riuscire a « sensibilizzare » il giovane Modena, con cui mantenne per lungo tempo rapporti epistolari, e il brillante Roberto Assagioli che già dava a

(2) Per Freud « il fantastico Lombroso non sapeva fare la diagnosi differenziale »: lettera del 19 ottobre 1920 a Stefan Zweig, in S. FREUD, *Lettere 1873-1939*, Torino, Boringhieri, 1960, p. 305.

(3) G. MODENA, *Il corso di perfezionamento (Fortbildungskurs) presso la clinica Psichiatrica di Monaco. Lettera al Direttore del « Giornale di Psichiatria »*, in « *Giornale di psichiatria e tecnica manicomiale* », XXXV (1907), p. 759.

vedere una non comune sensibilità in merito alle sublimazioni degli istinti sessuali (4).

Capitava poi che tra gli entusiasmi e le obiezioni che si accendevano a margine dei corsi ufficiali il grande Kraepelin s'incaricasse paternamente di rassicurare gli spiriti più inquieti: « La dottrina contiene forse un piccolo nucleo buono, ma i suoi fondatori e i seguaci ne hanno talmente esteso i limiti e la portata da renderla insostenibile » (5). Non c'era verso, però, di mitigare l'innamoramento degli intelletti più arditi per la « psicologia del profondo », che da Vienna apriva una sconfinata radura per conciliare il corpo e l'anima, l'interno e l'esterno, l'implicito e l'esplicito: per provare a pensare se la coscienza, ch'era divenuta ormai un enigma per il soggetto stesso che se ne credeva da sempre possessore e artefice, non fosse impigliata dagli albori filogenetici della specie umana in una fitta ragnatela di forze pulsionali e di spinte dinamiche: « Nonostante tutto — continua con una punta di divertita ironia — l'entusiasmo dei seguaci di queste dottrine non si attenua e nella breve prefazione al suo lavoro l'Jung non esita a fare un parallelo fra Freud e Galileo: sarà davvero il metodo psicoanalitico il cannocchiale che ci permetterà di scoprire l'oscuro orizzonte di queste oscure malattie? » (6). In Italia — aggiunge poi — mancava la benché minima consapevolezza dei lavori di Freud e di Jung, i cui testi aspettavano ancora di essere almeno « riassunti o discussi » (7). In una prospettiva, però, che fosse capace di ancorare « l'opera freudiana all'interno della ricerca psicopatologica tedesca » (8).

È sorprendente come Modena fosse così bene informato delle pagine introduttive di un ampio lavoro di Carl Gustav Jung, apparso lo stesso anno col titolo *Psicologia della dementia praecox*, in cui la magnifica metafora del « cannocchiale di Galileo » era usata per

(4) Cfr. E. JONES, *Vita e opere di Freud*, trad. it., Milano, Il Saggiatore, 1966, vol. II, pp. 89, 101, 104; M. DAVID, *La psicoanalisi nella cultura italiana*, Torino, Boringhieri, 1966, p. 147 e ss.

(5) MODENA, *Il corso di perfezionamento*, cit., p. 759.

(6) *Ibidem*.

(7) *Ibidem*.

(8) Cfr. P. GUARNIERI, *Modena, Gustavo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, LXXXV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2011 <http://www.treccani.it/enciclopedia/gustavo-modena_%28Dizionario-Biografico%29/>.

incoraggiare lo studioso della mente a liberarsi « da ogni tentazione di strapotere dottorale » e per guardare con animo sgombro alle più recenti scoperte sul dinamismo psichico. Senza dogmatismi e con spirito critico: a suo dire, si poteva pure contraddire il grande Viennese, a condizione però di avere applicato « largamente il metodo psicoanalitico », procedendo « veramente come Freud » ad esplorare « a lungo e pazientemente la vita quotidiana, l'isterismo e il sogno dal suo punto di vista » ⁽⁹⁾.

Le pagine di un giovane corsista monacense ci lasciano intravedere la torsione teorica che, in quel torno d'anni, il più promettente allievo di Eugen Bleuler, dopo anni di duro lavoro al Burghölzli — ospedale cantonale e clinica psichiatrica di Zurigo — stava maturando in favore dei contenuti psicologici e delle possibilità psicoterapeutiche delle malattie mentali ⁽¹⁰⁾. In un ambiente particolarmente fertile e aperto a idee liberali, la psichiatria accademica si intrecciava a tal punto con il pensiero psicoanalitico da far dire a Freud, qualche anno dopo, che « la maggior parte di coloro che oggi seguono e collaborano con me sono venuti passando per Zurigo, persino quelli per cui geograficamente era molto più vicina Vienna che la Svizzera » ⁽¹¹⁾.

Nelle vedute di Freud (ma anche nei suoi calcoli) il sodalizio

⁽⁹⁾ C.G. JUNG, *Psicologia della dementia praecox* (1907), in *Opere di C.G. Jung*, vol. III, trad. it., a cura di L. Aurigemma, Torino, Boringhieri, 1971, pp. 11-12 (a p. 8 le note del curatore sulla emersione di una psichiatria « indissolubilmente legata alla psicologia del profondo, umanissima, esemplarmente libera da ogni tentazione di strapotere dottorale »). Per A. CAROTENUTO, *Jung e la cultura italiana*, Roma, Astrolabio, 1977, p. 13, le ricerche di Jung hanno rivoluzionato « il vecchio modo di interpretare i processi schizofrenici ».

⁽¹⁰⁾ Per L. AURIGEMMA, *Premessa del curatore*, in *Opere di C.G. Jung*, vol. III, cit., p. 7, Jung « afferma l'irriducibilità della malattia mentale alla sola causalità fisiologica e ipotizza l'inafausta collaborazione di condizioni multiple, [...] vi sostiene l'efficacia terapeutica della lettura del materiale delirante sul modello dell'interpretazione onirica, di cui riconosce in Freud il pioniere e il maestro ».

⁽¹¹⁾ S. FREUD, *Per la storia del movimento psicoanalitico* (1914), in *Opere di Sigmund Freud*, edizione diretta da C.L. Musatti, Torino, Boringhieri [d'ora in avanti: OSF], vol. VII, 1975, p. 400, che alludeva, fra gli altri, soprattutto a Max Eitingon, a Ernest Jones, a Karl Abraham, ad Alphonse Maeder, a Franz Riklin e Édouard Claparède. Una sorta di pionieristico gruppo freudiano del Burghölzli: CORSA, *Le radici storiche della psicoterapia della schizofrenia*, cit., p. 77 e ss.

che aveva avviato con Jung nel 1906 doveva contribuire a fare uscire la psicoanalisi dal ghetto della cultura ebraica mitteleuropea, « ma anche da quello, metaforico, della terapia ambulatoriale ». Tanto più che l'allievo prediletto di Bleuler apparteneva a un centro di prestigio internazionale che era allo stesso tempo istituzione psichiatrica e clinica universitaria di antiche tradizioni ⁽¹²⁾. Freud, in quegli anni, era più occupato a dar forma al suo rivoluzionario modello di funzionamento della mente mentre il giovane Jung era molto più interessato alla cura della sofferenza mentale. Resta un mistero, però, come Freud non abbia intuito per tempo che il geniale Zurighese sarebbe stato mal disposto ad adattarsi al ruolo di comprimario, tanto meno a quello di docile e riconoscente allievo. Tra i due, sin dall'inizio, c'era una evidente distanza antropologica, prima ancora che teorica: Freud ha sempre avuto una visione *tragica* della condizione umana, « dilaniata dall'insanabile conflittualità tra le esigenze pulsionali e le richieste sociali »; Jung, invece, era sorretto « da una visione eroica dell'uomo e del suo destino », credeva fermamente nell'autonomia dello Spirito e nel primato della dialettica, costruita *teoreticamente*, come « sintesi pacificatrice » dei contrari ⁽¹³⁾.

La psicoanalisi giunge dunque in Italia grazie a un viatico generoso di osservazioni cliniche e di costruzioni teoriche. Tuttavia, se si fa eccezione per gli insperati contributi di Baroncini, Modena e Assagioli (1907-1912) ⁽¹⁴⁾, nei decenni successivi la perdurante ipoteca lombrosiana (declinata ormai con la medicina costituzionale, la biotipologia e l'antropologia criminale) lascerà il nostro Paese ai

⁽¹²⁾ Cfr. S. VEGETTI FINZI, *Storia della psicoanalisi. Autori opere teorie (1895-1990)*, Milano, Mondadori, 1990, p. 131 e ss.

⁽¹³⁾ Cfr. *ivi*, p. 142.

⁽¹⁴⁾ Per la verità, già sul finire del secolo XIX erano apparsi nelle riviste italiane sporadici riferimenti a Freud. Riguardavano l'« atassia di Friedreich », le paralisi cerebrali infantili, l'imbecillità e l'idiozia e rinviavano a quella fase preanalitica in cui Freud aveva fatto valere la sua non comune esperienza sulla fisiologia e la patologia del cervello. Ma anche qualche recensione su argomenti più propriamente psicoanalitici a proposito di *Ricordi di copertura. Il meccanismo psichico della dimenticanza* (Enrico Tanzi); *Ossessioni e fobie* (Luigi Cappelletti); *Psicopatologia della vita quotidiana* (Jacopo Finzi). Nel 1903, Jung è invece citato, per la prima volta in Italia, in una rivista di « scienze spiritualistiche », per la sua tesi di laurea sulla psicologia e la patologia dei fenomeni occulti. Per i riferimenti bibliografici, cfr. CAROTENUTO, *Jung e la cultura italiana*, cit., p. 11 e ss.

margini di quel fruttuoso rapporto che si tesseva nel cuore dell'Europa tra psichiatria e psicoanalisi. Da qualche tempo erano già al lavoro in Italia dispositivi disciplinari e misure securitarie che, in carcere e in manicomio, s'incaricavano di mettere allo scoperto l'indole malvagia dei folli e di *bonificare* il corpo della società dal materiale settico degli anormali.

2. *Dal cannocchiale di Galileo all'arte del 'porre' e del 'levare' di Leonardo: la suggestione della catarsi e la terapia dell'analisi.*

Il 12 dicembre del 1904 Freud fu invitato dal Collegio medico di Vienna a tenere una conferenza sul tema della *Psicoterapia*. Si sa quanto tenesse a divulgare le sue esperienze cliniche, meglio se dinanzi a un uditorio ancora digiuno delle *infernali* procedure che erano praticate per scandagliare il lato oscuro (e *rimosso*) dell'animo umano (*Die Seele*). A leggere il testo di quella conferenza — pubblicato l'anno dopo nella « Wiener medizinische Presse » — si fa fatica a separare il tono suadente della parola detta dalla limpidezza della scrittura ⁽¹⁵⁾.

Il metodo *catartico* — così lo chiamava Joseph Breuer — è stato il cominciamento e la *genealogia* di un'avvincente avventura (clinica oltre che umana) che dai primi esperimenti di « suggestione ipnotica » aveva aperto, grazie a Freud, le vie a una torsione in favore del metodo analitico. Una strada prima d'allora mai battuta, per agire « più a fondo », per portare più lontano e ottenere « nel malato il più rilevante cambiamento ». E ancora: « tra la tecnica della suggestione e quella analitica esiste la più grande antitesi, quell'antitesi che il grande Leonardo da Vinci ha compendiato, per quanto riguarda le arti, nelle formule 'per via di porre' e 'per via di levare' ». La tecnica della suggestione è come la pittura, « applica cioè piccole masse di colore là dove prima non c'erano »; la terapia analitica, invece, « non vuol sovrapporre né introdurre alcunché di nuovo, bensì toglier via, far venir fuori » con l'unico scopo di rischiarare il « contesto psichico dell'idea patogena che mira a

⁽¹⁵⁾ S. FREUD, *Psicoterapia* (1904), in OSF, IV, 1970, pp. 429-439. Apparve anche nella *Sammlung kleiner Schriften zur Neurosenlehre* (*infra*, note 23 e 24), per la sua capacità di spiegare succintamente la tecnica di indagine psicoanalitica.

eliminare » (16). Per Freud, la rimozione di « sentimenti spiacevoli » è provocata da spinte dinamiche che possono essere percepite « nella *resistenza* che si solleva contro il riproporsi del ricordo, sicché — come scrive in un testo apparso l'anno prima — « All'ipnosi c'è da rimproverare il fatto di nascondere la resistenza, impedendo così al medico di osservare il giuoco delle forze psichiche. Essa non elimina la resistenza, ma la elude e dà pertanto solo informazioni incomplete e solo risultati transitori » (17).

Si sa: la metafora è uno straordinario strumento retorico per costruire discorsi convincenti, per far rivivere — come sanno fare i segni iconici — le vertigini che ci prendono dinanzi a un orizzonte sconosciuto. L'arte del 'porre' e del 'levare' di Leonardo da Vinci diventa nelle mani di Baroncini prima, di Modena poco dopo, il crocevia per enfatizzare le geniali vedute di Freud, che aveva interrotto con amarezza il suo lungo sodalizio col generoso amico e benefattore (18). Grazie alle esperienze condotte dai due negli ambulatori di Brücke, si poteva oramai guardare oltre, per sperimentare processi terapeutici nuovi, che — diversamente dalla catarsi ipnotica — fossero in grado di costruire la partecipazione attiva tra medico e paziente lungo l'asse portante della « traslazione ». Stava nascendo la psicologia dell'inconscio (19). Per Freud i disturbi « somatici e psichici » di Anna O., sottoposta da Breuer a ipnosi, erano nient'altro che una manifestazione di *conversione* del *rimosso* e riproducevano dinanzi al medico i « sedimenti » di « esperienze cariche di affetto » nel singolarissimo rapporto « con la scena traumatica che li aveva causati » (20). Una sorta di « compiacenza

(16) Ivi, p. 429 e ss.

(17) S. FREUD, *Il metodo psicoanalitico freudiano*, in OSF, IV, 1970, pp. 407-424 (410).

(18) Cfr. L. BARONCINI, *Il fondamento e il meccanesimo della psico-analisi*, in « Rivista di psicologia applicata », IV (1908), 3, pp. 211-231 (230); G. MODENA, *Psicopatologia ed etiologia dei fenomeni psiconeurotici. Contributo alla dottrina di S. Freud*, in « Rivista Sperimentale di Freniatria », XLV (1908), pp. 657-670; XLVI (1909), pp. 204-218 (206).

(19) Cfr. almeno H.F. ELLENBERGER, *La scoperta dell'inconscio: storia della psichiatria dinamica*, trad. it., Torino, Boringhieri, 1976.

(20) S. FREUD, *Cinque conferenze sulla psicoanalisi* (1909), in OSF, VI, 1974, p. 133.

somatica » con ciò che giunge al corpo dal campo psichico, dopo un periodo di silente « elaborazione » (21). L'eziologia delle sindromi isteriche stava, dunque, nella sfera delle pulsioni sessuali e il *transfert* di Anna, che tanto spaventò Breuer, sarebbe stato da lì a poco il fondamento per un lavoro sull'agire (*agieren*) più che sul ricordare (*erinnern*). Si era già a un passo dal fondamentale concetto di « coazione a ripetere », un corollario necessario delle coppie pulsione/rimozione e inconscio/traslazione, gli irrinunciabili pilastri dell'intero edificio psicoanalitico (22).

Baroncini e Modena (anche Assagioli) avevano letto le pagine di Freud dalla recentissima *Sammlung kleiner Schriften zur Neurosenlehre* (23), che aveva il vantaggio di rendere più accessibile una letteratura dispersa nei più svariati archivi e riviste mediche. Quattordici brevi scritti che, accomunati da un impianto esplicativo e introduttivo, potevano affiancarsi — come raccomandava nella premessa lo stesso Freud — alle sue opere maggiori (24). Gli ultimi due

(21) La locuzione è usata da Freud in *Frammento di un'analisi di isteria (Caso clinico di Dora)* (1905), in OSF, IV, 1970, p. 333, a proposito del rapporto tra *psichico* e *corporeo* nell'origine dei sintomi dell'isteria. Una questione che per Freud è male impostata: « La realtà delle cose non si esaurisce in questa alternativa. Per quanto posso vedere, ogni sintomo isterico necessita l'apporto di ambedue le parti. Esso non può insorgere senza una certa *compiacenza somatica*, offerta da un processo normale o patologico in un organo o su un organo del corpo ».

(22) Cfr. S. FREUD, *Ricordare, ripetere e rielaborare* (1914), in OSF, VII, 1975, pp. 353-361: « possiamo dire che l'analizzato non *ricorda* assolutamente nulla degli elementi che ha dimenticato e rimosso, e che egli piuttosto li *mette in atto*. Egli riproduce quegli elementi non sotto forma di ricordi, ma sotto forma di azioni; li *ripete*, ovviamente senza rendersene conto. [...] non si libererà, finché rimane in trattamento, da questa 'coazione a ripetere': e alla fine ci si rende conto che proprio questo è il suo modo di ricordare ». E, ancora, sul rapporto tra ripetizione e *transfert*: « la stessa traslazione rappresenta un elemento della ripetizione », così come « la ripetizione è la traslazione del passato dimenticato, non soltanto sulla persona del medico ma su tutti gli altri ambiti della situazione attuale »; e sul ruolo della resistenza: « Quanto maggiore è la resistenza, tanto maggiore è la misura in cui il ricordare viene sostituito dal mettere in atto (ripetere) » (p. 355 e s.).

(23) S. FREUD, *Sammlung kleiner Schriften zur Neurosenlehre aus den Jahren 1893-1906*, Leipzig und Wien, Krantz Deuticke, 1906.

(24) Ivi, *Vorwort*: « Diese Sammlung bildet die Vorbereitung und Ergänzung meiner größeren Publikationen, welche die gleichen Themata behandeln (Studien über Hysterie [mit Dr. J. Breuer], 1895; Traumdeutung, 1900; Zur Psychopathologie des

saggi (*Die Freud'sche psychoanalytische Methode*, 1903 ⁽²⁵⁾; *Meine Ansichten über die Rolle der Sexualität in der Ätiologie der Neurosen*, 1906 ⁽²⁶⁾) erano apparsi dapprima, nella forma di capitolo, in due monografie pubblicate da Leopold Löwenfeld, la prima in *Fenomeni psichici di coazione* ⁽²⁷⁾, la seconda in *Vita sessuale e malattia nervosa* ⁽²⁸⁾. Löwenfeld era un neuropatologo di Monaco che guardò sempre con interesse e simpatia alle idee di Freud, con cui mantenne per anni uno schietto e fruttuoso sodalizio scientifico.

Entrambi i saggi furono tradotti in italiano pochi anni dopo: il primo da Roberto Assagioli ⁽²⁹⁾ e il secondo da Luigi Panichi ⁽³⁰⁾. Un esordio certo utile, ma ancora incerto. Sarebbe toccato più avanti a Marco Levi Bianchini e, soprattutto, a Edoardo Weiss e ai suoi allievi romani misurarsi, nell'opera di traduzione, con gli scritti più ardui di Sigmund Freud.

Il saggio di Luigi Baroncini ⁽³¹⁾, che era stato «allievo interno» nella clinica di Kraepelin dall'ottobre del 1904 all'agosto del 1905 ⁽³²⁾, si era guadagnato gli apprezzamenti di Jung e di Freud per il suo senso della misura e l'ampiezza delle informazioni sulla tecnica

Alltagslebens, 1901 und 1904; Der Witz und seine Beziehung zum Unbewußten, 1905; Drei Abhandlungen zur Sexualtheorie, 1905; Bruchstück einer Hysterieanalyse, 1905)».

⁽²⁵⁾ *Il metodo psicoanalitico freudiano*, cit.

⁽²⁶⁾ *Le mie opinioni sul ruolo della sessualità nell'etiologia delle neurosi*, in OSF, V, 1972, pp. 217-225.

⁽²⁷⁾ L. LÖWENFELD, *Die psychischen Zwangerscheinungen*, Wiesbaden, Bergmann, 1904.

⁽²⁸⁾ L. LÖWENFELD, *Sexualleben und Nervenleiden*, Wiesbaden, Bergmann, 1906⁴.

⁽²⁹⁾ S. FREUD, *Il metodo psicoanalitico*, traduzione autorizzata di R. Assagioli, in «Psiche. Rivista di studi psicologici», II (1912), pp. 129-135. Diversamente dalla versione resa in italiano, nel testo originale Freud compare alla terza persona. Non segnalata nell'avvertenza editoriale di OSF, IV, 1970, p. 405.

⁽³⁰⁾ S. FREUD, *Mie opinioni sulla parte della sessualità nella etiologia delle neurosi*, in L. Löwenfeld, *La vita sessuale e le malattie nervose. I disturbi nervosi d'origine sessuale*, traduzione della quarta edizione tedesca del Dott. Luigi Panichi, Torino, UTET, 1911, Capo XIV, pp. 226-238. Non segnalata nell'avvertenza editoriale di OSF, V, 1972, p. 215.

⁽³¹⁾ BARONCINI, *Il fondamento e il meccanismo della psico-analisi*, cit.

⁽³²⁾ Cfr. M. LORETI, *In memoria del dott. Luigi Baroncini*, stampato in Forlì dallo Stabilimento tipografico Valbonesi, Imola, 1949, p. 16.

dell'indagine psicoanalitica ⁽³³⁾. Come egli scrive, dalle prime rivoluzionarie intuizioni di Freud sull'isteria « le cose sono a dismisura cambiate » e non vi è più scienziato della mente « che rimanga indifferente di fronte all'ardita concezione, che non la discuta, che non l'ammiri pur non approvandola ». Eppure, in Italia « nulla è ancor giunto di questa ampia e importante controversia scientifica » ⁽³⁴⁾.

Di Freud, Baroncini coglie l'insistito ammonimento a non adagiarsi sui buoni esiti raggiunti assicurando sempre l'architrave del fabbricato teorico al progredire dell'esperienza clinica: « tutta la teoria, per quanto ampiamente abbozzata, sta ancora elaborandosi [...] e poiché d'altra parte nei primi lavori è contenuta larga messe di osservazioni psicologiche acute [...] credo più proficuo metter sott'occhio tutta l'evoluzione del pensiero di Freud » ⁽³⁵⁾. Quando scrive che Freud « ha sempre continuato a elaborare la sua teoria cimentandola alla prova dei fatti », precisando « che molti errori vi ha riconosciuto, molte lacune ha riempito », egli fa un esplicito riferimento al ripensamento sul carattere traumatico degli « avvenimenti sessuali infantili » ⁽³⁶⁾ che il padre della psicoanalisi aveva esplicitato proprio in quegli anni, nel corposo lavoro « Tre saggi sulla teoria sessuale », del 1905 ⁽³⁷⁾, e nell'agile scritto affidato a Löwenfeld col titolo « Le mie opinioni sul ruolo della sessualità nell'etiologia delle nevrosi », del 1906 ⁽³⁸⁾. Di Jung, apprezza gli

⁽³³⁾ Lettera di Freud a Jung del 21 giugno 1908: « non molto tempo fa mi è arrivato il lavoro di Baroncini di cui Lei parla. Il suo contributo vi è descritto molto bene e anche il mio è curiosamente esente da fraintendimenti »: *Lettere tra Freud e Jung (1906-1913)*, Torino, Boringhieri, 1974, p. 171. E, ancora, il 4 ottobre ribadisce ad Abraham il suo lusinghiero giudizio: JONES, *Vita e opere di Freud*, cit., p. 104. In merito, cfr. CAROTENUTO, *Jung e la cultura italiana*, cit., p. 13. Mi pare invece francamente ingeneroso il tono di DAVID, *La psicoanalisi nella cultura italiana*, cit., p. 145, là dove scrive che, nonostante i suoi meriti, « il saggio sembra un pezzo archeologico » con un occhio « ancora mal accomodato al nuovo punto di vista e come obnubilato (sic!) da Janet ».

⁽³⁴⁾ BARONCINI, *Il fondamento e il meccanismo della psico-analisi*, cit., p. 211.

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 212.

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 222.

⁽³⁷⁾ OSF, IV, 1970, pp. 447-546 (in particolare, pp. 484-513).

⁽³⁸⁾ OSF, V, 1972, p. 220: « Per combinazione mi ero imbattuto, nel materiale ancora scarso di cui disponevo, in un numero incredibilmente elevato di casi nelle cui

ottimi risultati sulle associazioni che rischiarano i « meccanismi psichici » sempre in opera nell'isterismo e nella demenza precoce (39).

Nello stesso torno d'anni (1908, 1909) Gustavo Modena pubblica nella « Rivista Sperimentale di Freniatria » un denso e informato lavoro col dichiarato proposito di offrire un « Contributo alla Dottrina di S. Freud » (40). Anche qui, Freud e Jung compaiono come i sodali fondatori di un « notevole movimento nel campo della psicopatologia ». Pur muovendosi in un campo accidentato, « che per lo più sfugge al controllo e all'obiettività », le loro dottrine e indagini spalancano « nuovi orizzonti e nuovi problemi » (41). Ampio spazio viene dato al delicatissimo e controverso campo della « sessualità infantile » con una puntuale recensione dei *Tre saggi* di Freud (42). E ancora: agli sviluppi dell'esperienza associativo messo a punto da Jung « per giungere a scoprire i complessi spostati e rimossi nell'incosciente » (43).

Nel 1910 compare nella vivacissima rivista « La Voce » un appassionato e informato articolo del medico psicologo Roberto Assagioli, un brillante e precoce studioso che aveva speso diversi mesi al Burghölzli di Zurigo per la redazione della sua tesi di laurea sulla psicoanalisi. Il suo scritto illustrava la dottrina di Freud con non comune originalità di pensiero. In particolare, l'autore si soffermava sul concetto freudiano di *libido*, criticandone la portata, e

storie d'infanzia giocava una parte importante la seduzione sessuale [...]. Sovrastimai la frequenza di tali eventi », col risultato che per questa via « veniva meno l'accento sull'elemento 'traumatico' nelle esperienze sessuali dell'infanzia e rimase il concetto che l'attività sessuale infantile (spontaneamente o provocata) indirizza la vita sessuale successiva dopo la maturità ». La teoria della seduzione era stata già messa in dubbio in una lettera a Fliess, del 21 settembre 1897, in cui Freud ammette che non in tutti i casi « la colpa fosse sempre da attribuire alla perversità del padre », e dinanzi all'inattesa « frequenza dell'isteria, dovuta ogni volta alle medesime condizioni », fosse « poco credibile tale diffusione della perversione nei confronti dei bambini » (S. FREUD, *Epistolari. Lettere a Wilhelm Fliess, 1887-1904*, trad. it., edizione integrale a cura di J. M. Masson, Torino, Bollati Boringhieri, 1990², pp. 297-299).

(39) BARONCINI, *Il fondamento e il meccanismo della psico-analisi*, cit., p. 224.

(40) MODENA, *Psicopatologia ed etiologia dei fenomeni psiconeurotici*, cit.

(41) Ivi, parte prima, p. 657.

(42) Ivi, p. 664 e ss.

(43) Ivi, parte seconda, p. 207.

sulla necessità di ampliare il campo di indagine intorno ai processi di sublimazione ⁽⁴⁴⁾. In un lavoro successivo, del 1912, Assagioli mostra un maggiore disincanto nei confronti della psicoanalisi e dà già a vedere una certa inclinazione verso esiti palesemente ‘spiritualistici’ ⁽⁴⁵⁾. Quando difende convintamente la necessità di esplorare il « subconscio » e mette in guardia gli stessi psicologi da quella « vivace ripugnanza d’indole sentimentale » che li prende al cospetto dei « bassifondi della psiche », tiene altresì a precisare che « al di fuori della coscienza » non esistono solo « tendenze di natura inferiore », esistono anche regioni *superiori* in cui « sono accumulate preziose energie, poteri insospettati, mirabili possibilità di più alta vita spirituale » ⁽⁴⁶⁾. Forse, non è senza significato che il saggio di Assagioli appaia nello stesso anno in cui furono pubblicate le monumentali « Wandlungen und Symbole der Libido », l’opera junghiana che marcherà il definitivo e traumatico distanziamento dal concetto freudiano di libido e, più in generale, dalla metapsicologia (e dalla persona) del maestro viennese ⁽⁴⁷⁾.

Nel fervente clima che si raccoglieva attorno al « Circolo di studi filosofici » di Francesco De Sarlo, meriterebbe un apposito saggio di ricerca la figura di Mario Calderoni, un protagonista della

⁽⁴⁴⁾ Ampiamente DAVID, *La psicoanalisi nella cultura italiana*, cit., p. 148 e ss. Sui suoi rapporti con Eugen Bleuler e Carl G. Jung, utili informazioni in *The letters of Sigmund Freud and Otto Rank. Inside Psychoanalysis*, E. James Lieberman and R. Kramer (ed.), Baltimore, Hopkins University Press, 2012, Appendix C. Con qualche cautela, cfr. anche P. GIOVETTI, *Roberto Assagioli. La vita e l’opera del fondatore della psicosintesi*, Roma, Edizioni Mediterranee, 1995, soprattutto pp. 16-24.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. R. ASSAGIOLI, *La psicologia del subconsciente*, in « Psiche. Rivista di studi psicologici », II (1912), pp. 106-128. Nel volume, dedicato interamente alla psicoanalisi, appare — tra le note e i commenti — una sua serrata critica a Enrico Morselli sul metodo delle associazioni (pp. 136-148), che Assagioli conosceva bene per la sua frequentazione al Burghölzli e la sua vicinanza intellettuale con Jung.

⁽⁴⁶⁾ Ivi, p. 107 e ss.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. C.G. JUNG, *La Libido. Simboli e Trasformazioni*, trad. it., Roma, Newton Compton, 1975. L’opera apparsa nel 1912, rimaneggiata dall’autore nel 1952 col titolo *Symbole der Wandlung. Analyse des Vorspiels zu einer Schizophrenie*, non è da confondersi con l’edizione Boringhieri del 1965 con il titolo definitivo di *Simboli della Trasformazione: Opere di C.G. Jung*, cit., vol. V. In merito alla tradizione testuale e ai suoi contenuti, cfr. A. CAROTENUTO, C. RICCIARDI, *Psicologia analitica e psicoanalisi in rapporto alle dominanti psichiche*, in « Rivista di psicologia analitica », VII (1976), 2, pp. 301-489.

brevissima stagione del pragmatismo italiano (48). Nel 1908, nel medesimo fascicolo in cui appariva il saggio fondamentale di Baroncini, pubblicava « Forme e criteri di responsabilità » (49). Il « Circolo di studi filosofici », cui partecipavano attivamente Calderoni e Assagioli, è uno straordinario osservatorio per saggiare effetti e moventi della psicoanalisi in Italia. De Sarlo fa una strada lunga, ricca di sorprese e di strappi: è un altro lemmario, un altro arsenale che si ritrova nei contributi alla « Psiche » di Assagioli e nei saggi raccolti nei due volumi di « Psicologia e filosofia » (50), in cui ribadiva come « la vita psichica, specie nelle manifestazioni del sentimento e della morale, non fosse riducibile alle attività del sistema nervoso » (51). Zone di contagio, con Zurigo e con Vienna? Tante e importanti. Da tenere a mente, per esempio, gli *esercizi* che il fiorentino « Laboratorio di psicologia sperimentale » dedica nell'anno accademico 1906/1907 a « L'associazione delle idee ». Per non dire, soprattutto, che protagonisti dell'opera forse principale di questa stagione di De Sarlo (« I dati dell'esperienza psichica » (52)), sono proprio gli « oggetti complessi ».

Da lì a poco, l'eroica stagione dei pionieri della prima divulgazione scientifica di Freud si sarebbe esaurita. Baroncini perderà il giovanile entusiasmo per dedicarsi ai suoi internati di Imola, Mantova tornerà docilmente negli angusti recinti della psichiatria italiana, Assagioli inseguirà gli immaginifici orizzonti della psicosintesi. Solo il prof. Sante De Sanctis, stimatissimo nell'ambiente accademico, comparirà ancora nella nostra storia, come generoso e leale compagno di viaggio del movimento psicoanalitico italiano (53).

(48) Cfr. F. PAPI, *Calderoni, Mario*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XVI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1973, pp. 619-622. Devo a Roberto Righi le suggestioni su Calderoni, De Sarlo e le zone di contagio dell'ambiente fiorentino con Zurigo e Vienna.

(49) Cfr. M. CALDERONI, *Forme e criteri di responsabilità*, in « Rivista di psicologia applicata », IV (1908), 3, pp. 233-261.

(50) F. DE SARLO, *Psicologia e filosofia*, Firenze, La cultura filosofica, 1918.

(51) Cfr. P. GUARNIERI, *De Sarlo, Francesco*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXXIX, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1991, pp. 333-338.

(52) F. DE SARLO, *I dati dell'esperienza psichica*, Firenze, Tipografia Galletti e Cocci, 1903.

(53) Cfr. DAVID, *La psicoanalisi nella cultura italiana*, cit., p. 151 e ss.

3. *Psicoanalisi e diritto cominciano a parlarsi: il metodo delle associazioni libere nelle indagini giudiziarie.*

Alex Löffler era un professore della Facoltà giuridica di Vienna, che si era fatto valere per i suoi studi comparatistici e la sua propensione alla dimensione storica del diritto penale ⁽⁵⁴⁾. Coi suoi studenti aveva avviato da qualche tempo una serie di sperimentazioni fondate sulla tecnica conosciuta col nome di « diagnostica del fatto » (*Tatbestandsdiagnostik*), mirante a ottenere, « con associazioni verbali richieste a testimoni o a supposti autori di azioni criminose, un accertamento obiettivo della verità » ⁽⁵⁵⁾. Si trattava di una metodologia d'indagine che era stata messa a punto da due criminologi di Praga, Max Wertheimer e Julius Klein ⁽⁵⁶⁾, e si iscriveva nello straordinario fervore che in quegli anni si nutriva, negli ambienti giuridici, per la cosiddetta « psicologia della testimonianza ». Come si vede, anche nel campo dell'indagine giudiziaria, si faceva sentire forte il vento che spirava dalla Burghölzli Klinik di Zurigo. Non ci sorprende: Jung aveva già « dedicato una parte notevole della sua attività all'applicazione metodica dell'«esperimento associativo» da lui messo a punto ai fini della verifica e dell'esplorazione della realtà psichica inconscia » ⁽⁵⁷⁾. D'altronde, i suoi scritti più recenti avevano acceso in proposito grandi aspettative: « Analisi delle associazioni di un epilettico », « I tempi di reazione nell'esperimento associativo » e, soprattutto, « La diagnosi psicologica del fatto » (1905) ⁽⁵⁸⁾. In quest'ultimo saggio, in particolare, Jung dava grande rilievo alla testimonianza nel processo e osservava come « questa grandezza variabile dell'istruttoria giudiziaria » fosse ormai « divenuta oggetto di uno studio esatto su basi sperimentali ». Ripercorreva le intuizioni e i meriti di Wundt, Kra-

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, Leipzig, Hirschfeld, 1895; *Über unheilbare Nichtigkeit im österreichischen Strafverfahren*, Wien, Hölder, 1904.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. *Avvertenza editoriale* a S. FREUD, *Diagnostica del fatto e psicoanalisi*, in OSF, V, 1972, p. 239 e s.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. M. WERTHEIMER, J. KLEIN, *Psychologische Tatbestandsdiagnostik*, in « Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik », XV (1904), 1, pp. 72-113.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. L. AURIGEMMA, *Premessa*, in *Opere di C.G. Jung*, cit., II.2, 1987, p. 9.

⁽⁵⁸⁾ *Opere di C.G. Jung*, cit., II.2, pp. 13-38, 39-88, 109-125.

epelin, Sommer e Zieher, rivendicando altresì al gruppo zurighese l'approccio innovativo sulla « versatilità » di « esperimenti tanto interessanti quanto laboriosi » (59). In piena consonanza con Freud, affermava che nei meccanismi psichici non v'è nulla di casuale, perché il « tono emotivo » che cementa il « complesso » — indisponibile alla sfera della coscienza — è una sorta di costellazione in cui trova un provvisorio e incerto rifugio l'intensità « sofferente » dei sentimenti (60). Per scavare nel fondo della psiche e dei « complessi », egli chiedeva al paziente di *reagire* a una sequenza di parole, pronunciate una appresso all'altra, associando a ciascuna *parola-stimolo* nel tempo più breve possibile — soprattutto, misurabile — la prima parola che gli veniva in mente. Nel 1908, sarebbe apparso per la prima volta in italiano un articolo che Jung aveva affidato alla rivista di Baroncini (61). Un'interessante e chiara messa a punto del metodo associativo, esposto con una minuziosa descrizione dell'indagine che egli stesso condusse per smascherare l'autrice di un furto commesso nella clinica (62).

Freud aveva buone ragioni per accettare l'invito di Löffler. Intanto, teneva a manifestare il suo benevolo giudizio per i colleghi di Zurigo, i quali da anni guardavano con grande favore alle sue ricerche; e, poi, reputava opportuno e utile chiarire a quanti s'industriavano in quel genere di esperimenti che le metodiche di Bleuler e di Jung avevano senso soltanto se ricondotte entro l'alveo dell'indagine psicoanalitica.

Il testo della sua lezione apparve poco tempo dopo col titolo *Tatbestandsdiagnostik und Psychoanalyse* in « Archiv für Kriminal-

(59) C.G. JUNG, *La diagnosi psicologica del fatto*, ivi, p. 112.

(60) Ivi, p. 114.

(61) C.G. JUNG, *Le nuove vedute della psicologia criminale. Contributo al metodo della "Diagnosi della conoscenza del fatto"*, trad. it. di L. Baroncini, in « Rivista di psicologia applicata », IV (1908), pp. 285-304; ora in *Opere di C.G. Jung*, cit., II.2, pp. 373-387, con qualche variante linguistica rispetto all'originale. Ancora alle prese con un caso di furto nel § 2 del saggio *La diagnosi psicologica del fatto*, cit., pp. 125-146.

(62) Come osserva CAROTENUTO, *Jung e la cultura italiana*, cit., p. 14, « L'articolo deve essere piaciuto agli psicologi del tempo, perché conteneva numeri, tabelle, calcoli e percentuali », potendo vantare dunque quella « rispettabilità » che in pieno positivismismo si chiedeva al lavoro scientifico.

anthropologie und Kriminalistik » (63), una conosciutissima rivista diretta da Hans Gross, un accademico che a ragione è considerato il fondatore della criminologia moderna (64). Per dirla con le parole del nostro titolo, una prestigiosa « Rivista dei colpevoli ».

Come al solito, l'esposizione di Freud è di grande efficacia e offre, in alcuni passaggi, spunti e suggestioni destinati per anni a nutrire il confronto tra il discorso giuridico della penalità e quello terapeutico dell'analisi.

Nella sua lezione magistrale suggerisce agli allievi di Löffler una più consapevole considerazione del metodo sperimentale che essi adottavano. Nelle indagini giudiziarie il « complesso » non era la verità nascosta da stanare, costituiva invece il *fatto* (ben conosciuto dagli inquirenti) da cui muovere per costruire una griglia di domande non casuali, ma fatta in modo da far confessare il colpevole. Per Freud, il compito del terapeuta non è poi così diverso da quello

(63) « Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik », XXVI (1906), 1, pp. 1-10: OSF, V, 1972, pp. 241-250. Per la prima volta Freud si riferisce a Jung in un testo dato alle stampe e ne adotta il termine di « complesso »: nozione non nuova che era già apparsa, con espressioni equivalenti, negli *Studi sull'isteria* e nella *Psicopatologia della vita quotidiana*. Di certo, l'accezione junghiana di « complesso », come costellazione di singole rappresentazioni tenute insieme dal loro tono emotivo e affettivo (*La diagnosi psicologica del fatto*, cit.), nella *Metapsicologia* di Freud, sarà successivamente ridimensionata per descrivere, quelle « determinate situazioni fondamentali, aventi origine nell'infanzia e agenti nell'inconscio di tutti gli uomini » (*Avvertenza editoriale*, in OSF, V, 1972), senza far differenza tra lo stato di salute psichica e quello di affezione nevrotica. Nel 1914 Freud esprime una critica radicale alla « dottrina dei complessi » di Jung: « Essa né ha dato origine a una teoria psicologica indipendente, né ha dimostrato di potersi inscrivere senza sforzo nel contesto della teoria psicoanalitica » (*Per la storia del movimento psicoanalitico* (1914), in OSF, VII, 1975, p. 402).

(64) Autore, fra l'altro, di un fortunato manuale (*Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik*) che fu tradotto e adattato per le colonie indiane (Madras, Ramasawmy Chetti & Co., 1906). Sui profili biografici e le opere, cfr. almeno R. GRASSBERGER, *Pioneers in Criminology*, in « The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science », XLVII (1956), 4, pp. 397-405. Hans Gross era stato professore di Franz Kafka che, in un « allucinante viaggio notturno » in treno di ritorno da Budapest, ebbe modo di conoscere nel 1917 il figlio Otto, un « intellettuale brillante e controverso », un *anarchista* di grande fascino che aveva conosciuto Freud ed era amico e paziente (sic!) di Jung. Talmente degradato dalle droghe e dal dolore di un'intera generazione da essere « trascinato in giudizio dal padre » davanti ai giudici per farlo interdire e internare: R. CALIMANI, *Destini e avventure dell'intellettuale ebreo. Freud, Kafka, Svevo, Marx, Einstein*, Milano, Mondadori, 1996, p. 288.

del giudice istruttore. Entrambi si servono di « artifici investigativi », ma con una differenza che non è di poco conto: « nel nevrotico il segreto si cela alla sua stessa coscienza », nel delinquente « si cela solo a Voi giuristi »; nel primo « vi è un'autentica ignoranza », nell'altro invece « solo simulazione dell'ignoranza ». E ancora: « Nella psicoanalisi il paziente aiuta, con lo sforzo cosciente rivolto contro la propria resistenza, la guarigione, perché dall'esame si aspetta un vantaggio », diversamente dal delinquente invece che « non collabora con Voi, perché agirebbe contro tutto il suo Io » (65).

Per ottenere l'« autotradimento psichico » del colpevole si rende necessario, dunque, cambiare il costrutto stesso delle associazioni verbali. Nelle indagini di giustizia il « complesso » non è sconosciuto al giudice istruttore, il quale « cerca di sapere se un certo fatto, da lui conosciuto, è noto anche all'accusato perché ne fu esecutore » (66). Se nel campo della psicopatologia il questionario può ben servire a portare alla superficie la parte sofferente e *rimossa* dell'inconscio, nell'istruttoria giudiziaria occorre procedere in maniera diversa, anticipando l'ordine della *reazione*: « Prendiamo un complesso che ci è noto, reagiamo ad esso con parole-stimolo appositamente scelte » e, se il soggetto non è così abile nell'arte del simulare, si potrà alla fine capire dalle sue reazioni se egli « porta in sé » la verità nascosta del crimine commesso (67).

Freud non è un giurista, mostra però una grande sensibilità per i riti della giustizia e le garanzie processuali della persona, là dove ricorda che le norme vigenti non consentono di « cogliere alla sprovvista l'accusato in alcuna maniera », sicché — egli scrive — i volenterosi allievi di Löffler di fatto simulano, coi loro seminari, la realtà del processo senza viverla realmente. Nonostante i loro buoni propositi, questi futuri giudici e avvocati si fermano al piano basso delle « esercitazioni su modello anatomico », senza mai « ricostruire la stessa situazione psicologica che si ha nell'esame di un imputato nel caso penale ». L'unica via d'uscita sarebbe una riforma del corso di studi universitari che consenta di effettuare questo tipo di inda-

(65) FREUD, *Diagnostica del fatto e psicoanalisi*, cit., p. 245 e ss.

(66) *Ivi*, p. 243 e s.

(67) *Ibidem*.

gini « per un certo numero di anni in tutti i casi *reali* di imputazione penale ». A una condizione: i risultati non dovrebbero, mai e poi mai, « influire sulla decisione della potestà giudicante » (68).

Senza scoraggiarli, Freud invita quegli studenti alla cautela e manifesta, come sempre, la sua diffidenza per un uso avventato della tecnica d'indagine psicoanalitica, tanto più nel campo della giustizia. Fa un esempio: il caso di un nevrotico che, pur essendo innocente, nelle sue risposte « reagisce in un modo come se fosse colpevole ». Egli insinua, per la prima volta, che un senso di colpa, « che già esisteva e covava », possa indurre un soggetto ad autoaccusarsi pur non essendo colpevole per quello specifico caso trattato. Un po' come il bambino che, « rimproverato per aver commesso qualcosa di male », nega d'averlo commesso, piange e si dispera, non perché accusato ingiustamente, ma per la colpa che l'opprime a causa di un'altra mancanza di cui i genitori sono all'oscuro. Finisce così che egli neghi « la propria colpa nell'un misfatto, ma nello stesso tempo il suo senso di colpa si tradisce a causa dell'altro » (69). Si tratta di una geniale intuizione che, negli anni Trenta, sarà ripresa e approfondita da Georges Genil-Perrin (70), da Angelo Hesnard e René Laforguè (71), da Theodor Reik (72) e Franz Alexander (73), e soprattutto, dal nostro Edoardo Weiss.

Nel 1915 Freud pubblicò nella rivista « Imago » un saggio in cui dava conto di nuove e sorprendenti scoperte, conseguite grazie a numerose esperienze cliniche (74). Diversi suoi pazienti, « persone spesso in seguito divenute rispettabilissime », gli riferivano di azioni

(68) Ivi, p. 249 e s.

(69) Ivi, p. 249.

(70) Cfr. G.P.H. GENIL-PERRIN, *La psychanalyse en médecine légale*, in « Annales de médecine légale, de criminologie et de police scientifique », XII (1932), 1, pp. 273-371.

(71) Cfr. A. HESNARD, R. LAFORGUÈ, *Les processus d'auto-punition en psychologie des névroses et des psychoses, en psychologie criminelle et en pathologie générale*, Paris, Denoël et Steele, 1931.

(72) Cfr. T. REIK, *Geständniszwang und Strafbedürfnis. Probleme der Psychoanalyse und der Kriminologie*, Wien, Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1925.

(73) Cfr. F. ALEXANDER, *Der neurotische Charakter. Seine Stellung in der Psychopathologie und in der Literatur*, in « Internationale Zeitschrift für Psychoanalyse », XIV (1928), 1, pp. 26-44.

(74) S. FREUD, *Alcuni tipi di carattere tratti dal lavoro psicoanalitico* (1915, ma uscito per la guerra nel 1916), in OSF, VIII, 1976, pp. 629-652.

illecite compiute negli anni della pubertà, « come furti, piccole truffe, addirittura incendi dolosi ». All'inizio, egli non aveva dato troppa importanza a quei racconti che attribuiva alla « debolezza delle inibizioni morali in quel periodo della vita ». Dopo studi più approfonditi, però, scoprì che il fenomeno — che riguardava anche soggetti adulti — aveva una portata ben più ampia, col « sorprendente risultato che tali azioni venivano compiute perché proibite e perché la loro esecuzione portava un sollievo psichico a chi le commetteva ».

Grazie alla psicoanalisi nasceva, dunque, un nuovo « tipo di carattere »: il delinquente per senso di colpa ⁽⁷⁵⁾. Non era affare di poco conto, soprattutto per la penalistica, ammettere che in certi casi « il senso di colpa era preesistente all'atto illecito e non traeva origine da esso, ma che al contrario il misfatto medesimo derivava » da una sorta di terribile rimorso che affondava le sue oscure origini in quell'ancestrale parricidio dell'orda dei figli di un padre tirannico. Equivalenza a concedere — ma era arduo solo pensarlo — che in taluni casi il sistema punitivo, col suo pesante fardello di divieti e di pene, incentivava più che dissuadere a delinquere.

Per questa via, il « pallido delinquente » di Nietzsche-Zarathustra, ricordato quasi di sfuggita da Freud, era destinato a incontrarsi — *letterariamente* — col groviglio giuridico del delitto e del suo castigo.

4. *Sigmund Freud, Edoardo Weiss e l'Acheronte di Virgilio.*

Quando Baroncini e Modena diffondevano coi loro saggi le « ardite » teorie di Freud, Edoardo Weiss era ancora un inquieto e vorace studente ginnasiale nella Trieste asburgica. Leggeva con trasporto la *Psicopatologia della vita quotidiana* e la *'La Gradiva' di Jensen*, e si infervorava — come sanno fare i giovani — alla sola idea che, oltre la *skyline* della soggettività di ogni singolo uomo, potesse esistere davvero un mondo ancora da esplorare. S'innamorò degli

(75) Ivi, pp. 651-652.

scantinati dell'anima prima ancora di avere la benché minima idea del rivoluzionario percorso intellettuale di Freud (76).

Weiss, forse, si sentiva fragile e insicuro. Cercava nelle pagine del Dr. Freud una via d'uscita alle sue paure per gli spazi aperti e aspirava soprattutto, a diventare egli stesso un medico dell'anima. Per il suo ostinato e un po' ingenuo innamoramento, si potrebbe dire, a mo' di paradosso, che ne guadagnò l'apprezzamento e la fiducia prima ancora di incontrarlo.

Il padre Ignazio, affermato imprenditore oleario, assecondò le inclinazioni del figlio per la medicina e la psichiatria e lo sostenne di buon grado negli studi a Vienna. Era costume della borghesia giuliana del tempo inviare i figli più promettenti nella capitale dell'impero per avviarli alle professioni liberali. Edoardo, tuttavia, prima ancora di lasciare Trieste, nutriva più di una diffidenza per le idee dei suoi futuri professori. Gli era capitato, tra gli psichiatri della sua città, di raccogliere commenti malevoli sul Viennese: « uno psichiatra triestino mi espresse la sua ammirazione per le opere di Freud nel campo del sistema nervoso centrale, ma mise in ridicolo le sue opere sulla psicoanalisi ». Altri, invece, lo mettevano in guardia per non lasciar naufragare le sue aspirazioni professionali: se il giovane Weiss intendeva specializzarsi in psichiatria, era conveniente stare alla larga da Freud, per non correre il rischio di urtare « l'ostilità dei più quotati professori dell'Università di Vienna » (77). Alla fine, si era convinto che stava per cacciarsi in un covo di rancorosi detrattori di Freud. In particolare, il prof. Julius Wagner

(76) Sugli anni giovanili di Edoardo Weiss e le sue prime esperienze psicoanalitiche, cfr. almeno A.M. ACCERBONI, *Trieste, Saba e la psicoanalisi*, Catalogo Mostra, Trieste, Tipografia Moderna, 1983; EAD., R. CORSA, *Tra psichiatria e psicoanalisi: il contributo teorico e clinico di Edoardo Weiss*, in *La cultura psicoanalitica*, Atti del Convegno Trieste 5-8 dicembre 1985, a cura di A.M. Accerboni, Pordenone, Studio Tesi, 1987, pp. 261-290; EAD., *Sigmund Freud nei ricordi di Edoardo Weiss*, in *Freud e la ricerca psicologica*, a cura di R. Canestrari e P.E. Ricci Bitti, Bologna, il Mulino, 1993, pp. 87-104; EAD., *Fatti e personaggi negli esordi della psicoanalisi in Italia*, in « Rivista Sperimentale di Freniatria », CXXVI (2002), 1-2, pp. 125-136. Di grande interesse il recente volume di R. CORSA, *Edoardo Weiss a Trieste con Freud. Alle origini della psicoanalisi in Italia. Le vicende di Nathan, Bartol e Veneziani*, Roma, Alpes, 2013, che attinge a un vastissimo materiale documentario e archivistico mai esplorato prima.

(77) Cfr. E. WEISS, *Sigmund Freud come consulente*, trad. it., Roma, Astrolabio, 1971, p. 23.

von Jauregg, che era « uno psichiatra fermamente organicista, reazionario e conservatore e del tutto impermeabile agli assunti della nuova scienza » (78), o il Professor Frankel von Hochwart, che a proposito di una paziente violentemente isterica gli bisbigliò: « Freud direbbe che questa malata è diventata isterica perché da bambina ha veduto urinare sua nonna » (79).

Ancor prima di lasciare Trieste per Vienna, questa disposizione d'animo ha pregiudicato, non poco, il suo rapporto con gli studi di psichiatria. Direi di più: ha contribuito, sin dall'inizio, a fargli vivere una sorta di scissione tra l'aurora della psicoanalisi, cui solo egli mirava, e la tradizione psichiatrica che si praticava nel cuore d'Europa, non sempre d'impianto meramente riduzionistico. C'è da dire, però, che già al suo rientro a Trieste, dopo la guerra, Weiss si trovò a fronteggiare la cieca ostilità della psichiatria nostrana, che — sostenuta da una collaudata rete editoriale — dipingeva con tinte fosche la pretesa freudiana, 'sconcia' e 'licenziosa', di riconoscere nella sessualità la pulsione primaria e, per di più, indipendente da ogni forma di giudizio.

Appena giunto a Vienna, il suo primo pensiero fu di incontrare Freud. Era il 7 ottobre del 1908. Nella sala d'aspetto dello studio, a Bergasse 19, c'era anche un bambino « di circa cinque anni accompagnato dal padre ». Freud doveva conoscerlo bene, « perché quando aprì la porta lo salutò con queste parole: 'Oh, ecco il nostro giovanotto' ». Diversi anni dopo, Weiss poté ricostruire le circostanze di quell'incontro che, nel suo racconto, si tinge di evidenti contenuti simbolici: quel bambino « era il famoso 'piccolo Hans' » ed era venuto a trovare il suo analista « cinque mesi dopo la fine della cura » (80). Con le parole di Michele Ranchetti, potremmo dire che quel giorno Pinocchio era andato a conoscere il suo Collodi (81).

Durante il colloquio, Weiss restò impressionato dalla capacità di Freud di farlo sentire pienamente a suo agio, di sapere anticipare i suoi pensieri prima ancora che egli stesso avesse trovato il modo di

(78) CORSA, *Edoardo Weiss a Trieste con Freud*, cit., p. 49.

(79) WEISS, *Sigmund Freud come consulente*, cit., p. 23.

(80) Ivi, p. 24.

(81) Cfr. M. RANCHETTI, *Un pioniere della psicoanalisi*, in « L'Indice dei libri del mese », II (1985), 10, p. 21.

« esternarli ». Al momento di congedarsi, credette « ben fatto » dovergli chiedere l'onorario, dato che — fra gli altri temi della conversazione — gli aveva sottoposto alcuni suoi « problemi psicologici » (82). Freud gli rispose, col braccio alzato in un caldo saluto, « che non faceva mai pagare i colleghi » (83). In quel preciso istante, Weiss si sarà convinto davvero che poteva aspirare a diventare suo allievo. Non poteva sapere ancora che, a seguito del suo duro e appassionato lavoro, si sarebbe guadagnato negli anni nientemeno che il titolo di « autentico e tenace pioniere » del movimento psicoanalitico in Italia (84). Di certo, col suo entusiasmo giovanile, Weiss pensava ancora che « l'ordinamento psicoanalitico avrebbe voluto essere una strategia rivoluzionaria operativa » (85), ma col tempo ebbe modo di scoprire, nel duro confronto con la realtà, che le dottrine di Freud rischiavano di impigliarsi, anche in Italia, nello spazio ristretto della mera tecnica terapeutica.

L'anno dopo, entra in analisi con Paul Federn, tra i primi ad unirsi al gruppo freudiano e, per tutta la vita, « fedelissimo sostenitore del maestro e della causa psicoanalitica » (86). L'esperienza, durata quasi due anni, diede vita a una solidissima amicizia. L'influenza dell'autorevolissimo didatta fu decisiva per la sua formazione scientifica e per i suoi interessi di studio. Negli anni romani, Weiss avrebbe sviluppato temi di ricerca che s'inscrivono pienamente nella psicologica fenomenologica dell'Io: pensiamo al ruolo della identificazione-proiezione nella scelta d'oggetto eterosessuale, alla formazione del Super-Io, all'istinto di morte ribattezzato « de-

(82) Per avere una versione romanzata del colloquio, cfr. P. ROAZEN, *Edoardo Weiss. The house that Freud built*, New Brunswick (USA) and London (UK), Transaction Publishers, 2005, p. 5: « Freud then inquired into the nature of the 'personal troubles' that he had. Weiss implied that there was nothing very striking here [...]. Evidently Weiss was shy, 'bashful', and mainly had youthful 'inhibitions' and some 'obsessive' symptoms ».

(83) WEISS, *Sigmund Freud come consulente*, cit., p. 24 e s.

(84) Ivi, p. 83: lettera di Freud a Weiss, 28 novembre 1930: « Caro Dottore, sono felice e sorpreso della Sua traduzione di *Totem e Tabù*. Lei è un autentico, tenace pioniere ».

(85) Cfr. M. RANCHETTI, *Cattivi pensieri sulla storia della psicoanalisi*, in « Rivista Sperimentale di Freniatria », CXXVI (2002), 1-2, pp. 119-124.

(86) Cfr. CORSA, *Edoardo Weiss a Trieste con Freud*, cit., p. 49.

strudo », all'agorafobia. In accordo con le teorie di Federn, guardate da Freud con quella benevola noncuranza ch'egli usava riservare ai colleghi più amati, Weiss avrebbe coltivato la speranza di poter guarire le forme più serie di psicosi e di disturbi dell'Io ⁽⁸⁷⁾.

Nel 1913, prima ancora della laurea, fu ammesso alla Società psicoanalitica viennese. Da quel momento aumentarono le occasioni d'incontro col padre della psicoanalisi: « Vedevo Freud ogni settimana alle riunioni della Società, che venivano tenute il mercoledì sera in una stanza di una casa nella *Obere Donaustrasse*, affittata per questo scopo. Fino a poco tempo prima le riunioni si svolgevano in casa di Freud. Molto spesso mi è accaduto d'incontrare Freud nell'ascensore e di salire con lui fino al quarto piano » ⁽⁸⁸⁾. Poi, anche le discussioni informali, « che si svolgevano dopo le sedute al Caffè Bauer, nei pressi del *Burgtheater* » ⁽⁸⁹⁾. A soli ventiquattro anni, Weiss si sentiva in qualche modo parte della ristretta cerchia dei più fedeli allievi di Freud: Ferenczi, Federn, Abraham, Jones, Rank, Sachs e il caro amico e compagno di studi Viktor Tausk.

Quell'anno passato a Vienna, dove aveva cominciato a trattare qualche paziente, fu decisivo per il suo carattere e la fermezza che avrebbe mostrato negli anni Venti e Trenta. Soprattutto, andò

⁽⁸⁷⁾ Per S. ARGENTIERI, *Recensione a E. Weiss, Elementi di psicoanalisi* (1931), Pordenone, Studio Tesi, 1985, in « Rivista di psicoanalisi », XXXII (1986), 2, p. 316, l'intuizione di Weiss sulle origini del Super-Io si accompagnava alla sua costante attenzione alla patologia psicotica, che traeva origine nella sua vicenda analitica con Federn, « uno dei primi psicoanalisti che vollero confrontare gli strumenti della psicoanalisi con questi livelli della sofferenza mentale ». Si può allora capire perché Weiss cercasse « sempre l'aiuto di Freud per la comprensione dei casi clinici di nevrosi », mentre invece si rivolgeva a Federn per i casi di psicosi.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. K.R. EISSLER, *Intervista inedita ad Edoardo Weiss* (1953), Washington, Freud Archives Library of Congress, in ACCERBONI, *Sigmund Freud nei ricordi di Edoardo Weiss*, cit., p. 92. L'intervista non può essere riprodotta né messa in rete. Weiss aveva dato il benestare alla divulgazione dopo la sua morte, ma Kurt Eissler, direttore dei *Sigmund Freud Archives*, si è opposto alla sua pubblicazione prima del 2057. Con alcune restrizioni, può però essere consultata direttamente alla *Library of Congress*. In un suo viaggio di studio negli Stati Uniti, Anna Maria Accerboni, insieme a diverse lettere di Weiss a Federn, poté trascrivere alcune parti dell'intervista di Eissler: cfr. in proposito il suo *Sigmund Freud as remembered by Edoardo Weiss, the Italian pioneer of psychoanalysis*, in « The International Review of Psycho-Analysis », CVII (1990), pp. 351-359.

⁽⁸⁹⁾ ACCERBONI, *Sigmund Freud nei ricordi di Edoardo Weiss*, cit., p. 93.

maturando una lenta ma continua proiezione di sé nella figura paterna di Freud, come sempre ambivalente ⁽⁹⁰⁾: una sorta di individuazione antropologica prima ancora che teorica. Egli aveva fatto propria una visione pessimistica della natura umana e dei destini della civiltà, preda della cecità e della follia, succube del « predominio degli istinti e delle passioni ». In una lettera a Federn, scriveva sconcolato: « Se sapesse quale scoraggiamento provo ogni volta che sento dall'uno o dall'altro paziente quanto è egoista e in quale misura condivide luoghi comuni rivolti contro la società! ». Poi, invece, qualche mese dopo, incoraggiava l'amico e per rincuorarlo gli ricordava l'originaria spinta messianica della psicoanalisi: « Noi lavoriamo a un'impresa, che un giorno sarà di grande valore per l'umanità. Noi psicoanalisti cioè dobbiamo gettare le basi per la civilizzazione e una nuova religione (sic!) » ⁽⁹¹⁾.

Di Freud aveva imparato soprattutto quel misto di pacato disincanto e di ferma intolleranza che si rendevano necessari per affrontare i marosi in cui s'era trovata a navigare una teoria della mente che, con la sua « logica del sospetto » ⁽⁹²⁾, stava infliggendo una dolorosa ferita narcisistica alla razionalità moderna.

In uno dei tanti mercoledì, Freud frenò l'ira di Hans Sachs e degli altri a proposito delle deduzioni del dr. Saul Rosenberg « sul culto totemico », osservando che « ciascuno aveva il diritto di esprimere il proprio parere e il suo disaccordo » ⁽⁹³⁾. Weiss stava facendosi un'idea precisa del carattere e della personalità di Freud, che dava a vedere la sua autentica apertura mentale, la grande onestà e la libertà di pensiero, come quando, a proposito dei fenomeni telepatici, tagliò corto la discussione affermando che « chiunque sente il bisogno d'investigare certi fenomeni non deve avere esita-

⁽⁹⁰⁾ Sull'ambivalenza della figura paterna in Weiss, cfr. le pagine di R. CORSA, *I No che segnarono le origini della psicoanalisi italiana*, in « Psiche. Rivista di cultura psicoanalitica », XXI (2014), 1, pp. 513-526, in particolare p. 522: « Il padre è stato certamente per Edoardo un potente modello identificatorio », a tal punto che quando decise di lasciare Trieste per Roma riuscì a mettere a distanza quella « figura imponente e dominante » che incombeva da sempre come un macigno sul suo immaginario.

⁽⁹¹⁾ Ivi, p. 101 e s.

⁽⁹²⁾ Uso il termine nell'accezione data da P. RICOEUR, *Dell'interpretazione. Saggio su Freud*, trad. it., Milano, Il Saggiatore, 1967.

⁽⁹³⁾ ACCERBONI, *Sigmund Freud nei ricordi di Edoardo Weiss*, cit., p. 94.

zioni a farlo, qualunque possa essere il soggetto » (94). Freud mostrava di essere soprattutto uno scienziato « con la mente perennemente tesa alla ricerca », al punto tale che in lui « l'interesse scientifico superava di gran lunga l'interesse a curare il prossimo » (95).

Nonostante la pacatezza del tono, i suoi modi bonari e la naturale inclinazione all'ascolto, Freud sentiva in maniera drammatica l'assedio che da ogni parte rischiava di soffocare sul nascere la creatura di cui era molto geloso, e soffriva molto « per l'incomprensione e la derisione dei maestri ufficialmente accettati ». Talvolta, si mostrava « fermamente disturbato quando l'analisi e i suoi concetti subivano travisamenti. Si adirava se qualcuno perfino in buona fede alterava le sue affermazioni ». D'altro lato, provava così tanta « gratitudine per tutti coloro che accettavano l'analisi » e si applicavano a confermare quanto egli stesso aveva scoperto (96), da non riuscire talvolta a capire la vera indole dei suoi interlocutori (97).

Per Weiss, Freud « aveva sottovalutato il potere di resistenza emotiva dei suoi contemporanei », perché « la sua interpretazione dei sogni e dei sistemi nevrotici provocava nei suoi lettori la stessa resistenza che incontrava nei suoi pazienti durante il trattamento » (98). Non mi pare un giudizio condivisibile: sin dall'inizio, il padre della psicoanalisi è stato pienamente consapevole della portata eversiva della « psicologia del profondo » e della sua forza *perturbante*. D'altronde, l'esplorazione di « ciò che non è dato conoscere » aveva suggerito allo stesso autore dell'*Interpretazione dei sogni* (1899) l'immagine dell'ingresso in un mondo infernale, con quella mirabile citazione virgiliana che compare nell'iscrizione dell'opera: « se non riuscirò a commuovere gli dei celesti, scuoterò l'Acheronte ». Insieme alla psicoanalisi era nata anche la paura della

(94) *Ibidem*.

(95) *Ivi*, p. 95.

(96) *Ivi*, p. 96.

(97) Chicago, 15 gennaio 1967, lettera di Edoardo Weiss a Michel David, edita in « L'Indice dei libri del mese », cit., p. 22: « [...] Il grande psicologo Freud non era un gran conoscitore di persone. Credeva che tutti fossero onesti come lui, è stato spesso ingannato, era troppo credulo, e, in certi riguardi, ingenuo ».

(98) Cfr. WEISS, *Sigmund Freud come consulente*, cit., p. 25.

psicoanalisi⁽⁹⁹⁾. Direi anche che stava venendo alla vita un tipo sociologico nuovo di scienziato, che sapeva coniugare la cautela nel dare previsioni azzardate con la propensione a diffondere nuove idee e a cooptare nuovi proseliti. Non è senza importanza che Freud abbia avuto Mosè tra i suoi eroi prediletti e, come il profeta dell'Esodo, egli abbia sentito gravare su di sé il forte senso di solitudine che coglie chi inizia un cammino avendo alle spalle solo il deserto. A proposito di Albert Einstein (insignito del premio Nobel per la Fisica nel 1921), celava a mala pena il suo disappunto per la noncuranza che gli accademici di Stoccolma riservarono alle sue scoperte. In una lettera inviata a Marie Bonaparte, l'11 gennaio 1927: « Quel tipo fortunato se l'è passata molto meglio di me: ha avuto il sostegno di una lunga serie di predecessori da Newton in poi, mentre io ho dovuto aprirmi la strada passo a passo, da solo, attraverso una giungla intricata. Non stupisce quindi che il mio sentiero non sia molto largo e che io non sia andato molto lontano »⁽¹⁰⁰⁾.

Durante il suo soggiorno viennese, quando già spiravano i mortiferi venti della prima guerra d'acciaio, Weiss — che insieme a Vanda Shrenger⁽¹⁰¹⁾ era stato allievo diretto di Freud — aveva finito per prendere una postura assai simile a quella del Maestro. Come ricorda Emilio Servadio, le doti di Freud erano anche di Weiss: « era ottimo marito e padre; poteva lavorare dodici o quattordici ore al giorno; era gentile senza che gli passasse mai per la mente di poter venire a patti — sul piano dottrinale — con l'interlocutore; si arrabbiava — lui abitualmente così calmo — quando apprendeva

(99) Cfr. M. RANCHETTI, *Prefazione* a S. Freud, *Opere*, I, Edizione speciale su licenza di Bollati Boringhieri editore, Roma, Gruppo Editoriale L'Espresso, 2006, p. vii e ss.

(100) Cfr. R. ZAPPERI, *Freud e Mussolini. La psicoanalisi in Italia durante il regime fascista*, Milano, Franco Angeli, 2013, p. 28 e ss.

(101) Si sposarono nel 1917, in pieno conflitto mondiale: CORSA, *Edoardo Weiss a Trieste con Freud*, cit., p. 51; EAD., *I No che segnarono le origini della psicoanalisi italiana*, cit., p. 520, che ricorda come Vanda Shrenger abbia avuto un'influenza decisiva e benefica sulle scelte più importanti che si trovò a prendere Weiss nella sua vita (anche nella sfera personale). Una donna di carattere « determinato, generoso e di intelligenza brillante », che ha portato sempre con sé il ricordo indelebile delle « lezioni accademiche tenute da Freud ».

che questo o quel medico (o psichiatra, o avvocato) aveva commesso qualche scorrettezza professionale anche lieve » (102).

5. *Edoardo Weiss e le 'sue' riviste: dall'« Archivio » di Levi Bianchini alla Rivista italiana di psicoanalisi.*

Nel 1919 Weiss torna a Trieste, insieme alla moglie Vanda e al figlio Emilio. Aveva servito l'esercito austro-ungarico come ufficiale medico sul fronte orientale ed era stato testimone delle ferite inferte alla mente dei fanti contadini dagli stenti umidi della trincea e dal furore abbagliante delle granate. Aveva potuto guardare negli occhi di quei soldati il più rancoroso dei nemici, l'Acheronte che agita da sempre la « società interiore » degli uomini. Tanto più, quando « il minuto e fragile corpo dell'uomo » (103), anno dopo anno, si trovava alla mercé della sospensione del tempo, dell'inerzia e l'attesa, dell'apocalisse metallica (104). In fondo, anche il suo amico Viktor Tausk era stato vittima, oltre che del suo « frustrato attaccamento per Freud », del disfacimento di un mondo che la guerra, quasi d'un colpo, aveva spazzato via per sempre (105).

Weiss trova un impiego come « medico secondario » al Frenocomio Civico, diretto con spirito umanitario e liberalità di vedute da Luigi Canestrini. Apre anche uno studio privato, in via San

(102) Cfr. E. SERVADIO, *Prefazione a WEISS, Sigmund Freud come consulente*, cit., p. 8 e ss.

(103) Cfr. W. BENJAMIN, *Il narratore. Considerazioni sull'opera di Nicola Leskov*, in Id., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, trad. it., a cura di R. Solmi, Torino, Einaudi, 1995², p. 248.

(104) Le nevrosi di guerra costituirono anche per la psicoanalisi un campo di sperimentazione clinica e di elaborazione teorica. Pur con diversi accenti, i partecipanti al V Congresso internazionale (Budapest, settembre 1918) interpretarono le nevrosi di guerra come l'esito di un conflitto inconscio « tra il vecchio io pacifico e il nuovo io bello del soldato », tra il senso del dovere e l'istinto di conservazione. In merito, mi permetto di rinviare a F. MIGLIORINO, *«To sento che la terra mi passa sotto i piedi ed è pesantissima»*. *La trincea della Guerra Matta*, in *Potere e violenza. Concezioni e pratiche dall'antichità all'età contemporanea*, a cura di G.M. Cantarella, A. De Benedictis, P. Dogliani, C. Salvaterra, R. Sarti, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2012, pp. 149-166 e letteratura ivi citata.

(105) WEISS, *Sigmund Freud come consulente*, cit., p. 30 e ss. Sulla triste vicenda di Tausk, cfr. anche P. ROAZEN, *Fratello animale*, trad. it., Milano, Rizzoli, 1973.

Lazzaro 8, « dove comincia a praticare la psicoanalisi sotto la diretta supervisione di Sigmund Freud e Paul Federn »⁽¹⁰⁶⁾. Si rinnova quella sorta di ‘scissione’ che Weiss aveva mostrato negli anni della sua formazione universitaria: il lavoro di psichiatra era vissuto come un dovere da assolvere con dignità e decoro, quello di analista era lo spazio di libertà che valeva la pena di vivere⁽¹⁰⁷⁾. Non stupisce, allora, che nelle centinaia di cartelle cliniche redatte nel manicomio triestino, egli non lasci affiorare l’influsso della psicoanalisi e preferisca, invece adattarsi a una posizione « fermamente neurologico-psichiatrica ». Nonostante la « vivacità descrittiva » e la raffinata cura « nella ricostruzione anamnestica », l’influsso della psicoanalisi non compare in nessuna delle storie cliniche da lui vergate e sottoscritte⁽¹⁰⁸⁾. Si comprende il suo sentimento di estraneità per un ambiente di lavoro che, se non era apertamente ostile, coglieva ogni occasione per esprimergli quella bonaria ironia che di solito si riserva a chi pretende di restituire la sofferenza mentale a una delle tante dimensioni *sensate* dell’esistenza. Sebbene molti suoi colleghi fossero « degli intellettuali ricchi di originalità e di vivacità di spirito », Weiss, col suo carattere schivo e un po’ rigido, non faceva grandi sforzi per farsi ben volere e ci metteva molto del suo per marcare distanze e differenze⁽¹⁰⁹⁾. La sua collaborazione con l’« Internationale Zeitschrift für Psychoanalyse » non si era mai interrotta, dal suo primo saggio del 1914⁽¹¹⁰⁾. Ma, com’è evidente, i suoi scritti pubblicati a Vienna, benché teoricamente e clinicamente rilevanti, non riuscivano a incidere sul tessuto culturale italiano, segnato fra l’altro da un ostile sentimento anti germanico.

Non restava che cercare altrove, per provare a tessere una tela di rapporti e di consonanze con quei medici e psicologi che in Italia

⁽¹⁰⁶⁾ CORSA, *I No che segnarono le origini della psicoanalisi italiana*, cit., p. 514 e s.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. ACCERBONI, *Fatti e personaggi negli esordi della psicoanalisi in Italia*, cit., p. 127.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. CORSA, *Edoardo Weiss a Trieste con Freud*, cit., p. 54 e ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Ivi, p. 61 e ss.

⁽¹¹⁰⁾ E. WEISS, *Totemmaterial in einem Träume*, in « Internationale Zeitschrift für Psychoanalyse », II (1914), pp. 159-164. Per una bibliografia delle opere di Weiss in lingua tedesca, cfr. A.M. ACCERBONI, *Introduzione a WEISS, Elementi di psicoanalisi*, cit., pp. xl-xlii.

avevano a cuore la diffusione della dottrina e dei principi del maestro di Vienna. Da noi non esisteva una rivista che somigliasse vagamente a « Imago », né c'erano ancora risorse sufficienti — finanziarie e intellettuali — per creare una tribuna ove pubblicare in traduzione quegli scritti di Freud che, con grande efficacia didattica ed esplicativa, si rivolgevano al lettore colto ma non necessariamente specialista. Per fronteggiare le resistenze era necessario chiarire, approfondire, precisare i presupposti fondamentali della disciplina, fronteggiando a viso aperto i continui travisamenti e le rozze banalizzazioni. Negli anni a venire, Weiss seppe cogliere ogni occasione utile: i congressi, le riviste, le conferenze e i dibattiti.

Il momento era dei più propizi, perché com'era capitato a Baroncini e agli altri a proposito dell'isteria, anche stavolta — nei primi anni Venti — Freud stava producendo una significativa rivisitazione della sua speculazione teorica. Il maestro viennese, infatti, andava spostando l'asse dei suoi interessi dal piano di una teoria della mente alla diagnosi della società in quanto tale. Ci riferiamo soprattutto a opere fondamentali come: « Al di là del principio di piacere »⁽¹¹¹⁾, in cui per la prima volta postula alla base delle dinamiche della psiche un conflitto ancestrale tra la pulsione di vita, di cui è parte costitutiva la libido, e la pulsione di morte che spinge il vivente a riconquistare il suo naturale stato *inorganico*; « Psicologia delle masse e analisi dell'Io »⁽¹¹²⁾ che è uno dei più audaci tentativi di rivendicare all'indagine psicoanalitica i legami libidici che fanno di una folla senza forma un soggetto plurale *desideroso* solo di sottomettersi al suo terrifico e amorevole censore. A sostenere una tale visione dell'uomo e della società, compariva la « seconda topica » enunciata in « L'Io e l'Es »⁽¹¹³⁾, in cui la triade *Io, Es e Super-Io* si aggiungeva, senza obliterarla del tutto, alla

(111) S. FREUD, *Al di là del principio di piacere* (1920), in OSF, IX, pp. 193-256. L'autore impiegò più di un anno per licenziare la sua monografia, il che dà l'idea « della complessità del lavoro a cui egli dovette sobbarcarsi per completare, e in parte superare, la dottrina delle pulsioni precedentemente elaborata »: ivi, *Avvertenza editoriale*, p. 14.

(112) S. FREUD, *Psicologia delle masse e analisi dell'Io* (1921), ivi, pp. 261-330.

(113) S. FREUD, *L'Io e l'Es*, ivi, pp. 475-520. Freud respinge la identificazione dell'Io con la coscienza e ammette che « una parte dello stesso Io è inconscia »: *Avvertenza editoriale*, ivi, p. 472. Cfr. anche S. FREUD, *Compendio di psicoanalisi* (1938), in OSF, XI, pp. 567-634.

distinzione tra « inconscio, preconcio e conscio », mirando a una più complessa definizione del « rapporto del personale con l'anonimo e con il sovraperonale nell'instaurazione del soggetto » (114).

Marco Levi Bianchini era un eccentrico psichiatra di formazione lombrosiana, con una smisurata e non comune curiosità intellettuale. Come molti scienziati del suo tempo, anch'egli era figlio di quella « epidemia » positivistica di fine secolo che, in nome del progresso, frantumava i tradizionali perimetri disciplinari per edificare una semantica stracolma di neologismi, analogie e metafore. Primario del manicomio di Nocera Inferiore (dal 1913), visitò i principali istituti psichiatrici tedeschi e si infervorò subito per la psicoanalisi. Per tutta la vita sentì come una missione la diffusione in Italia delle idee di Freud e non esitò mai a sfidare « le opinioni delle autorità consacrate » con « uno spirito propagandistico » che talvolta eccedeva la misura (115). Nelle sue temerarie imprese editoriali e nelle sue iniziative, prese spesso d'impulso, è possibile intravedere il suo sentimento di inadeguatezza cui faceva fronte con spericolati effetti di mascheramento e di copertura. Se qualche volta ammetteva di essere « in fatto di psicoanalisi alunno e minorenne », poi faceva di tutto per accreditarsi negli ambienti nazionali come il « fiduciario » di Freud. Si precipitava a Vienna per mostrare le sue traduzioni fresche di stampa e dar prova del suo attivismo mostrandosi come una sorta di « manager della psicoanalisi ». Quando scriveva di Weiss, ne elogiava « la dottrina e consumata esperienza » o lo citava come il « più intransigentemente freudiano », altre volte si vantava di averlo come suo « collaboratore » nella impresa che aveva avviato (116).

Nel 1915 Levi Bianchini fonda la collana editoriale « Biblioteca psichiatrica internazionale », per la quale traduce e pubblica una serie di testi freudiani: le « Cinque conferenze sulla psicoana-

(114) Cfr. P. RICOEUR, *Psicanalisi. La teoria psicanalitica*, in *Enciclopedia del Novecento* (1980), [http://www.treccani.it/enciclopedia/psicanalisi_%28Enciclopedia del Novecento%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/psicanalisi_%28Enciclopedia%29/).

(115) WEISS, *Sigmund Freud come consulente*, cit., p. 75.

(116) Cfr. A.M. ACCERBONI, *Marco Levi Bianchini ed Edoardo Weiss: ambiguità di un sodalizio alle origini della psicoanalisi in Italia*, in *Marco Levi Bianchini e le origini della psicoanalisi in Italia*, Atti del Convegno nazionale, Teramo 26-27-28 ottobre 1995, a cura di F.S. Moschetta, Teramo, Ospedale neuropsichiatrico di Teramo, 2000, p. 39 e ss.

lisi» (117), « Il sogno » (118) e « Tre contributi sulla sessualità » (119). Nel 1920 non si era ancora incontrato con Weiss, ma di certo i due comunicavano da qualche tempo per lettera (120). Non è così importante sapere oggi chi abbia preso l'iniziativa. Per una misteriosa astuzia della storia, due personaggi diversissimi, per formazione, cultura e temperamento, si trovarono accomunati, per quasi un decennio, in un sodalizio scientifico male assortito e, per molti versi, anche « ambiguo » (121). Levi Bianchini sentiva di non potere fare a meno della collaborazione dell'unico autentico psicoanalista in Italia che era stato allievo diretto di Freud; Weiss, d'altro lato, avvertiva la necessità di uscire dalle strettoie di una città ormai periferica per accedere, nelle riviste e nei congressi, al dibattito scientifico che si dipanava tra psichiatri e psicologi (122).

Per la verità, Weiss aveva molte remore per uno studioso che, nonostante il suo fervore, reputava non così affidabile dal punto di vista scientifico, ritenendolo addirittura superficiale e impreciso negli scritti in cui si era occupato di psicoanalisi. Per non dire della sua pervicace tendenza a dare di Freud l'immagine di « grande scienziato positivista », riducendo — entro una *Weltanschauung* d'impianto organicista — la portata 'eversiva' di una scienza, che invece guardava alla persona nella sua unità (e singolarità) corporea e psichica. Quando Levi Bianchini affermava — intervenendo al

(117) S. FREUD, *Sulla psicoanalisi: cinque conferenze tenute nel settembre 1909 alla Clark University di Worcester Mass. in occasione del 20. anniversario di fondazione*, prima traduzione italiana sulla seconda edizione tedesca del 1912, [di] M. Levi-Bianchini (Biblioteca psichiatrica internazionale 1), Napoli, F. Giannini e Figli, 1915.

(118) S. FREUD, *Il sogno*, prima traduzione italiana, sulla seconda edizione tedesca del 1911, [di] M. Levi-Bianchini, (Biblioteca psichiatrica internazionale; 2), Napoli, F. Giannini e Figli, 1919.

(119) S. FREUD, *Tre contributi alla teoria sessuale*, prima traduzione italiana autorizzata sulla quarta edizione tedesca del 1920 del prof. M. Levi Bianchini, Zurigo-Napoli-Vienna, Libreria psicoanalitica ed Edoardo Weiss, 1921.

(120) Cfr. ACCERBONI, *Marco Levi Bianchini ed Edoardo Weiss*, cit., p. 39, che pubblica stralci di una lettera di Freud a W.L. Mackenzie (del 1920) in cui egli si rallegra del fatto che i due fossero « in collegamento fra di loro » ed erano entrambi « disponibili a promuovere la causa psicoanalitica ».

(121) Cfr. ACCERBONI, *Fatti e personaggi negli esordi della psicoanalisi in Italia*, cit., p. 133 e ss.

(122) Cfr. ACCERBONI, *Marco Levi Bianchini ed Edoardo Weiss*, cit., p. 39.

Congresso triestino del 1925 — che la psicologia freudiana era « in tutto e per tutto ispirata a quell'energetismo meccanico od a quel neo-vitalismo che risalta in ogni corrente ideologica dei moderni biologi e filosofi naturalisti »⁽¹²³⁾, si serviva in fondo di categorie filosofico-culturali che, paradossalmente, sarebbero state usate contro Freud dalla sponda avversa dell'idealismo italiano⁽¹²⁴⁾.

Weiss avrebbe preferito avere come suo interlocutore il prof. Sante De Sanctis, grande esperto del sistema nervoso centrale, il quale si era mosso nel corso degli anni sempre in favore di « un'analisi funzionalistica e dinamica della vita psichica »; in più, egli vantava una lunga esperienza accademica e una solida produzione scientifica⁽¹²⁵⁾. Non che fosse un freudiano convinto, però era un osservatore « imparziale e simpatizzante », di sicuro « il più sereno dei cattedratici italiani nei confronti della psicoanalisi »⁽¹²⁶⁾. La stima di Weiss era certamente ricambiata, se l'illustre professore consigliò un giovane psichiatra, suo assistente alla Sapienza di Roma, di affidarsi alla terapia del Triestino per i gravi disturbi psicogeni di cui soffriva⁽¹²⁷⁾.

Nonostante Freud avesse apprezzato già nella sua *Traumdeutung* gli studi sui sogni di De Sanctis e ne riconoscesse ancora i meriti scientifici, mise in guardia Weiss da un sodalizio che, a suo dire, faceva correre il rischio di « introdurre la psicoanalisi sotto mentite spoglie ». Ai suoi occhi l'*energico* e *infervorato* psichiatra di Nocera era l'interlocutore giusto per la causa della psicoanalisi in Italia.

⁽¹²³⁾ Cfr. M. LEVI BIANCHINI, *Il nucleo centrale della psicoanalisi e la presa di possesso della psicoanalisi in Italia*, in « Archivio generale di neurologia, psichiatria e psicoanalisi », VII (1926), 1, p. 9.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. F.S. TRINCIA, *Tra positivismo e idealismo: le origini della psicoanalisi in Italia e Marco Levi Bianchini*, in « La Cultura », XXXVII (1999), pp. 63-93, il quale fa rilevare che « la difficoltà di classificare Freud nell'ambito del positivismo discende proprio — la circostanza non appare affatto paradossale — dal dato di fatto che Freud non ha mai ceduto di un solo passo, e dall'aver respinto ogni tentazione compromissoria circa la distinzione tra la scienza psicoanalitica e la filosofia » (73).

⁽¹²⁵⁾ Cfr. DAVID, *La psicoanalisi nella cultura italiana*, cit., p. 151 e ss., 188 e s.; ACCERBONI, *Marco Levi Bianchini ed Edoardo Weiss*, cit., p. 40; L. FIASCONARO, *De Sanctis, Sante*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXXIX, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1991, pp. 316-322.

⁽¹²⁶⁾ DAVID, *La psicoanalisi nella cultura italiana*, cit., p. 151.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. WEISS, *Sigmund Freud come consulente*, cit., p. 59 e s.

Ancora una volta, la figura *fantasmatica* del padre finì per piegare le vedute di Weiss, che non osò obiettare al risoluto giudizio di Freud ⁽¹²⁸⁾.

Nasceva così, col suo vizio occulto, la collaborazione alla rivista fondata da Levi Bianchini nel 1920, la cui intitolazione, dopo appena un anno, partorì come d'incanto — insieme a neurologia e a psichiatria — la magica parola che evocava il sol dell'avvenire. Vedevo la luce l'« Archivio generale di neurologia, psichiatria e psicoanalisi », affiancato dalla collana « Biblioteca psicoanalitica italiana ».

Nella rivista, di cui era fra i più influenti redattori, Weiss si prodigò per un decennio perché la psicoanalisi fosse conosciuta nei suoi fondamenti teorici. La scelta dei temi trattati nei suoi saggi era determinata « oltre che da un intento divulgativo » in favore di un pubblico più vasto e ancora digiuno della materia, anche « dall'esigenza di chiarire e correggere certe concezioni confuse o addirittura sbagliate » ⁽¹²⁹⁾. In una sua pagina introduttiva, apparsa — non a caso — nel primo numero, ammoniva sulla difficoltà ad apprendere seriamente la tecnica psicoanalitica: ci vogliono — scrive — anni di applicazione e di duro lavoro « con concetti del tutto estranei alla psichiatria ed alla neurologia, estranei perfino alla usuale psicologia ». In tutta Europa « vi sono dei periodici dedicati esclusivamente alla psicoanalisi ». E concludeva, con un tono tra l'amaro e il divertito: « Un neurologo od un psichiatra non psicoanalista che leggesse un qualsiasi brano di questi periodici, si troverebbe come un turco alla predica ».

Si può ben capire, allora, che queste sue considerazioni erano le più appropriate per introdurre la traduzione di un brevissimo scritto di Freud che aveva l'eloquente titolo « La psicoanalisi selvaggia », in cui erano presi di mira gli esperimenti avventati di quei medici che, orecchiando di sessualità e di nevrosi, provavano a trattare le affezioni dei loro pazienti senza avere la benché minima

⁽¹²⁸⁾ Cfr. *ivi*, p. 51.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. ACCERBONI, *Marco Levi Bianchini ed Edoardo Weiss*, cit., p. 44 e s., che ricorda anche i giudizi non proprio benevoli espressi nelle recensioni di Weiss agli scritti di Levi Bianchini e apparsi sull'« Internationale Zeitschrift für Psychoanalyse ».

esperienza terapeutica ⁽¹³⁰⁾. E tra gli improvvisati psicoanalisti di turno, non si faceva fatica a pensare, senza doverlo chiamare in causa, anche al direttore responsabile della rivista, che dopo gli esiti poco felici di una sua « psicoanalisi parziale », a dire il vero aveva avuto l'onestà di ammettere di non essere sufficientemente preparato allo scopo ⁽¹³¹⁾.

Da quel primo esordio, Weiss volge il suo impegno editoriale a generi letterari che miravano a finalità diverse: saggi di ampio respiro e di ardua densità teorica; schede e recensioni a scritti che banalizzavano o, peggio ancora, distorcevano con malevolenza; traduzioni il più possibile corrette delle opere di Freud.

Pubblica un limpido saggio « Su alcuni concetti psicologici fondamentali della psicoanalisi » ⁽¹³²⁾, che è la sua relazione al Congresso fiorentino di psicologia del 1923, un'occasione in cui approfondì la sua amicizia con Vittorio Benussi, uno straordinario psicologo che ha saputo produrre « il tentativo più originale e discutibile che sia stato operato in Italia nell'approfondimento della psicoanalisi da un'angolatura ancora strettamente legata alla sperimentazione » ⁽¹³³⁾. Poi: « Il simbolismo psicoanalitico » ⁽¹³⁴⁾, in cui

⁽¹³⁰⁾ Cfr. E. WEISS, *La "psicoanalisi selvaggia" di S. Freud*, in « Archivio generale di neurologia, psichiatria e psicoanalisi », II (1921), 2, pp. 113-119. Freud riferisce dello stato d'angoscia di una donna, abbandonata dal marito, i cui sintomi sarebbero peggiorati dopo aver consultato un giovane medico, che l'aveva incoraggiata a soddisfare, in qualche maniera, « il suo bisogno sessuale ». Per Freud, non basta « che il medico conosca alcuni risultati della psicoanalisi », è necessario « essersi famigliarizzato con la tecnica ». Si tratta di una tecnica che « per oggi non si può ancora apprendere dai libri e certamente non si può arrivare ad essa che soltanto con grandi sacrifici di tempo e di fatica e con rinuncia a facili successi. La si impara, come del resto tutte le altre tecniche mediche, solo da quelli che ne sono padroni » (p. 118). Da confrontare con OSF, VI, 1974, pp. 325-331.

⁽¹³¹⁾ DAVID, *La psicoanalisi nella cultura italiana*, cit., p. 198.

⁽¹³²⁾ E. WEISS, *Su alcuni concetti psicologici fondamentali della psicoanalisi. Comunicazione al Congresso di Psicologia di Firenze (ottobre 1923)*, in « Archivio Generale di Neurologia, Psichiatria e Psicoanalisi », IV-V (1923-1924), 1, pp. 23-38.

⁽¹³³⁾ Cfr. DAVID, *La psicoanalisi nella cultura italiana*, cit., p. 190 e ss.; C. MUSATTI, *Benussi, Vittorio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, VIII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1966, pp. 657-659; ACCERBONI, *Fatti e personaggi negli esordi della psicoanalisi in Italia*, cit., p. 129 e ss. Triestino, come Weiss, si mosse con disagio nello spazio liminale tra due culture diverse. Dopo un lungo periodo passato all'università di Graz, dove si faceva sentire forte l'influenza di Franz Brentano, torna in Italia e

fa conoscere « al lettore italiano alcune teorie sulla formazione del simbolo così come erano state proposte da Silberer »⁽¹³⁵⁾; « Le origini dei sentimenti sociali e religiosi dal punto di vista psicoanalitico »⁽¹³⁶⁾, che è un bell'esempio di antropologia culturale sulla funzione costitutiva del mito e del sacrificio; « Il castigo nell'educazione »⁽¹³⁷⁾, in cui asseconda la sua propensione (fenomenologica) per la formazione del Super-Io nei rapporti con l'Io.

E ancora, una serie di schede per stroncare scarni libretti mal fatti e del tutto disinformati⁽¹³⁸⁾, come quelli di Giuseppe Dragotti⁽¹³⁹⁾, Giovanni Capone⁽¹⁴⁰⁾, Francesco Cibarelli⁽¹⁴¹⁾ e Giovanni Fabrizi⁽¹⁴²⁾. Anche una lucida critica a Luigi Bianchi, Luigi Romolo Sanguineti e Roberto Assagioli⁽¹⁴³⁾. A primeggiare, però, per asprezza, è la recensione che Weiss riservò al pretenzioso volume di Enrico Morselli⁽¹⁴⁴⁾, intitolato « La Psicanalisi », che persino al cauto Freud si mostrava come « assolutamente privo di valore », stracolmo di un'infinità di « grandi e piccole inesattezze », degno

conseguo, grazie ai buoni auspici di De Sanctis, la cattedra di psicologia sperimentale. Il suo « male di vivere » era, forse, specularlo a quello del suo stravagante e geniale analista, Otto Gross.

⁽¹³⁴⁾ E. WEISS, *Il simbolismo psicoanalitico*, in « Archivio Generale di Neurologia, Psichiatria e Psicoanalisi », VII (1926), 2, pp. 121-153.

⁽¹³⁵⁾ Cfr. CAROTENUTO, *Jung e la cultura italiana*, cit., p. 31.

⁽¹³⁶⁾ E. WEISS, *Le origini dei sentimenti sociali e religiosi dal punto di vista psicoanalitico*, « Archivio Generale di Neurologia, Psichiatria e Psicoanalisi », X (1929), 1, pp. 19-47.

⁽¹³⁷⁾ E. WEISS, *Il castigo nell'educazione*, in « Archivio Generale di Neurologia, Psichiatria e Psicoanalisi », XII (1931), 3, pp. 208-216.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. ACCERBONI, *Introduzione a Weiss, Elementi di psicoanalisi*, cit., p. xi.

⁽¹³⁹⁾ G. DRAGOTTI, *La psicoanalisi*, Roma, Pozzi, 1923.

⁽¹⁴⁰⁾ G. CAPONE, *La dottrina psicoanalitica del Freud*, Bologna, Zanichelli, 1924.

⁽¹⁴¹⁾ F. CIBARELLI, *Pedagogia e psicoanalisi*, Teramo, Libreria psicoanalitica italiana, 1924.

⁽¹⁴²⁾ G. FABRIZI, *La psicoanalisi*, Roma, P. Cremonese, 1928

⁽¹⁴³⁾ Cfr. E. WEISS, *Su alcune critiche di autori italiani in tema di psicoanalisi*, in « Archivio Generale di Neurologia, Psichiatria e Psicoanalisi », IV-V (1923-1924), pp. 129-139.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. E. WEISS, *Recensione a E. Morselli, La psicanalisi* (in due tomi: Milano, Bocca, 1926), in « Archivio Generale di Neurologia, Psichiatria e Psicoanalisi », VII (1926), 3, pp. 364-380. Pubblicata anche in « Internationale Zeitschrift für Psychoanalyse », XII (1926), 4, pp. 561-568.

soltanto di essere apprezzato « come prova inequivocabile che l'autore è un asino »⁽¹⁴⁵⁾. Weiss aveva mal digerito l'inaudita scortesia ricevuta, quando a chiusura del suo brillante intervento al congresso della Società freniatrica italiana (Trieste, 1925), era stato attaccato — con toni di inaudita durezza — proprio da Morselli, che pure gli aveva chiesto, qualche tempo prima, consigli per la stesura del suo libro e poi l'aveva invitato a tenere la sua relazione su « Psichiatria e psicoanalisi »⁽¹⁴⁶⁾. Lo sgradevole incidente prese di sorpresa anche Levi Bianchini che, in vista del congresso, con un fantastico *coup de théâtre*, aveva fondato — all'insaputa dello stesso Weiss — la « Società psicoanalitica italiana », associandovi d'ufficio i suoi (incolpevoli e ignari) assistenti all'ospedale di Teramo, dove si era trasferito da un anno⁽¹⁴⁷⁾. Un'iniziativa improvvida e prematura, cui Weiss — nonostante le consuete bonarie parole di Freud — guardò sempre con molto distacco⁽¹⁴⁸⁾. Come scrive Emilio Servadio⁽¹⁴⁹⁾, « un sodalizio soltanto nominale e senza storia », che prese vita realmente solo sette anni dopo, quando la SPI fu presa direttamente in mano da Weiss trasferendola a Roma⁽¹⁵⁰⁾.

Come si sa, Weiss aveva molto a cuore la traduzione delle opere del suo maestro. Al punto tale che intorno al 1930 aveva

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. WEISS, *Sigmund Freud come consulente*, cit., p. 72.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. E. WEISS, *Psichiatria e psicoanalisi*, in « Rivista Sperimentale di Freniatria », LI (1926), 3-4, pp. 442-472. Vedi anche *Riassunto della relazione fatta al XVII Congresso della Società Freniatrica Italiana (Trieste, 24-26 settembre 1925)*, in « Quaderni di Psichiatria », XII (1925), pp. 206-208. Sulla relazione e la discussione: L. GALDO, *XVII Congresso della Società Freniatrica Italiana*, in « Il Cervello. Giornale di neurologia », IV (1925), 6, pp. 403-409.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. ACCERBONI, *Marco Levi Bianchini ed Edoardo Weiss*, cit., p. 43.

⁽¹⁴⁸⁾ Lettera di Freud a Weiss del 30 settembre 1926: « La ringrazio per le Sue notizie per la società italiana, che potrebbero comunque essere più promettenti, ma che dobbiamo accettare così come sono. Succede spesso, infatti, che la forma preceda il contenuto e sono contento che Lei non intenda distruggere questa forma ora. Speriamo che col tempo essa si riempia di contenuto, e se questo accadrà, sarà opera e merito Suo »: WEISS, *Sigmund Freud come consulente*, cit., p. 76 e s.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. E. SERVADIO, *La psicoanalisi in Italia*, in « Rivista di psicoanalisi », XI (1965), 1, p. 5, che osserva come sia « perfettamente corretto datare la vera origine della Società Psicoanalitica Italiana al 1932, anno in cui essa fu costituita ex novo da Edoardo Weiss e da alcuni suoi collaboratori o allievi ».

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. ACCERBONI, *Marco Levi Bianchini ed Edoardo Weiss*, cit., p. 43.

progettato di fondare a Trieste un'agenzia per la traduzione in italiano dell'opera completa di Freud. Un intento che non sarebbe riuscito a realizzare, per la mancanza di un appoggio editoriale, neanche a Roma, dove per pubblicare la « Rivista italiana di psicoanalisi » dovette inizialmente farsi supportare economicamente dall'imprenditore triestino Alberto Stock ⁽¹⁵¹⁾.

Per la « Biblioteca psicoanalitica italiana » di Levi Bianchini, Weiss pubblicò l'« Introduzione allo studio della psicoanalisi », una serie di lezioni introduttive che Freud tenne a Vienna negli anni 1915/16 e 1916/17 col preciso intento di riassumere in forma piana e accessibile le sue acquisizioni cliniche e teoriche ⁽¹⁵²⁾. Nella medesima collana furono anche pubblicate in traduzione italiana la « Gradiva di Jensen » ⁽¹⁵³⁾ e il « Mosè di Michelangelo » ⁽¹⁵⁴⁾, e opere di Otto Rank ⁽¹⁵⁵⁾ e di Oscar Pfister ⁽¹⁵⁶⁾. Weiss curò pure la traduzione di « Totem e Tabù », che uscì nel 1930 per le edizioni Laterza ⁽¹⁵⁷⁾.

Dal 1927, Weiss accentua il suo disagio per il lavoro al manicomio di San Giovanni, scrive un'accorata lettera a Federn, in

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. A.M. ACCERBONI, *La Rivista di psicoanalisi: 1934-1954-2004. Le ragioni di un anniversario*, in « Rivista di psicoanalisi », Supplemento, L (2004), 1, p. 14.

⁽¹⁵²⁾ S. FREUD, *Introduzione allo studio della psicoanalisi: Lapsus-Sogno-Dottrina generale delle neurosi*, prima traduzione italiana autorizzata sulla terza edizione tedesca del 1920 del dott. E. Weiss, con prefazione di M. Levi Bianchini, Napoli, Idelson, 1922. Cfr. *Introduzione alla psicoanalisi*, in OSF, VIII, 1976, pp. 195-611.

⁽¹⁵³⁾ S. FREUD, *Delirio e sogni nella Gradiva di W. Jensen*, traduzione italiana autorizzata sulla seconda edizione tedesca del dott. Gustavo de Benedicty, con prefazione di M. Levi Bianchini, Zurigo [etc.], Libreria psicoanalitica internazionale, 1923.

⁽¹⁵⁴⁾ S. FREUD, *Il Mosè di Michelangiolo*; traduzione autorizzata di E. Servadio, Napoli, Idelson, [dopo il 1928]. Pubblicata ancora in « Rivista Italiana di Psicoanalisi », I (1932), 5, pp. 353-380.

⁽¹⁵⁵⁾ O. RANK, *Il mito della nascita degli eroi: saggio di una interpretazione psicologica del mito*, prima traduzione italiana sulla prima edizione tedesca notevolmente ampliata con note ed aggiunte originali dell'autore, Zurigo [etc.], Libreria psicoanalitica internazionale, 1921.

⁽¹⁵⁶⁾ O. PFISTER, *Pedagogia e psicoanalisi*, prima e unica traduzione italiana autorizzata, sulla seconda edizione tedesca del 1923, di M. Levi Bianchini, Napoli, Tip. F. Giannini e Figli, 1927.

⁽¹⁵⁷⁾ S. FREUD, *Totem e tabù: di alcune concordanze nella vita psichica dei selvaggi e dei nevrotici*, traduzione di Edoardo Weiss, Bari, Laterza, 1930.

cui lamenta la sua « nostalgia struggente per Vienna » (158). Si sentiva oppresso da quel clima che a Trieste aveva fatto della psicoanalisi un tema alla moda, un crogiolo di artisti vogliosi e di borghesi danarosi che si scambiavano, nelle belle sale dei caffè cittadini, le più fantasiose interpretazioni sui loro sogni e i loro immaginari. Che lo pressavano con le domande più stravaganti. Un vero « ciclone psicoanalitico », per dirla con Guido Voghera (159), che faceva naufragare — tra i refoli della bora triestina — il progetto di edificare una « istituzione » solida e *discreta*, che fosse capace di farsi carico, con un rigoroso *training*, della formazione di nuovi allievi. Mancavano, insomma, le condizioni per costruire una scuola.

È stato un vero miracolo come la pubblicazione dei suoi *Elementi di psicoanalisi* (1931) sia stata una sorta di giro di boa, che ha cambiato la vita di Weiss e ha dato avvio alla nascita, se non di un vero e proprio movimento psicoanalitico, almeno di un consapevole progetto, che poteva fare a meno di fastidiose e inconcludenti contaminazioni. Il magnifico manuale, scritto con grande fatica e con limpida chiarezza, ha sancito l'apertura di una nuova stagione; è stato forse il vero punto d'avvio di una testualità che si emancipava finalmente dal fardello dell'archeologia per puntare diritto al cantiere di un edificio nuovo (160). Si può aggiungere che la sede editoriale (i manuali Hoepli), in cui l'opera fu accolta, rappresentava per la psicoanalisi e per Weiss « l'ingresso in una certa ufficialità del sapere, in ogni caso l'acquisto di una legittimità e l'abbandono, forse neppure previsto, di una esotericità non più necessaria » (161).

Gli *Elementi* sono, forse, il suo più autentico congedo da Trieste. Silvio Tissi, il solito ciarlatano di turno, su invito della

(158) Cfr. CORSA, *Edoardo Weiss a Trieste con Freud*, cit., p. 63.

(159) Cfr. G. VOGHERA, *Gli anni della psicoanalisi*, Pordenone, Studio Tesi, 1980, p. 19, che ricorda bene come, nonostante le obiezioni di Weiss, che cercava di spiegare come il troppo parlare della propria analisi fosse un presupposto per tradirla, continuava a esserci « un continuo scambiarsi di racconti ed interpretazioni di sogni e di lapsus ».

(160) Cfr. ACCERBONI, *Introduzione a Weiss, Elementi di psicoanalisi*, cit., pp. ix-xxxi, che ha promosso e curato l'edizione della prima edizione (Milano, Hoepli, 1931). L'opera ebbe tale successo che, a distanza di solo un anno, apparve una seconda edizione « migliorata e corretta » e nel 1937 una sua ristampa con pochissime varianti di carattere formale.

(161) Cfr. RANCHETTI, *Un pioniere della psicoanalisi*, cit., p. 21.

Associazione medica triestina, aveva tenuto con scandalosa incompetenza una conferenza per spiegare la psicoanalisi. Weiss se ne era lamentato. L'Associazione cercò di rimediare, invitandolo a tenere cinque lezioni, tra febbraio e giugno del 1930.

Le lezioni ebbero un grande successo di pubblico e Weiss — nonostante le sue insicurezze — si decise a farne un libro. Non era cosa facile. Per la sua stesura, chiese più volte consigli a Federn, sentiva la responsabilità — la stessa che era stata anche di Freud per le sue opere divulgative — di essere particolarmente accurato nella enunciazione dei concetti e nella costruzione degli argomenti, tanto più che andava reso in italiano un lemmario che lo stesso Viennese piegava sovente a ripensamenti e cambi di rotta.

Nel 1931, l'anno stesso della pubblicazione degli *Elementi*, Mario Piacentini dedica all'opera una puntuale recensione nelle pagine di « La Giustizia penale »⁽¹⁶²⁾. Weiss aveva già lasciato nei primi del 1929 il suo incarico all'ospedale psichiatrico e stava preparandosi a lasciare Trieste per Roma, contando sull'aiuto di De Sanctis che gli aveva promesso di sostenerlo inviandogli dei pazienti. Non poteva ancora immaginare che il suo lavoro di pioniere avrebbe trovato ampio spazio in una rivista di diritto penale.

I primi tempi a Roma non furono facili, ma grazie alla sua tenacia poté cominciare a svolgere la professione. Insieme ai pazienti, cominciarono ad arrivare i primi allievi. La Società si riunì per la prima volta il primo ottobre 1931 a casa Weiss, in via dei Gracchi. In quella occasione furono accolte le domande di ammissione di Sante De Sanctis, Ferruccio Banissoni, Nicola Perrotti, Emilio Servadio, Cesare Musatti, Raffaele Merloni e Vanda Shrenger. Edoardo Weiss fu nominato presidente effettivo, con Levi Bianchini e De Sanctis presidenti onorari.

I membri della giovanissima Società « si riunivano ogni se-

⁽¹⁶²⁾ Cfr. M. PIACENTINI, [Recensione a] E. Weiss *Elementi di psicoanalisi*, cit., in « La Giustizia penale », XXXVII (1931), col. 1620 e s., in cui l'A. sa costruire una scheda chiara e informata, combinando parti del testo di Weiss con il Glossario che compare alla fine del volume. Già nel 1927, era comparsa la prima menzione ai lavori di Freud: cfr. T. ASCARELLI, recensione a *Die Traumdeutung, Der Witz und seine Beziehung zum Unbewussten, Über Psychoanalyse* (« La Giustizia penale », XXXIII (1927), col. 1244 e s.).

condo mercoledì del mese, modellandosi nella periodicità alla Società madre viennese » (163). La coincidenza anche della data in cui dibattere di temi scientifici non deve stupirci, perché nei suoi aspetti rituali e simbolici i *mercoledì* facevano già sentire lo sparuto gruppo di Weiss parte di un organismo più ampio. Una visione olistica (e marcatamente *istituzionale*) che lo stesso Freud aveva voluto imprimere sin dall'inizio al movimento psicoanalitico. In fondo, anche le regole del nuovo statuto si ispiravano al modello viennese: là dove, soprattutto, vincolavano l'ammissione dei soci all'analisi didattica e alla redazione di una relazione in cui dar prova di una buona conoscenza della teoria e delle strategie terapeutiche.

Teramo, oramai, era lontana. Weiss, che aveva ottenuto la *venia docendi* per l'Italia, « si presentò ufficialmente con un gruppo italiano a 3 congressi dell'Associazione Psicoanalitica Internazionale ». A Wiesbaden nel 1932, a Lucerna nel 1934, a Marienbad nel 1936, dove finalmente si giunse, per acclamazione, « a un riconoscimento anche formale della Società italiana » (164).

Organo ufficiale della Società era la « Rivista italiana di psicoanalisi », il cui primo numero apparve nel 1932. Con le stesse parole di Weiss, si trattava della « prima pubblicazione periodica » in Italia, dedicata « esclusivamente alla diffusione e all'approfondimento delle conoscenze acquistate all'umanità dalla giovane scienza della psicanalisi » (165). Com'è evidente, non era una tribuna che mirava principalmente a scompaginare i luoghi comuni che circolavano sulla mente e il suo funzionamento. Almeno, non era solo questo, se solo pensiamo alla postura di Freud (direi, tipicamente

(163) Cfr. ACCERBONI, *Fatti e personaggi negli esordi della psicoanalisi in Italia*, cit., p. 136. Cfr. E. SERVADIO, *Edoardo Weiss (1889-1970)*, in « Rivista di psicoanalisi », XVI (1970), 1, p. 7: « Dopo breve tempo dall'arrivo di Weiss a Roma, si tenne a casa sua la prima 'riunione scientifica'. L'espressione può sembrare eccessiva se si pensa che alle 'riunioni' in questione partecipano sì e no otto o dieci persone (immane erano Perrotti, il di lui cognato avv. Merloni, la moglie di Weiss, e Musatti, quando poteva occasionalmente lasciare Padova e farci visita). Alcuni degli scritti presentati e discussi in casa Weiss vennero poi pubblicati nella *Rivista Italiana di Psicoanalisi*, e alcuni pochi apparvero anche in periodici stranieri ».

(164) *Ibidem*.

(165) Cfr. E. WEISS, *Presentazione*, in « Rivista italiana di psicoanalisi », I (1932), 1, p. 1 e ss.

‘cospirativa’) che — in un tempo feroce verso ogni forma di pensiero critico — adottava le sue capacità ‘mimetiche’, per difendere con la giusta misura la sua creazione, senza forzature dannose, ma senza cedere di un solo passo sui suoi principi fondativi. Possiamo, allora, dire che il progetto che animava la nuova rivista, oltre che ispirato a un’evidente inclinazione al proselitismo, voleva essere propedeutico alla formazione di una scuola degna di questo nome: i membri ‘abilitati’ si sarebbero confrontati, nella scrittura, con l’avanzamento del loro *training* e la preparazione teorica che andavano acquisendo. Non da ultimo, nei progetti di Weiss, c’era il gran desiderio di uscire dai confini nazionali, aprendosi il più possibile ai contributi che venivano dall’estero.

Fu così che la rivista ospitò, oltre a saggi originali di studiosi italiani, anche la traduzione di importanti opere di Sigmund Freud (« Il Mosè di Michelangelo » ⁽¹⁶⁶⁾ e la « Nuova serie delle Lezioni introduttive alla psicoanalisi » ⁽¹⁶⁷⁾), di Ernest Jones (« Psicoanalisi e folklore » ⁽¹⁶⁸⁾), di Franz Alexander (« Psicoanalisi e medicina » ⁽¹⁶⁹⁾), di Paul Federn (« La depressione quale perturbamento psichico » ⁽¹⁷⁰⁾, « Relazioni cicliche di amicizia » ⁽¹⁷¹⁾) e di Heinrich Meng (« Psicoanalisi ed educazione sessuale » ⁽¹⁷²⁾, « Il bambino e la psicoanalisi » ⁽¹⁷³⁾). Dopo due anni appena, però, la rivista fu costretta a chiudere, per il mancato rinnovo dei permessi necessari. Fu uno smacco duro. Weiss fece il possibile per far fronte all’ostilità che veniva, più che dal fascismo, dalle gerarchie ecclesiastiche e, introdotto dal padre di una sua paziente, intervenne col ministro Ciano che si mostrò ben disposto ad aiutarlo e, a quanto pare, fu sul punto di riuscirci ⁽¹⁷⁴⁾. Ma non ci fu verso. I due fascicoli, già

⁽¹⁶⁶⁾ « Rivista italiana di psicoanalisi », I (1932), 5, pp. 353-380.

⁽¹⁶⁷⁾ « Rivista italiana di psicoanalisi », II (1933), 1, pp. 3-26; 2, pp. 79-98; 3, pp. 152-172; 4, pp. 229-255; 5/6, pp. 285-308, 309-329, 330-354.

⁽¹⁶⁸⁾ « Rivista italiana di psicoanalisi », I (1932), 2, pp. 87-105.

⁽¹⁶⁹⁾ « Rivista italiana di psicoanalisi », I (1932), 2, pp. 131-153.

⁽¹⁷⁰⁾ « Rivista italiana di psicoanalisi », I (1932), 4, pp. 277-298.

⁽¹⁷¹⁾ « Rivista italiana di psicoanalisi », II (1933), 3, pp. 173-178.

⁽¹⁷²⁾ « Rivista italiana di psicoanalisi », I (1932), 1, pp. 31-401.

⁽¹⁷³⁾ « Rivista italiana di psicoanalisi », I (1932), 2, pp. 154-166.

⁽¹⁷⁴⁾ Cfr. DAVID, *La psicoanalisi nella cultura italiana*, cit., p. 202 e ss., che osserva: « la durezza dell’attacco rivelava una paura, e dunque il successo inquietante dei

stampati, del 1934 non furono mai distribuiti ⁽¹⁷⁵⁾. In compenso, i nostri pionieri continuarono a scrivere e a tradurre nella « Biblioteca Psicoanalitica Internazionale, Serie Italiana », che si era affiancata alla Rivista, dove comparvero tra l'altro, la seconda serie delle « Lezioni Introduttive » ⁽¹⁷⁶⁾, « Psicoanalisi per gli educatori » di Anna Freud ⁽¹⁷⁷⁾ ed « Educazione e sessualità » di Marie Bonaparte ⁽¹⁷⁸⁾. Soprattutto, i « Saggi di Psicoanalisi in onore di Sigmund Freud », nel 1936, con cui fu reso omaggio al Maestro in occasione del suo ottantesimo compleanno. Come fa rilevare Anna Maria Accerboni, la pubblicazione del volume, che conteneva « scritti, oltre che di Weiss, di Musatti, Servadio, Perrotti, Hirsch, Kovacs, Merloni, fu l'unica occasione in cui il piccolo gruppo intorno a Weiss ebbe modo di esprimersi collegialmente » ⁽¹⁷⁹⁾.

Il dato davvero sorprendente è che il nostro pioniere — l'anno dopo la benevola recensione di Piacentini — avviò una collaborazione con la vivace (ed eccentrica) « La Giustizia penale », che avrebbe dato frutti impensati fino al suo forzato espatrio per gli Stati Uniti. Ma c'è di più: quando ancora era attiva la Rivista, alcuni articoli, non solo i suoi, comparvero in entrambi i fogli. Dopo la chiusura dell'organo ufficiale della Società, la rivista di Gennaro Escobedo fu l'unica tribuna in cui la psicoanalisi poté far sentire la

tentativi freudiani in Italia » (p. 203). Sulla corrispondenza che in merito Weiss intrattenne con Freud, cfr. WEISS, *Sigmund Freud come consulente*, cit., p. 96 e ss. Da ultimo, cfr. ZAPPERI, *Freud e Mussolini*, cit., p. 95. Francamente, mi pare ci sia stato uno 'straparlare' dei rapporti tra Freud e Weiss con il regime fascista. In proposito, mi fermo alle sensate (ed equilibrate) considerazioni di Glauco CARLONI, *La psicoanalisi nella cultura italiana*, in *Freud e la ricerca psicologica*, cit., p. 63 e ss.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. E. SERVADIO, *Il movimento psicoanalitico in Italia*, in « Rivista di psicoanalisi », XXII (1976), 2, p. 164.

⁽¹⁷⁶⁾ S. FREUD, *Introduzione alla psicoanalisi: Nuove Lezioni*, traduzione autorizzata di Edoardo Weiss, Roma, P. Cremonese, 1934.

⁽¹⁷⁷⁾ A. FREUD, *Introduzione alla psicoanalisi per gli educatori: 4 lezioni*, traduzione e prefazione di Emilio Servadio, Roma, P. Cremonese, 1935.

⁽¹⁷⁸⁾ M. BONAPARTE, *Educazione e sessualità: la profilassi infantile delle nevrosi*, traduzione di N. Perrotti, Roma, P. Cremonese, 1935.

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. ACCERBONI, *La Rivista di psicoanalisi*, cit., p. 17.

sua voce: con un numero cospicuo di saggi, recensioni, e schede bibliografiche ⁽¹⁸⁰⁾.

Quasi d'incanto, l'antico auspicio di Freud in occasione della sua lezione agli studenti viennesi di diritto, trovò in Italia un terreno di coltura per sperimentare un confronto tra il discorso giuridico della responsabilità penale e quello psicoanalitico della logica della colpa.

6. *La psicoanalisi nel villino di via Nicotera a Roma: Giulio Andrea Belloni, Mario Piacentini ed Edoardo Weiss.*

Nel 1895 Gennaro Escobedo, insieme a Giovan Battista Impallomeni e Vittorio Sciarra, fonda la *Giustizia Penale*, una rivista che mirava a «una rapidità di intervento sull'attualità politica e giuridica che neanche la rivista di Lucchini, malgrado la sua proverbiale puntualità e tempestività, poteva permettersi». La nuova impresa si iscriveva di certo nella tradizione della 'scuola classica' del diritto penale, ma mostrava un certo disagio a lasciarsi irretire in un inconcludente «dottrinarismo liberale», che mascherava a stento l'esigenza di dar voce alle urgenze (vere o immaginarie, poco conta) che la società era chiamata a fronteggiare, ogni santo giorno, nei confronti degli «individui pericolosi» ⁽¹⁸¹⁾. La penalistica italiana, ispirata ai principi riformatori dell'illuminismo giuridico, per quanto fermamente ostile alla spericolata ondata che montava dalla 'scuola positiva' di Enrico Ferri, non faceva fatica a condividere che, ai margini di un Codice autenticamente liberale, si affollassero scritture ispirate alla logica securitaria della difesa sociale contro ogni forma di devianza e di anomalia ⁽¹⁸²⁾.

Soprattutto dal 1902, anno in cui Escobedo divenne unico direttore responsabile de «La Giustizia penale», la rivista accentuò

⁽¹⁸⁰⁾ Ne ho dato notizia, in forma ancora provvisoria, in un convegno tenuto a Jesi a febbraio del 2010: «Una 'tribuna' per le scienze criminali. La cultura delle Riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento».

⁽¹⁸¹⁾ Cfr. M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2009, p. 976 e ss.

⁽¹⁸²⁾ Cfr. M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia 'Einaudi'. Annali*, 14: *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, p. 487 e ss.

la sua propensione a indagare i congegni che sovrintendevano al funzionamento della giustizia. Un periodico, dunque, che voleva far dialogare la scienza del diritto col quotidiano agire di giudici e di avvocati. Quando, giovanissimo, sognava di diventare « avvocato e giurista insieme », aveva già ben chiaro che « la pratica e la scienza sono inscindibili, e l'una deve attingere la sua forza dall'altra ». Ai figli, di tanto in tanto, amava leggere — dopo cena — le sue « memorie difensionali », con lo stesso trasporto che riservava alle traduzioni di Milton e di Heine. Non vi era causa per cui egli non si appassionasse, ma il pensiero dominante restava pur sempre la sua rivista, una palestra del diritto « ove la scienza si formasse e aderisse ai casi pratici e concreti » (183).

Col passare degli anni, la Rivista ampliò di molto la tribuna dei suoi lettori, divenendo « uno strumento indispensabile per l'amministrazione della giustizia penale in Italia, sia per gli avvocati che per i magistrati, e per i cittadini di ogni categoria » (184). Escobedo ebbe il grande merito di tenersi a parte dalla bufera dottrinale che, dagli anni Ottanta del secolo XIX, continuava ad alimentare un contrasto « aspro, fragoroso e quasi mai di buona qualità », vedendo da una parte la « robusta schiera di penalisti liberali » e, dall'altra, le nuove idee nate « nel clima positivista che percorreva l'Europa » (185). Era persona cauta e misurata, ma, sebbene si fosse nutrito del pensiero giuridico liberale, egli non ebbe remore o pregiudizi per guardare con simpatia alle idee di quei giovani intelletti che, ai suoi occhi, avevano il merito di scompaginare un mondo che pareva accompagnare il suo stesso tramonto.

Come si sa, in quegli anni ad essere aggrediti e scossi da una corrente di studi, designata da Ferri come « scuola positiva di diritto criminale », erano proprio i fondamenti della dottrina penalistica. Se l'idea di « responsabilità penale » era minata alla radice, negandosi all'individuo il libero arbitrio (dai tempi della canonistica medievale, la più risalente delle sue facoltà), la logica retributiva doveva lasciare

(183) Cfr. F. ESCOBEDO, in *Scritti in onore di Gennaro Escobedo*, in « La Giustizia penale », Parte Prima, XLVIII (1942), col. 160 e s.

(184) Cfr. M. PIACENTINI, in *Scritti in onore di Gennaro Escobedo*, cit., col. 234.

(185) Cfr. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., p. 502 e s.

il posto alla prevenzione del delitto, guardato ormai come « un fenomeno umano, naturale e sociale », da studiare non più solo con la conoscenza della legge e del diritto, ma mirando alle sconfinite radure dell'antropologia criminale e della criminologia di marca lombrosiana ⁽¹⁸⁶⁾. Come dire: per i positivisti bisognava « difendere la società », perché il delinquente — con la sua fronte sfuggente, i suoi occhi obliqui e le sue cicatrici colpevoli — somigliava al delitto prima ancora d'averlo commesso.

La chiave di volta per Gennaro Escobedo e la sua rivista fu la promulgazione, nel 1930, dei nuovi Codici (penale e di procedura penale). In merito a un evento capitale, che ha portato i suoi segni fin quasi ai nostri giorni, non convince del tutto l'idea che Alfredo Rocco abbia voluto superare, con il « metodo 'tecnico-giuridico' » ⁽¹⁸⁷⁾, l'annosa disputa tra le scuole di diritto penale. Propenderei a credere, invece, che la codificazione delle misure di sicurezza sia stata una mirabile manovra per attrarre, entro i margini del testo, quella sterminata serie di provvedimenti amministrativi e di polizia che, col Codice Zanardelli, se ne stavano ancora ad operare senza darsi troppo a vedere ⁽¹⁸⁸⁾.

In un contesto del tutto nuovo, Escobedo — come sapeva fare nei momenti cruciali — colse una grande opportunità per la sua Rivista. Tra i suoi meriti, egli aveva anche la capacità di scovare giovani talenti. Gli era capitato di leggere un breve saggio di Giulio Andrea Belloni che, ancora ventenne, mostrava un traboccante fervore per la ventata positivista che scuoteva il mondo del diritto ⁽¹⁸⁹⁾. Seppe leggere in quelle pagine la mistura che raramente si

⁽¹⁸⁶⁾ Cfr. *ivi*, p. 499 e ss., in merito alla tendenza storiografica che si ostina ancora ad adottare il paradigma delle scuole penali, facendosi irretire in una battaglia — per la verità, non solo 'ideologica' — ingaggiata da Ferri contro l'egemonia dell'*establishment* penalistico.

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr., come « tornante convenzionale », la prolusione sassarese di Arturo Rocco del 1910: A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in « Rivista di diritto e procedura penale », I (1910), parte I, pp. 497-521, 560-82; SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., p. 522 e ss.

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, in *Il positivismo e la cultura italiana*, a cura di E.R. Papa, Milano, Franco Angeli, 1985, p. 57 e ss.

⁽¹⁸⁹⁾ Riproposto dieci anni dopo: G.A. BELLONI, *Preliminari alla criminologia*, Roma, P. Maglione, 1932.

mostra in una persona, tra intelligenza, creatività e capacità di governo. Da questa sua intuizione nacque una nuova sezione (« Prima parte ») de « La Giustizia penale »: *I Presupposti del diritto e della procedura penale*, che affidò alla guida di Belloni. Come si legge nel programma che illustrava l'inizio della nuova fatica, « il diritto ha il suo fondamento nella biologia e nella sociologia », sicché lo studio del *delinquente* e dell'ambiente sociale e politico in cui è vissuto « è il *presupposto scientifico* indispensabile alla conoscenza del diritto e della procedura penale ».

A guidare la nuova sezione della rivista, Belloni era la persona giusta. Nella sua infaticabile attività di studioso e di pubblicista mirò soprattutto a coniugare il canone della 'difesa sociale' con autentici accenti di umanesimo. L'ancoraggio a una visione democratica e gradualista gli veniva da quella condivisione di ideali con il pensiero di Cattaneo e di Romagnosi. La sua militanza politica, repubblicana e mazziniana, gli procurò l'esperienza dolorosa di frequenti fermi di polizia e di lunghe detenzioni. Di fatto, gli fu preclusa la carriera universitaria e quella forense. Si capisce, allora, perché sia stato proprio il mondo dei periodici scientifici il campo in cui poté coltivare meglio le sue inclinazioni per lo studio della criminologia e della psicologia sociale. Fu, soprattutto, fra le mura dell'ospitale villino dell'avvocato Escobedo — in via Nicotera a Roma — che egli riuscì a produrre un originalissimo lavoro redazionale, riuscendo a costruire una salda rete di solidarietà culturali e umane. *I Presupposti* diventarono la rassegna più aggiornata delle norme e della dottrina, degli studi e dei convegni, dei progetti e dei dibattiti che, in ogni parte del mondo, assumevano ad oggetto di « osservazione » e di « bonifica » la cosiddetta questione criminale. Tra antropologia e psichiatria, statistica e sociologia, biologia e psicologia sperimentale, fece la sua comparsa, per la prima volta in una rivista giuridica la psicoanalisi. Ciò fu merito di Belloni che assegnò uno spazio importante agli scritti di Edoardo Weiss e dei suoi allievi romani (190).

(190) Cfr. B. DI PORTO, *Belloni, Giulio Andrea*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, VII, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1965, pp. 777-778; F. MIGLIORINO, *Belloni, Giulio Andrea*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, I, Bologna, il Mulino, pp. 209-210.

Ad affiancare Belloni, c'era Mario Piacentini, che, come abbiamo visto, aveva scritto una bella recensione alla prima edizione degli *Elementi* di Edoardo Weiss. Piacentini entra in magistratura nel 1910. Frequenti viaggi di studio in Europa e Nord America per visitare carceri e manicomi. Collabora con la commissione presieduta da Enrico Ferri per un progetto preliminare di codice penale, e diventa uno stimato e apprezzato consigliere di Alfredo Rocco. Nel 1934 è nominato consigliere d'appello addetto alla Corte di Cassazione e, l'anno dopo, riceve un encomio dall'Accademia d'Italia per il suo libro sui « culti ammessi », ancora oggi il più ampio e approfondito studio sulla materia ⁽¹⁹¹⁾.

I *Presupposti* si arricchirono presto di nuovi collaboratori. Nel primo fascicolo essi ammontavano a 68; nel 1939 redattori e collaboratori raggiunsero l'incredibile numero di 157, accogliendo ormai il contributo fattivo persino (ma c'è da meravigliarsene?) dei criminalisti dell'Unione Sovietica.

Una cura speciale fu sempre dedicata alle sezioni « Rivista della dottrina » e « Bollettino bibliografico », dove si raccoglieva un numero rilevante di recensioni, *abstract* o semplici segnalazioni. Per quanto i lavori citati fossero « di materia prevalentemente scientifica », essi erano accomunati da un nesso evidente « con la materia giuridica ». In una prima parte si riassumevano i lavori relativi alla Biologia, all'Antropologia criminale, alla Psicologia e alla Psicoanalisi. Seguivano poi, gli studi sui Minorenni, e quelli di Sociologia, Sociologia criminale e Statistica. Per finire con gli scritti in materia di Prevenzione e di Profilassi criminale ⁽¹⁹²⁾.

Come si vede, la psicoanalisi s'era conquistata un suo specifico (e tassonomico) spazio in una rivista a dir poco stravagante rispetto alla formazione culturale dei nostri pionieri, ma che offriva in compenso il vantaggio di una estesa diffusione nell'ambiente accademico e, soprattutto, tra gli operatori del diritto.

Al loro esordio, già nel primo fascicolo, i *Presupposti* pubbli-

⁽¹⁹¹⁾ Cfr. F. MIGLIORINO, *Piacentini, Mario*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, pp. 1567-1568.

⁽¹⁹²⁾ Cfr. « La Giustizia Penale », Parte Prima, XXXVIII (1932), 2, col. 201 e ss. D'ora in avanti, nelle citazioni si fa un rinvio implicito alla prima parte dedicata a « I Presupposti del diritto e della procedura penale ».

cano con grande evidenza un saggio di Edoardo Weiss, dal titolo « Il delitto considerato quale equivalente dell'autoaccusa » (193). Weiss rivendica alla psicoanalisi il merito di aver reso evidente come nell'animo umano si svolgano dinamiche che si sottraggono alla stessa coscienza dell'individuo, e che finiscono per manifestare altri fenomeni la cui origine resta ancora ignota e non conosciuta. La coscienza funziona come una « voce interna », che ci ammonisce a « fare certe azioni » tralasciandone altre, « secondo un criterio molto relativo e di origine complicata ». Quando si agisce contro la voce della coscienza, nasce « quel senso di disagio interiore che si designa col nome di sentimento di colpa ». Può anche capitare che chi « è tormentato da un sentimento di colpa », per qualcosa che ha rimosso, faccia di tutto « per riacquistare la sua tranquillità » disponendosi « alla confessione ed al castigo, anche quando vi si potrebbe sottrarre ». Il colpevole, a volte, si spinge al punto da « tradirsi suo malgrado, senza volerlo ».

Con la sua proverbiale cautela, Weiss aggiunge che non in tutti i delinquenti opera « un meccanismo di questo genere », ma si augura che i penalisti italiani, così pronti a guardare ai « motivi psicologici del delitto », possano trarre qualche utilità da un tema « appena sfiorato », su cui promette di tornare con ulteriori approfondimenti.

Come è facile intuire, nel suo saggio Weiss si avvale delle intuizioni di Freud sul tipo di carattere del « delinquente per senso di colpa » (194), ma si incarica anche di citare un saggio pionieristico di August Aichorn (195) e il libro di Alexander e Staub sul delin-

(193) Ivi, 1, col. 36-39.

(194) Cfr. *supra*, nota 74.

(195) Cfr. A. AICHORN, *Verwahrloste Jugend*, Wien, Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1925. Nella prefazione che Freud scrisse all'opera di Aichorn, che aveva speso lunghi anni a Vienna con ragazzi e adolescenti che presentavano gravi problemi di adattamento sociale, vale la pena di leggere almeno: « Dalle esperienze e dai successi di August Aichorn possiamo trarre, a mio parere, due avvertimenti: prima di tutto che l'educatore deve acquisire una cultura psicoanalitica, in assenza della quale l'oggetto della sua ricerca, il bambino, rimane un enigma inattuabile »: cfr. S. FREUD, *Prefazione a « Gioventù travolta » di August Aichorn* (1925), in OSF, X, 1978, pp. 180-183.

quente e i suoi giudici ⁽¹⁹⁶⁾, spingendosi fino al mito delle colubri Erinni e alla cupa tragedia del tormentato Macbeth, ma, come in Freud, non c'è riferimento a Fëdor Dostoevskij.

A noi preme qui segnalare, soprattutto, come il saggio di Weiss compaia — poche settimane dopo — nella « Rivista italiana di psicoanalisi ». Il titolo è cambiato, ma di poco: « Il delitto, conseguenza psicologica del bisogno di confessione » ⁽¹⁹⁷⁾. Ci sono varianti tra i due testi: Weiss ora può citare la seconda edizione dei suoi *Elementi di psicoanalisi* (del 1932) e, diversamente dalla versione affidata ai *Presupposti*, non si limita a parlare di « coscienza morale », ma fa riferimento alla formazione del Super-Io con la sua arcigna severità di giudizio. Inoltre, là dove prima rinviava al terzo capitolo dei suoi *Elementi*, qui invece fa un esplicito riferimento al complesso edipico « come ripetizione ontogenetica delle tappe più salienti della civiltà umana »: il solito Haeckel che, con la sua fantasmatica teoria della ricapitolazione, aveva fatto innamorare anche il maestro viennese ⁽¹⁹⁸⁾. C'è di più, perché l'autore — nelle pagine della sua Rivista — può ormai descrivere più distesamente un caso clinico che nella versione precedente aveva dato in maniera abbreviata, dato che il paziente non aveva ancora dato il consenso a descrivere particolari del *setting* in qualche modo riconducibili alla sua identità. Si trattava di un soggetto che era solito commettere « in modo più o meno palese » piccoli furti e raggiri, sentendosene quasi sollevato, e nel frattempo sentiva il bisogno di tradirsi. In lui albergava un senso di colpa precedente, in cui si dava a vedere, con la sua amorevole e terrificata presenza « la viva rappresentazione della

⁽¹⁹⁶⁾ Cfr. F. ALEXANDER, H. STAUB, *Der Verbrecher und seine Richter*, Wien, Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1929. Un libro, a mio parere, sopravvalutato, soprattutto in Italia dove è apparso, nella sua prima veste, con una discutibile traduzione: *Il delinquente e i suoi giudici: uno sguardo psicanalitico nel campo del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1948.

⁽¹⁹⁷⁾ Cfr. E. WEISS, *Il delitto, conseguenza psicologica del bisogno di confessione*, in « Rivista italiana di psicoanalisi », I (1932), 2, pp. 167-175, dove — com'è facile intuire — non c'è riferimento ai meriti dei penalisti italiani.

⁽¹⁹⁸⁾ Sull'uso 'ideologico' della teoria della ricapitolazione nei giuristi di scuola positivista, cfr. F. MIGLIORINO, *Ragione, proibità, benevolenza. I miti borghesi di Angelo Majorana*, in *Il "giureconsulto" della politica. Angelo Majorana e l'indirizzo sociologico del Diritto pubblico*, a cura di G. Pace Gravina, Macerata, EUM, 2011, pp. 69-93.

figura paterna ». I suoi comportamenti erano nient'altro che forme di autoaccusa per espiare una colpa, a lui del tutto ignota, che solo l'analisi avrebbe messo allo scoperto. Il giovane faceva di tutto perché « il padre perdesse la fiducia riposta in lui » e, nel respingere la sua immagine possente e virile, la cercava per trovare una via d'uscita (199).

Qualche pagina dopo, compare un breve scritto di Giuseppe Vidoni, allievo di Enrico Morselli e collaboratore di Nicola Pende, convinto assertore dell'incidenza delle tare genetiche sulla personalità dei delinquenti (200). Un medico (e criminologo) lontanissimo dalla psicoanalisi e dai suoi assunti teorici, il quale negli anni a venire avrebbe sostenuto l'eugenica come strumento di profilassi sociale (201). Eppure, in un clima in cui c'era un gran discutere sulle « relazioni » tra le dottrine del Dr. Freud con la medicina legale e la psicologia criminale, Vidoni dava grande enfasi al congresso che si sarebbe tenuto da lì a poco in Francia, in cui Georges Genil-Perrin si era incaricato di approfondire i possibili apporti della psicoanalisi alla medicina legale. Nel questionario, che egli aveva fatto circolare, si chiedeva, fra l'altro, « se la pratica psicoanalitica con finalità terapeutica » dovesse essere riservata solo ai medici, e quali fossero le precauzioni per evitare che degli improvvisati praticanti, senza averne titolo, arrecassero danno ai pazienti. Il questionario non era così 'innocente': da parte del sapere ufficiale (e istituzionale) c'era la pretesa di arginare, quanto più possibile, un dispositivo terapeutico che sfuggiva ai tradizionali canoni della medicina accademica.

Lo scritto di Vidoni è poco più di una noterella (202). Se ne diamo un rapido cenno, è solo perché in esso si agglutinano incroci che hanno molto a che vedere col rapporto tra psicoanalisi, criminologia e diritto penale. Come quando l'autore dà un particolare rilievo a un incontro della Società psicoanalitica francese, dove

(199) « Rivista italiana di psicoanalisi », I (1932), 2, p. 169 e ss.

(200) Cfr. G. VIDONI, *Valore e limiti dell'endocrinologia nello studio del delinquente*, prefazione di N. Pende, Torino, Fratelli Bocca, 1923.

(201) Cfr. F. CASSATA, *Molti, sani e forti. L'eugenetica in Italia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2006, pp. 193-195.

(202) Cfr. G. VIDONI, *La criminalità in rapporto al subcosciente*, in « La Giustizia Penale », XXXVIII (1932), 1, col. 56-57.

Angelo Hesnard e René Laforgue ⁽²⁰³⁾ intervennero « sui processi di auto-punizione nella psicologia delle nevrosi e delle psicosi, nella psicologia criminale ed anche nella patologia in genere » ⁽²⁰⁴⁾.

Su questi incroci, che Vidoni aveva appena evocato, si costruisce un rete intertestuale tra « La Giustizia penale » e la « Rivista italiana di psicoanalisi ». Raffaele Merloni, cognato di Perrotti, è tra i fondatori della Società. Recensisce i lavori del convegno promosso da Genil Perrin nella « Rivista italiana di psicoanalisi » ⁽²⁰⁵⁾. Una recensione fin troppo benevola, per lodare il « rigore scientifico » e l'« encomiabile obbiettività ed esattezza di conoscenze » del medico capo degli asili degli alienati della Senna. Per Merloni, il congresso aveva messo bene in luce i problemi connessi all'applicazione della psicoanalisi alla criminologia. A suo dire, l'influente alienista francese, « pur dichiarandosi non seguace delle dottrine psicoanalitiche », aveva compiuto il suo lavoro con ammirevole scrupolo. In particolare, aveva dato il giusto rilievo alla criminalità nevrotica, « alla sua genesi psichica ed ai meccanismi autopunitivi che ne costituiscono la base » ⁽²⁰⁶⁾.

L'anno dopo, appare su « La Giustizia Penale » una recensione di Mario Piacentini, che elogia Genil-Perrin per il rilievo dato alle teorie di Freud, come strumento utilissimo « per la diagnostica del carattere e delle tendenze del delinquente ». E si aggiunge: « solo dopo lo sviluppo del metodo psico-analitico, sarà possibile sostituire, per molte categorie di delinquenti, il sistema attuale di pene, con misure aventi maggiore efficacia, sia dal punto di vista preventivo, che repressivo » ⁽²⁰⁷⁾. L'opera è ancora segnalata nel 1934: « vorremmo bene che quanti s'interessano di diritto penale e di

⁽²⁰³⁾ Cfr. A. HESNARD, R. LAFORGUE, *Les processus d'auto-punition en psychologie des névroses et des psychoses, en psychologie criminelle et en pathologie générale: rapport présenté à la 5^e réunion des psychanalystes de langue française*, Paris, Denoël et Steele, 1931; apparso anche in « Revue française de psychanalyse », IV (1930/31), 1, pp. 2-84.

⁽²⁰⁴⁾ Cfr. VIDONI, *La criminalità in rapporto al subcosciente*, cit.

⁽²⁰⁵⁾ Cfr. G.P.H. GENIL-PERRIN, *La psychanalyse en médecine légale*, in « Annales de médecine légale, de criminologie et de police scientifique », XII (1932), 5, soprattutto pp. 274-320; R. MERLONI, in « Rivista italiana di psicoanalisi », I (1932), 1, pp. 412-413.

⁽²⁰⁶⁾ Ivi, p. 412.

⁽²⁰⁷⁾ « La Giustizia penale », XXXIX (1933), 3, col. 348.

psicanalisi leggessero l'ampia analisi che della psicanalisi fa l'eminento scienziato francese » (208).

Al bel lavoro di Hesnard e Laforgue dedicano una recensione Nicola Perrotti nelle pagine della « Rivista italiana di psicoanalisi » (209) e Mario Piacentini nel quarto fascicolo de La « Giustizia penale » (210). C'era una gran differenza tra l'alienista francese, impigliato nei meccanicismi del più sordido riduzionismo e gli animatori della « Revue française de psychanalyse », che ispiravano, invece, un dibattito apertissimo a sviluppi clinici e teorici.

Per Weiss, i due colleghi francesi avevano avuto il merito, con le loro indagini cliniche, di rilevare « l'enorme importanza del sentimento di colpa inconscio, per la genesi delle malattie psichiche » (211). Il processo di autopunizione (visto come pulsione 'primaria') può rivolgere la sua spinta aggressiva non soltanto contro la società e il suo diritto, ma anche in danno della persona medesima. Emerge (alla maniera del recente scritto di Freud su « Il disagio della civiltà ») una raffigurazione *drammatica* dello sviluppo culturale e sociale, che — col suo fardello di comandi e divieti — viene introiettata, con quella subdola violenza che è raffigurata dalla magnifica metafora dell'*impulso* e della *spina* di Elias Canetti (212). Per questa via, « i desideri colpevoli sono rimossi, ma la tentazione che esiste sempre ed è riprovata dal Super-Io viene considerata come colpa che esige un castigo » (213).

Come si vede, una rete interconnessa di testi che si dipana intorno alla logica della colpa e ai confini della responsabilità penale. Non è per caso, allora, che Raffaele Merloni, che aveva studio di avvocato in via Ufente a Roma (214), affidasse volentieri a « La Giustizia penale » due saggi sull'apporto della psicoanalisi allo

(208) « La Giustizia penale », XL (1934), 2, col. 246.

(209) « Rivista italiana di psicoanalisi », I (1932), 1, pp. 73-74.

(210) « La Giustizia penale », XXXVIII (1932), 4, col. 555 e s.

(211) Cfr. E. WEISS, *Libido ed aggressione*, in « Rivista italiana di psicoanalisi », I (1932), 1, p. 7.

(212) Cfr. E. CANETTI, *Masse e potere* (1960), trad. it., Milano, Adelphi, 1981, p. 368 e ss.

(213) Cfr. la citata recensione di N. PERROTTI, in « Rivista italiana di psicoanalisi », I (1932), 1, p. 73.

(214) Cfr. ACS, *Pubblica sicurezza*, G1, busta 29, fascicolo 328.

studio del delinquente ⁽²¹⁵⁾. I suoi non sono contributi particolarmente originali, perché animati — più del dovuto — dal desiderio di farsi accettare *in partibus infidelium*. Per Merloni, il « sentimento di giustizia » è un « sensibilissimo regolatore emotivo », sicché — quando viene a mancare — « ogni criminale si pone dinanzi agli altri uomini come nemico interno e nemico esterno al tempo stesso ». Il principio dell'espiazione e della vendetta sono continuamente all'opera e si corre il rischio che legislatori e interpreti ignorino « il contenuto inconscio che vi è nella giustizia penale », senza saper valutare « il contenuto cosciente della difesa sociale ». L'autore si augura che la psicologia dinamica irrompa finalmente nei tribunali e il giudice allarghi le sue vedute, per assumere le vesti di padre ed educatore (sic!), tenendo a mente che, « seppure con mezzi severi, deve proporsi il fine di riadattare e migliorare » ⁽²¹⁶⁾. Non è da sottovalutare, altresì, che Mariano D'Amelio, primo presidente della Cassazione, nello stesso torno d'anni, abbia voluto citare Freud (ma, soprattutto, Adler!) nella sua prolusione al congresso della « Società italiana di antropologia criminale » ⁽²¹⁷⁾.

Weiss, diversamente da Merloni, non insegue i criminologi sul loro campo, né si lascia irretire dalle teorie securitarie dell'ortopedia sociale. In un saggio, forse tra i più ispirati, offre dell'aggressività umana una visione che riguarda non solo ogni singolo individuo (nevrotico o meno), ma l'intero consorzio umano e il processo inarrestabile della civilizzazione. Il contributo, pubblicato lo stesso anno nella Rivista della Società e ne *I Presupposti* di Belloni ⁽²¹⁸⁾, attinge a quelle opere di Freud che avevano offerto un'impetosa diagnosi della società in quanto tale: « Al di là del principio di piacere », « Psicologia delle masse e analisi dell'Io » ⁽²¹⁹⁾ e « Il

⁽²¹⁵⁾ Cfr. R. MERLONI, *Concetti psicoanalitici sulla punizione e sulla psicologia del giudice*, in « La Giustizia penale », XLI (1935), 3, col. 212-219; Id., *Contributo allo studio del delinquente*, in « La Giustizia penale », XLII (1936), 8, col. 632-644.

⁽²¹⁶⁾ MERLONI, *Concetti psicoanalitici sulla punizione e sulla psicologia del giudice*, cit.

⁽²¹⁷⁾ Cfr. « Rivista di diritto penitenziario », V (1934), p. 92.

⁽²¹⁸⁾ Cfr. E. WEISS, *Libido ed aggressione*, in « Rivista italiana di psicoanalisi », I (1932), 1, cit.; insieme con « La Giustizia penale », XXXVIII (1932), 2, col. 154-164.

⁽²¹⁹⁾ Cfr. *supra*, note 111 e 112.

disagio della civiltà »⁽²²⁰⁾. Sullo sfondo e all'orizzonte, nello scritto di Weiss campeggiano il « sentimento di colpa inconscio » e il desiderio di autopunizione. Ma qui c'è davvero molto di più: quando afferma che i sistemi punitivi (tutti i sistemi punitivi), nonostante le declamazioni sulla mitigazione delle pene e l'emenda del colpevole, sono in realtà mossi da una « tendenza d'aggressione per il tramite dei suoi rappresentanti ufficialmente riconosciuti ». Come si vede, una visione del diritto come « esercizio legittimo della violenza »⁽²²¹⁾, che non mira a compiacere l'interlocutore, ma attinge a quella inclinazione, da lui sempre coltivata, per quelle istanze psichiche che contribuiscono da sempre alla tribolata costruzione della coscienza morale. Alla stessa maniera del suo antico maestro Paul Federn.

La *libido* è l'espressione dinamica delle pulsioni sessuali (da non confondersi con la sfera della mera *genitalità*) e « può andar soggetta al processo psichico della *sublimazione*, sicché — come aveva intuito De Sanctis in merito alla « conversione religiosa » — capita il più delle volte che « gli obbiettivi ed il campo d'azione dell'istinto sessuale possono esser sostituiti con altri di valore sociale più elevato ». Come la *libido*, anche « l'energia di aggressione può manifestarsi in forma sublimata », come quando — per la nostra ansia di conoscere — usiamo l'espressione poco innocente « affermare un concetto ». Può succedere anche che l'aggressione muova verso l'interno della persona, agendo con esiti nefasti sulla « psicologia della coscienza morale e della compassione ». E aggiunge: « noi viviamo e prosperiamo per questa forza, la libido, ch'è insita in noi », che si contrappone all'istinto di morte che tende invece alla distruzione e alla disunione. Siamo, dunque, al crocevia tra la pace e la guerra: « quanto più energia distruttiva è rivolta verso il mondo esteriore, tanto meno vigorosamente essa agisce nell'auto-distruzione », al punto tale che l'aggressività verso altri esseri è il modo di liberarsi « di una somma di energia autodistruttiva ». Nella psicologia delle masse, questi dispositivi psichici fanno sì che « quanta più libido viene impiegata a tenere legati i componenti in una comunità

⁽²²⁰⁾ In OSF, X, 1978, pp. 553-630.

⁽²²¹⁾ Viene da alludere al magnifico saggio di Walter BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in Id., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, cit., pp. 5-30.

sociale, tanta più energia di aggressione rimane disponibile e viene poi rivolta a quelle persone che si trovano fuori del gruppo ».

Come Freud, Weiss esprime una visione a dir poco hobbesiana: « l'incivilimento del genere umano è stato ed è ancora ostacolato dall'energia di distruzione ». E con le stesse parole del Viennese: « Gli uomini hanno raggiunto una tale padronanza delle forze naturali, da valersene, volendo, fino allo sterminio completo della razza umana. E questo noi lo sappiamo, e da ciò deriva gran parte della nostra inquietudine, della nostra infelicità, delle nostre ansie. Ed ora è da aspettarsi che l'altra delle due 'celesti potenze', l'eterno Eros, prenda lo slancio per affermarsi nella lotta col suo altrettanto immortale avversario. Ma chi potrebbe prevederne il successo e l'esito? » (222).

Weiss spende molto del suo in favore dell'impresa editoriale di Belloni e Piacentini. Promuove la pubblicazione di un lavoro di Heinrich Meng, tradotto dalla moglie Vanda per la « Rivista italiana di psicoanalisi », su un tema che era nelle sue corde: « Psicoanalisi ed educazione sessuale » (223). Recensisce « L'avvenire di una illusione » di Freud, appena apparso nella traduzione in francese a cura di Marie Bonaparte (224), fornisce schede e informazioni sulla vivacissima « Revue française de psychanalyse ». Un impegno generoso che è ricambiato con toni di autentica stima, se pensiamo che i suoi *Elementi di psicoanalisi* sono puntualmente recensiti ad ogni nuova edizione. Per Mario Piacentini, il libro di Weiss « tratta della parte veramente scientifica e vitale della psicoanalisi, ed è scevro dalle

(222) Citiamo il brano di chiusura de « Il disagio della civiltà » nella traduzione di Weiss. L'ultima frase (« Aber wer kann Erfolg und Ausgang voraussehen? ») fu aggiunta da Freud nell'edizione del 1931, quando gli eventi politici andavano prendendo una piega minacciosa: *Das Unbehagen in der Kultur*, Wien, Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1931², p. 136. È degno di nota che Weiss, nel testo de « La Giustizia penale », XXXVIII (1932), 2 (col. 162) sia tornato sulla traduzione dell'ultima frase, rendendola più fedele al testo originale. Da confrontare con la versione pubblicata poco prima in « Rivista italiana di psicoanalisi », I (1932), 1, p. 7: « Ma chi potrebbe prevedere ciò che effettivamente accadrà? ».

(223) Cfr. H. MENG, *Psicoanalisi ed educazione sessuale*, in « Rivista italiana di psicoanalisi », I (1932), 1, pp. 31-40 e in « La Giustizia penale », XXXVIII (1932), 3, col. 287-294.

(224) Ivi, col. 384-386: S. FREUD, *L'avenir d'une illusion*, trad. di Marie Bonaparte, Paris, Denoël et Steele, 1932.

esagerazioni di non pochi psicoanalisti di ogni paese », sapendo cogliere « il successo che si meritava » (225). Per Giulio Andrea Belloni, il « notissimo volume » è « il più compendioso e diligente manuale di consultazione di ogni persona colta, che voglia chiarirsi gli elementi della dottrina psicoanalitica » (226). « Il nostro Weiss », così lo chiamano a proposito dei suoi contributi sulla « presenza psichica e il Super-Io » (227). Belloni si spinge al punto da dire dell'interpretazione dei sogni che Weiss chiarisce, meglio di quanto non abbia saputo fare Freud, come lo studio psicoanalitico si riferisca « a quanto viene narrato dal soggetto come sogno » (228).

Weiss pubblica ancora due saggi: « Fondamenti della psicoanalisi » (229) e « Il Super-Io » (230). Il primo attinge alla relazione tenuta a Firenze, nel 1923, e alle sue lezioni triestine, per sottolineare che la scienza non conosce dogmi, ma tiene ben fermi « alcuni capisaldi senza l'ammissione dei quali la dottrina stessa crollerebbe ». Le roccaforti della psicoanalisi non erano valicabili: « l'esistenza dell'Inconscio, il punto di vista dinamico, e il determinismo delle manifestazioni psichiche, cioè la loro 'causalità' ».

Come si vede, il « determinismo psichico » di Freud continuava a far capolino nel dialogo tra psicoanalisi e giuristi. In proposito, c'è da capire meglio: la « logica della colpa » nel discorso penale appartiene a un campo diverso dalla « responsabilità tragica » che è propria del dispositivo psicoanalitico. Il determinismo di Freud ha poco a che vedere con il meccanicismo di marca positivista, proprio perché poggia sulle fondamenta dell'inconscio dinamico. Il suo « determinismo » allude, infatti, a quel « sistema di forze », di natura diversa, che incidono sulla capacità di scelta dell'individuo. Non si esclude, dunque, il principio della responsabilità, si opera sull'*agieren* del paziente per *comprendere*, non per

(225) Cfr. « La Giustizia penale », XXXIX (1933), 3, col. 405-406.

(226) Cfr. « La Giustizia penale », XLIII (1937), 2, col. 221.

(227) Cfr. « La Giustizia penale », XLII (1936), 8, col. 708.

(228) *Ibidem*.

(229) Cfr. « La Giustizia penale », XXXVIII (1932), 3 col. 281-287.

(230) Cfr. « La Giustizia penale », XLII (1936), 8, col. 626-632 (pubblicato anche, col titolo *Presenza psichica e Super-Io. Contributo all'esplorazione psicologica della coscienza morale*, in *Saggi di psicoanalisi in onore di Sigmund Freud*, Roma, Cremonese Libraio Editore, 1936, pp. 11-52).

giudicare (231). Nella corrispondenza con Weiss, Freud tiene a stento la sua irritazione per quei soggetti che si accostavano all'analisi con una spudorata noncuranza per le regole morali del vivere civile.

In tutto ciò, forse, sono da ridimensionare i limiti del sodalizio di Weiss con i redattori della rivista. Da parte di Belloni e Piacentini si faceva affidamento alle teorie di Freud, per mostrare come i cascami nevrotici della psiche ribadissero l'inconcludenza del libero arbitrio; dall'altra, soprattutto, si coglieva l'occasione giusta per fare sentire le proprie ragioni a un tribuna più ampia di lettori. Nel punto di vista di Weiss, però, non c'era solo un intento meramente strumentale. Il suo interesse per l'ispirazione etica del diritto era autentica, e nei suoi scritti aveva sempre guardato alla fenomenologia dell'Io e alla costituzione della coscienza morale, in consonanza con gli insegnamenti del suo antico maestro Paul Federn. Quando scrive che « al fenomeno della coscienza morale sono state sempre connesse fra le più importanti manifestazioni spirituali dell'umanità » (232), Weiss — forse senza accorgersene — fa un implicito riferimento alla sterminata testualità, che dal medioevo teologale si era andata infittendo sulla colpa, il pentimento e la sua espiazione. Si potrebbe dire che, a tanti secoli di distanza, lo psicoanalista aspirava a vestire i panni del confessore medievale, per farsi medico e correttore dell'anima. Come nella pratica penitenziale, si operava un formidabile prelievo di sapere dagli anfratti più riposti dell'animo umano (233). Con una differenza, non di poco: il confessore assegnava al penitente una penitenza per espiare il peccato, l'analista — coi suoi lunghi silenzi — non faceva domande, né giudicava, preferiva invece annotare, nei suoi mille fogli, ricordi e associazioni, con l'unico scopo di volgere la coazione a ripetere (e la traslazione affettiva) del paziente verso un percorso di guarigione, o quanto meno di una più serena consapevolezza.

(231) Cfr. R. SPEZIALE BAGLIACCA, *Esiste una logica della colpa?*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica moderna », XXVIII (1998), p. 69 e ss.

(232) Cfr. WEISS, *Presenza psichica e Super-Io. Contributo all'esplorazione psicologica della coscienza morale*, cit., p. 11 e s.; « La Giustizia penale », XLII (1936), 8, col. 626 e ss.

(233) Sul tema delle assonanze e delle analogie ermeneutiche tra sacramento della confessione e psicoanalisi, cfr. M. FOUCAULT, *La volontà di sapere* (1976), trad. it. di G. Procacci e P. Pasquino, Milano, Feltrinelli, 1978.

Tra tutti i numeri de *La Giustizia penale*, il più denso e in certo senso il più ‘festoso’ è il volume pubblicato nel 1936. Freud compiva ottant’anni e, nonostante la sua mascella martoriata, continuava a scrivere e a guidare, con mano ferma, il movimento psicoanalitico.

Come si è detto, nell’occasione gli allievi italiani gli dedicano un volume in onore, che è pubblicato nella collana « Biblioteca psicoanalitica internazionale. Serie italiana, 8 »⁽²³⁴⁾. I *Fondamenti* diretti da Belloni destinano all’evento un intero fascicolo e ripropongono, con poche varianti, i saggi di Edoardo Weiss, di Raffaele Merloni e di Nicola Perrotti⁽²³⁵⁾.

La *Redazione* dedica al grande Viennese una lunga nota: « Sigmund Freud celebra quest’anno il suo ottantesimo, e la numerosissima schiera dei seguaci e di coloro che, in tutto il mondo, s’interessano alla vasta, inesausta opera sua, considera non senza emozione questo compleanno avanzato, che pur trova il Maestro vigile sullo sviluppo della propria dottrina, attivo all’antico e solido suo posto di combattimento ». Per i redattori de *La Giustizia penale*, « Freud negli ultimi anni ha indirizzato personalmente la sconcertante dottrina al paragone dei problemi più vasti e più alti », con riguardo alla religiosità e alla morale. La mole dei suoi scritti è « imponente », la sua personalità scientifica è segnata da un tenace spirito che « affronta e scombussola volentieri i venerandi *tabù* della cultura contemporanea »⁽²³⁶⁾.

Non c’è da meravigliarsi, se accostiamo toni di così schietta deferenza per Freud con un elogio, fin troppo vistoso, che appariva, lo stesso anno, in « La palestra del diritto », il cui direttore, Nicola Palopoli, non perdeva occasione per accampare i suoi meriti di « squadrista » e fascista della prima ora. Eppure, anche in un foglio così « combattivo » — come lo chiamavano quelli de *La Giustizia penale* — si mostrava, ancora una volta, una certa propensione a comprendere un oggetto misterioso che, con le sue mille facce, era a dir poco imprevedibile: « Si va dicendo in Europa e in America che la teoria psicoanalitica sia la terza ferita all’orgoglio umano che la storia ricordi ». Il metodo di Freud, nato in ambito clinico, « è

⁽²³⁴⁾ Vedi *supra*, nota 179.

⁽²³⁵⁾ Cfr. « La Giustizia penale », XLII (1936), 8, pp. 626-654.

⁽²³⁶⁾ Ivi, p. 625 e s.

diventato poi per gli intellettuali anche una psicologia studiata come scienza naturale », al punto tale che la psicoanalisi « ha permeato di sé la cultura moderna ». Il direttore Palopoli corregge, con un suo corsivo, le note non proprio benevole dell'editoriale, e s'inchina, con « un saluto e un omaggio », al vegliardo che era ancora « lucidissimo e vigile » (237).

Nel 1937, la recensione alla terza edizione del libro di Weiss (238) e a un bel saggio di Emilio Servadio su « Psicoanalisi e letteratura » (239). E, come sempre, numerose schede sui saggi apparsi nella Rivista francese di psicoanalisi. L'anno successivo, tutto cambia, come d'incanto: poche segnalazioni e nessun riferimento a Weiss e ai suoi allievi. A campeggiare, tra le « Memorie originali », uno scritto di Belloni su « Atavismo attuale e stratificazioni sociali nella dottrina criminologica italiana » (240). Come se la rivista si fosse ormai rannicchiata entro i recinti della teoria dell'atavismo e della degenerazione.

Non c'è da stupirsi: nel 1938 « venne contestata alla Società psicoanalitica italiana il fatto stesso di essersi costituita » (241); nel frattempo l'attuazione delle leggi razziali costrinse gli psicoanalisti italiani (per lo più ebrei) a trovare rifugio da una altra parte del mondo. Nell'autunno, Edoardo Weiss, con la sua famiglia, si imbarcava a Napoli per l'America. Con la sua partenza, si chiudeva, prima del tempo, la storia avvincente dei pionieri italiani della psicoanalisi (242).

Lo sradicamento e l'esilio sono tra le condizioni più dure dell'esistenza. Anche in questa sua esperienza dolorosa, Weiss cercava il volto del padre: « Quando il totalitarismo cacciò lui da

(237) Cfr. « La palestra del diritto », XII (1936), 8/9, p. 1.

(238) Cfr. *supra*, nota 225.

(239) Cfr. « La Giustizia penale », XLIII (1937), 7, col. 618, a cura di G.A. Belloni.

(240) Cfr. « La Giustizia penale », XLIV (1938), 1, col. 27-32.

(241) Sull'occhiata e, il più delle volte, inconcludente sorveglianza della polizia politica, cfr. i documenti pubblicati da Piero e Anna BELLANOVA, *Le due Gradive*, Roma, Cepi, 1962, p. 3 e ss., da integrare con la segnatura archivistica: ACS, *Pubblica Sicurezza*, G1, busta 29, fasc. 328; J5, busta 352, fasc. 'Weiss'.

(242) Cfr. ACCERBONI, *Fatti e personaggi negli esordi della psicoanalisi in Italia*, cit., p. 136.

Vienna e me da Roma, sentii come se una parte di me fosse scomparsa per sempre, come se entrambi fossimo stati sopraffatti da un presente il cui passato non avevamo contribuito a creare » (243).

Nel villino di via Nicotera non c'era un'aria diversa. La radio dava notizie dell'avanzata delle armate del Terzo Reich. Nei ricordi di Giuliano Vassalli: « Era il pomeriggio del 20 giugno del 1940. In una grande stanza del piano terreno del villino di via Nicotera 10 in Roma eravamo riuniti a commentare la situazione creata dall'improvviso cedimento della Francia (da noi tutti amata), con Giulio Andrea Belloni, Mario Piacentini e altri giovani o meno giovani, collaboratori della rivista e dello studio, tutti delle stesse idee ». A un certo punto, si sente il passo dell'avvocato Escobedo « che scendeva dalla sua abitazione sita al piano superiore, percorrendo l'elegante scala di legno che portava al piano terra ». Dopo il riposo pomeridiano, con la sua « gardenia all'occhiello » — vedendo i redattori e gli allievi raccolti in silenzio e rabbuiati — esclamò: « La Francia rivivrà » (244).

Chicago ormai era davvero lontana.

(243) Cfr. ACCERBONI, *Sigmund Freud nei ricordi di Edoardo Weiss*, cit., p. 104.

(244) Cfr. G. VASSALLI, *Tra gli uomini di legge*, in « Treccani Scuola »: <http://web.archive.org/web/20070513071401/http://www.treccani.it/site/Scuola/Zoom/laresi-stenza/int_vassalli.htm>.

APPENDICE

La psicoanalisi nelle pagine de « La Giustizia penale »

Di seguito, si dà l'elenco dei Saggi (« Memorie originali »), delle recensioni e delle segnalazioni (« Rivista della dottrina » e « Bollettino Bibliografico ») che sono apparsi, dal 1932 al 1938, nella parte dedicata dalla Rivista a « I Presupposti del diritto e della procedura penale ». Per le recensioni e gli *abstract* si trascrivono, solo parzialmente, i testi più significativi, dandone — ove possibile — il nome dell'autore. Nei casi in cui non si sono potuti integrare i riferimenti bibliografici, con il numero delle pagine o con altre indicazioni editoriali, si è mantenuta la forma scelta dalla redazione. Per i periodici che ricorrono più di frequente (vedi *Abbreviazioni*), si offre una lettura più agevole, indicando soltanto l'anno di pubblicazione, il numero del fascicolo e le pagine.

Abbreviazioni:

- GP: « La Giustizia penale ». Parte Prima: « I Presupposti del diritto e della procedura penale »
 RIP: « Rivista italiana di psicoanalisi »
 RFP: « Revue française de psychanalyse »

Saggi

- E. WEISS, *Il delitto considerato quale equivalente dell'autoaccusa*, GP 1932, 1, col. 36-39 (pubblicato col titolo *Il delitto, conseguenza psicologica del bisogno di confessione* anche in RIP 1932, 2/3, pp. 157-175; segnalato ancora in GP 1934, 2, col. 247).
- G. VIDONI, *La criminalità in riferimento al subcosciente*, GP 1932, 1, col. 56-57.
- E. WEISS, *Libido ed aggressione*, GP 1932, 1, col. 154-156 (pubblicato anche in RIP 1932, 1, pp. 3-19).
- E. WEISS, *Fondamenti della psicoanalisi*, GP 1932, 3, col. 281-287.
- H. MENG, *Psicoanalisi ed educazione sessuale*, GP 1932, 3, col. 287-294 (pubblicato anche in RIP 1932, 1, pp. 31-40).
- G. ANTONINI, *La psicoanalisi nella medicina legale*, GP 1933, 1, col. 37-48.
- A. SANDULLI, *Psicanalisi e criminologia*, GP 1935, 2, col. 87-92.
- R. MERLONI, *Concetti psicoanalitici sulla punizione e sulla psicologia del giudice*, GP 1935, 3, col. 212-219.
- Per Sigmund Freud* (Nota della Redazione), GP 1936, 8, col. 625.
- E. WEISS, *Il Super-Io*, GP 1936, 8, col. 626-632 (pubblicato anche, col titolo *Presenza psichica e Super-Io. Contributo all'esplorazione psicologica della coscienza morale*, in *Saggi di psicoanalisi in onore di Sigmund Freud*, Roma, Cremonese Libraio Editore, 1936, pp. 11-52).
- R. MERLONI, *Contributo allo studio del delinquente*, GP 1936, 8, col. 632-644 (pubblicato anche, col titolo *Contributo alla psicologia del delinquente*, in *Saggi di psicoanalisi*, cit., pp. 203-227).
- N. PERROTTI, *Psicologia dell'amore*, GP 1936, 8, col. 644-654 (pubblicato anche in *Saggi di psicoanalisi*, cit., pp. 131-151).

Recensioni e segnalazioni

- H. HEGEMANN, *Kriminal Psychologie und Psychoanalyse*, in «Kriminalistische Monatshefte», V (1931), p. 241 e ss. (GP 1932, 1, col. 75): «L'A. si dichiara favorevole alla utilizzazione delle dottrine psico-analitiche ai fini degli studi di psicologia criminale, e trae occasione da ciò per esporre rapidamente i risultati raggiunti dalla psico-analisi in quest'ultimo trentennio».
- F. FLORA, *La rivelazione di Freud*, in «Nuova Antologia», Roma 1931, p. 337 e ss. (GP 1932, 2, col. 247): M. Piacentini.
- S. FREUD, *L'avenir d'une illusion*, trad. di Marie Bonaparte, Paris, Denoël et Steele, 1932 (GP 1932, 3, col. 384-386): «L'avvenire di un'illusione è il primo libro di Freud che tratti esattamente e particolarmente di questioni inerenti la nostra civiltà: esso è la critica ad uno dei fattori fondamentali di questa, il fattore religioso. [...] anche in questo libro Freud risponde a precise domande circa il valore delle rappresentazioni religiose, la loro utilità pratica, la loro supposta funzione di guidare gli uomini, renderli migliori, e via discorrendo. Con una finissima logica Freud ribatte anche qui ogni obiezione, e giunge a concludere che, pur avendo la religione un significato simbolico latente, tuttavia ciò che essa manifestamente insegna è un assurdo, non ha alcuna importanza pratica, danneggia lo sviluppo intellettuale del bambino e non rende affatto gli uomini migliori» (E. Weiss).
- H. FLOURNOY, *Il carattere scientifico della psicoanalisi*, in RIP 1932, 1, pp. 20-30 (GP 1932, 4, col. 469).
- N. SALERNO, *Psicoanalisi e criminalità*, in «La Toga», 1932, 6, p. 12 (GP 1932, 4, col. 469).
- N. PERROTTI, *La suggestione*, in RIP 1932, 1, pp. 41-49 (GP 1932, 4, col. 470).
- S. FREUD, *Remarques psychanalytiques sur l'autobiographie d'un cas de paranoïa (Dementia paranoides)*, trad. di M. Bonaparte e R. Loewenstein, in RFP 1932, 1, pp. 2-70 (GP 1932, 4, col. 470).
- A. FREUD, *Introduction à la psychanalyse de enfants*, trad. di E. Rochat, in RFP 1932, 1, pp. 71-96 (GP 1932, 4, col. 470): «È la continuazione di un lavoro precedentemente pubblicato sulla stessa rivista (è la quarta conferenza tenuta all'Istituto dell'Associazione Viennese di psicoanalisi): tratta dei rapporti tra l'analisi infantile e l'educazione. Vi è aggiunto il testo d'un'altra conferenza, tenuta al X Congresso Internazionale di psicoanalisi, a Innsbruck, per contributo alla teoria dell'analisi infantile» (G.A. Belloni).
- A. DE PAULA, *Em torno da psicanálise*, in «Arquivos do instituto medico-legal e do Gabinete de identificação», Rio de Janeiro 1932, p. 36 (GP 1932, 4, col. 470): «Il metodo psicanalitico, finora quasi completamente sconosciuto nel Brasile, ha ora un brillante gruppo di studiosi, fra i quali emerge Arthur Ramon».
- R. ALLENDY, *La psychanalyse. Doctrines et applications*, Paris, Denoël et Steele, 1931 (GP 1932, 4, col. 555).
- R. et Y. ALLENDY, *La Justice Intérieure*, Paris, Denoël et Steele, 1931 (GP 1932, 4, col. 555): M. Piacentini.
- M. BONAPARTE, *De la Prophylaxie infantile des Névroses*, Paris, Denoël et Steele, 1931 (GP 1932, 4, col. 555): M. Piacentini.
- A. HESNARD, R. LAFORGUE, *Les Processus d'Auto-Punition*, Paris, Denoël et Steele, 1931 (GP 1932, 4, col. 555-556): M. Piacentini.
- M. BONAPARTE, *Deuil, Nécrophilie et Sadisme. A propos d'Edgar Poë*, Paris, Denoël et Steele, 1932 (GP 1932, 4, col. 556): M. Piacentini.

- E. MEZGER, *Psychoanalyse und Individualpsychologie in der Strafrechtspflege*, in « Der Gerichtssaal », 1933, pp. 1-29 (GP 1933, 1, col. 87): T. Ascarelli.
- C. CAMARGO MARIN, *El Psicoanálisis en la Doctrina y en la Práctica Judicial*, Madrid, M. Aguilar Editor, 1934 (GP 1933, 1, col. 87): « Di quest'opera, che vuole essere una applicazione delle dottrine di Freud alla scienza giuridica, interessa in particolar modo il penalista l'ultimo capitolo, che tratta della 'Criminologia psicoanalitica': in esso l'autore si occupa dei fenomeni del delitto, della pena e dell'ambiente sociale, nonché del delinquente e della responsabilità collettiva, al vaglio della psicoanalisi. Il lavoro è abbondantemente infiorato di citazioni letterarie ».
- P. PROVENT, *La psychanalyse et le droit français*, in « Annales de médecine légale, de criminologie et de police scientifique », XIII (1933), 1, pp. 4-19 (GP 1933, 2, col. 227): « È un'elaborata monografia sulla possibilità giuridica d'introdurre la psicanalisi nella procedura e nella pratica giudiziaria, e sui problemi di diritto inerenti all'applicazione dei metodi freudiani. Sarebbe interessante che qualche autore nostro intraprendesse uno studio analogo in riferimento alle leggi e alla giurisprudenza del Regno d'Italia ».
- G.P.H. GENIL-PERRIN, *La psychanalyse en médecine légale. Comptes rendus du XVII^e Congrès de médecine légale de langue française*, Paris, 23, 24 et 25 Mai 1932, Paris, J-B Baillière et fils, 1932 (GP 1933, 2, col. 227).
- R. DE SAUSSURE, *Psychanalyse à l'école*, in RFP 1932, 5, pp. 424-439 (GP 1933, 2, col. 227).
- E. WEISS, *Note sull'infedeltà del ricordo nei sogni*, in RIP 1932, 5, pp. 331-335 (GP 1933, 2, col. 227-228): « È difficile conoscere esattamente i particolari dei sogni, poiché il sogno narrato può e suole senza possibilità di controllo essere infedele all'effettiva esperienza onirica. Deve dunque lo psicoanalista rinunciare, per questo, all'interpretazione dei sogni? No. Molto acutamente il Weiss rileva, rispondendo all'obbiezione, cui non aveva risposto bene il Freud, che lo studio psicoanalitico si riferisce *a quanto viene narrato, dal soggetto, come sogno*. Quanto interessa conoscere nell'analisi del sogno è il suo *contenuto latente*, che per effetto della 'censura' è stato travisato. Le alterazioni che del *contenuto manifesto* (cioè fu in fatto visto e vissuto nel sogno) avvengono nella narrazione del soggetto sono dovute a fattori psicologici, per lo più effetto della stessa 'censura' che mascherò il contenuto profondo. Ciò significa che l'opera di smascheramento dell'analisi psicologica deve compiere uno sforzo maggiore d'interpretazione, *ma sempre nella stessa direttiva*: e l'interpretazione risulta ugualmente efficace. L'A. riferisce, a questo proposito, un curioso caso, molto significativo » (G.A. Belloni).
- S. FREUD, *De quelques mécanismes névrotique dans la jalousie, la paranoïa et l'homosexualité*, traduit de l'allemand par Jacques Lacan, paru pour la première fois dans « Internationale Zeitschrift für Psychoanalyse », VIII (1922), in RFP 1932, 3, pp. 391-401 (GP 1933, 2, col. 228).
- S. FREUD, *Remarques sur un cas de névrose obsessionnelle (l'homme aux rats)*, trad. di M. Bonaparte e R. Loewenstein, in RFP 1932, 3, pp. 322-390 (GP 1933, 2, col. 228).
- K. SCHRADER, *Zur Psychopathologie der Fetischismus*, in « Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsform », XXII (1931), p. 667 e ss. (GP 1933, 2, col. 228): « Ricollegandosi alle indagini psicoanalitiche del Freud, l'A. si sofferma nell'illustrare alcuni casi di feticismo, nei quali gli individui considerati indirizzavano, anche in età adulta, i propri desideri verso gli organi

- mammellari della donna, quale, dice, non superato ricordo delle proprie esperienze di lattanti » (T. Ascarelli).
- R. et Y. ALLENDY, *Capitalisme et sexualité*, in RFP 1932, 3, pp. 457-459 (GP 1933, 3, col. 348): M. Piacentini.
- C. CAMARGO, *La esencia del psicoanálisis*, Madrid, Ed. Javier Morata, 1932 (GP 1933, 3, col. 348).
- G.P.H. GENIL-PERRIN, *La psychanalyse en médecine légale*, in « Annales de médecine légale, de criminologie et de police scientifique », XII (1932), 5, pp. 273-371 (GP 1933, 3, col. 348): M. Piacentini.
- C.G. JUNG, *Métamorphoses et symboles de la Libido*, traduit de l'allemand par L. de Vos, introduction de Yves Le Lay, Paris, Editions Montaigne, s.d. (GP 1933, 3, col. 348).
- E. WEISS, *Elementi di psicoanalisi*, Milano, Hoepli, 1933², ma già licenziato l'anno prima: cfr. RIP 1932, 1, p. 167 (GP 1933, 3, col. 405-406): « Abbiamo già presentato ai lettori questo pregevole libro [...]. tratta della parte veramente scientifica e vitale della psicoanalisi, ed è scevro dalle esagerazioni di non pochi psicoanalisti di ogni paese, ha avuto il successo che si meritava [...]. In questa nuova edizione, è stata perfezionata l'esposizione della quarta lezione, che tratta degli *istinti*, e della prima parte della quinta lezione, che tratta della *metapsicologia*. Molto opportunamente l'autore ha soppresso il termine di '*es inibitivo*', per non ingenerare confusioni sul concetto di '*es*' » (M. Piacentini).
- G. DE RUGGIERO, *Freudiana*, in « La Critica. Rivista di letteratura, storia e filosofia », XXX (1932), 3, pp. 194-198 (GP 1933, 3, col. 413): « L'A. ribadisce la sua critica aspra al Freudismo, non come scienza psicoterapica, ma in quanto si atteggiava e pretende d'interpretare, con l'esclusivismo del suo punto di vista, l'arte, la religione, la storia e la spiritualità dell'uomo » (M. Piacentini).
- J. RAMÓN BELTRÁN, *Origen de la psicoanálisis*, in « Revista de criminología, psichiatria y medicina legal », 1932, 112, p. 503 (GP 1933, 4, col. 522).
- J. RAMÓN BELTRÁN, *Posición de psicoanálisis en la psicología contemporánea*, in « Revista de criminología, psichiatria y medicina legal », 1933, 114, p. 769 (GP 1933, 4, col. 522).
- M. BONAPARTE, *La profilassi infantile delle nevrosi*, in RIP 1932, 6, pp. 395-409 (GP 1933, 4, col. 526).
- P. ZANFROGNINI, *Cristianesimo e psicoanalisi*, Modena, Guanda, 1933 (GP 1934, 1, col. 104): « È un nobile tentativo per conciliare i risultati positivi raggiunti dalle psicoanalisi con l'insegnamento del cristianesimo e i postulati della religione [...]. La vera felicità sta in questo liberarsi dagli istinti; da tutto ciò che noi stessi non siamo; da tutto ciò che, in noi stessi, c'è di altri; da tutto ciò che, in noi stessi, c'è di altro; essere in una parola *sé stessi*, e trovare la propria originalità » (M. Piacentini). Recensito anche da E. Servadio, in RIP 1933, 3, pp. 222-223: « L'Autore di questo libro [...] non ha reso un servizio, ci sembra, né alla psicoanalisi né al Cristianesimo. Quanto alla prima, per la quale egli nutre una notevole simpatia, è la precisa informazione quella che gli difetta; cosicché vengono attribuiti alla psicoanalisi e al Freud termini, concetti e periodi del tutto indebitamente. Basterebbe citare l'uso dei vocaboli 'respingimento', 'compressione', 'Sé', rettificati e sostituiti dalla Società Psicoanalitica Italiana. Ma non si tratta soltanto di errori terminologici: sembra che lo Z. non abbia ben chiari i concetti di 'libido', di 'censura', di 'inconscio', poi che li adopera troppo spesso in accezioni arbitrarie ».

- R. LAFORGUE, *Misère de l'homme*, Paris, Denoël et Steele, 1932 (GP 1934, 1, col. 106): « La *misère de l'homme* è l'istinto sessuale il quale, se represso, o compresso, o comunque, non incanalato sulla via buona, perverte ed è causa di un'infinità di nevrosi e psicopatie; per contro, ben arginato o utilizzato e se si riesce a trovare ad esso convenienti sostitutivi, diventa una fonte meravigliosa di energie [...]. Ripetiamo quanto abbiamo già detto, a proposito di questi studi psicoanalitici (GP 1933, col 555): c'è in questa scienza nuova molta esagerazione che ha quasi del morboso. Essa ha portato, con sé, la sopravvalutazione di alcuni istinti (come quello sessuale) che influenzano l'attività e la condotta dei singoli individui [...]. Non si può peraltro negare che questa scienza nuova ha richiamato l'attenzione su di un complesso di fenomeni, specie della subcoscienza [...] i quali non erano, fino ad ora, adeguatamente studiati e che hanno una importanza straordinaria, sia per la psicoterapia, sia per la criminologia ed il trattamento dei delinquenti anormali e a sfondo patologico » (M. Piacentini).
- H. FLOURNOY, *Le caractère scientifique de la psychanalyse*, in RFP 1932, 2, pp. 190-200 (GP 1934, 2, col. 246).
- S. NACHT, *La structure inconsciente de quelques psychoses*, in RFP 1932, 4, pp. 471-500 (GP 1934, 2, col. 246): « Tratta dei deliri (di persecuzione, di gelosia, erotomaniacali). Della schizofrenia, della melanconia ».
- R. DE SAUSSURE, *Le Dogme de la famille irréprochable*, in RFP 1932, 4, pp. 466-470 (GP 1934, 2, col. 247): « Questo dogma risulterebbe semplicemente formato come compromesso tra l'oscillare di certe tendenze reprimenti e di certe altre represses. A primo aspetto non appaiono, come dogma esaminato, se non tendenze di repressione; ma, approfondita l'indagine, e scoperto il contenuto latente, appaiono i desideri repressi ».
- J. LEUBA, *Analyse rapide d'une névrose d'angoisse à base de complexe de castration*, in RFP 1933, 1, pp. 61-82 (GP 1934, 2, col. 247).
- R. DE SAUSSURE, *Apprendre et sentir ou des relations de la vie intellectuelle et de la vie affective*, in RFP 1932, 2, pp. 208-219 (GP 1934, 2, col. 247).
- E. WEISS, *Il delitto, conseguenza psicologica del bisogno di confessione*, in RIP 1932, 2/2, pp. 167-175 (GP 1934, 2, col. 247): « Ripete quanto già scriveva per la nostra rivista (1932, parte I, col. 36 e ss.) sullo stesso argomento col titolo « Il delitto considerato quale equivalente dell'autoaccusa ».
- A. BOREL, M. CENAC, *L'obsession*, in RFP 1932, 4, pp. 586-648 (GP 1934, 2, col. 247): G.A. Belloni.
- S. FREUD, *Essays de psychanalyse appliquée*, Paris, Gallimard, 1933 (GP 1934, 2, col. 298): « Si tratta della traduzione in francese di alcuni saggi dell'insigne Sigmund Freud, già noti agli studiosi di tutto il mondo. La traduzione — sotto ogni riguardo eccellente — è stata fatta a cura della Signora Edouard Marty ed a cura di Marie Bonaparte ». I testi originali nelle GS (M. Piacentini).
- R. MERLONI, *Psicoanalisi e criminalità*, in RIP 1933, 5-6, pp. 355-371 (GP 1934, 3, col. 401): « È una relazione della Società psicoanalitica italiana (28 giugno 1933), che conferma la tesi già nota ai lettori della nostra rivista per il lavoro del Weiss, sul delitto considerato quale equivalente dell'autoaccusa; e mira a promuovere l'esplorazione della psicologia dei criminali — e più quella (meno studiata) dei criminali normali, che quella (abbastanza nota ormai) dei nevrotici ».
- A. SANDULLI, *Psicoanalisi e criminologia*, Città di Castello, Tipografia Leonardo da Vinci, 1935 (GP 1935, 2, col. 87-92): « La dottrina di Sigmund Freud, poco

nota da principio, ha ora interessato e appassionato gli studiosi ed ha trovato entusiasti fautori in alcuni ed ardenti oppositori in altri, *fra cui qualche discepolo che ha cercato di attenuarne l'importanza* [...]. Il delitto è un fenomeno patologico e deve essere trattato e prevenuto alla pari di una malattia. E, accertata e stabilita la diagnosi, bisogna impedirne la propagazione, con le misure di profilassi sociale [...]. La teoria del libero arbitrio è prodotta dal bisogno di nascondere la manchevolezza umana: e, quanto più forte si sente questa deficienza, tanto maggiormente si sente il bisogno della illusione del libero arbitrio, perché l'uomo difficilmente sa adattarsi ad una concezione tecnico-materialistica ».

- J. LEUBA, *Inauguration d'un Institut de psychanalyse à Paris*, in RFP 1934, 1, pp. 139-143 (GP 1935, 2, col. 147): « Per opera di Maria Bonaparte, 'Principessa di Grecia', è sorto a Parigi un Istituto di insegnamento psicoanalitico, con sede al Boulevard St. Germain, n. 137, primo piano. Ivi ha pure il suo centro la società psicanalitica di Parigi. Tra i primi corsi si segnala quello su criminologia e psicanalisi affidato a Borel » (G.A. Belloni).
- C. MORALES, *El psicoanálisis y el crimen*, in « Revista mexicana de derecho penal », 1934, t. II (GP 1935, 2, col. 147); « L'autore accenna alla importanza dei rilievi psicoanalitici nei confronti del delitto (atti sbagliati, equivoci, dimenticanze, *lapsus linguae* o *calami*, ecc.) ».
- A. DE LAISE, *Un Freud français: le docteur Ch. Trepsat*, in « Mercure universel », XI (1932), 2, p. 13 e ss. (GP 1935, 2, col. 147-148): « Trepsat, medico del sanatorio della Lalmaison, fu uno dei più convinti sostenitori di Freud in Francia. Si mantiene alla teoria tradizionale della 'organicità' ».
- R. CARRANCA Y TRUJILLO, *El psicoanálisis en el examen de los delincuentes*, in « Criminalia », México, 1934, n. 9, p. 65 (GP 1936, 1, col. 50): « L'A. illustra le possibilità nell'esame psico-analitico del delinquente ».
- L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Valor de la psicología profunda en ciencias penales. Psicoanálisis y Psicología individual*, in « Revista de criminología, psiquiatría y medicina legal », settembre-ottobre 1935, n. 131, p. 595 (GP 1936, 3, col. 360): « Interessante, dotto e brillantissimo articolo del nostro amico e collaboratore, inteso a porre in rilievo le nuove possibilità che la psicologia profonda e, in particolare, la psicoanalisi presentano nel campo penale e nel campo giudiziario soprattutto per la identificazione di quei reali moventi del fatto che molte volte sfuggono a ogni ricerca condotta con i metodi investigativi ordinari ».
- M. BONAPARTE, *Introduction à la Théorie des instincts*, in RFP 1934, 2, pp. 217-271 (GP 1936, 3, col. 361).
- R. DE SAUSSURE, Recensione a W. Reich, *Charakteranalyse*, Wien, 1933, in RFP 1934, 2, pp. 378-387 (GP 1936, 3, col. 361).
- H. STAUB, *Technique de la psychanalyse de la résistance et du caractère*, in RFP 1934, 2, pp. 282-308 (GP 1936, 3, col. 361).
- A propos de la communication de M. Staub*, in RFP 1934, 2, pp. 309-318 (GP 1936, 3, col. 361).
- S. FREUD, *La négation*, traduit de l'allemand par H. Hoesli, in RFP 1934, 2, pp. 174-177 (GP 1936, 3, col. 361).
- P. BUGARD, *L'interprétation psychanalytique du mythe d'Orphée et son application au symbolisme musicale*, in RFP 1934, 2, pp. 320-372 (GP 1936, 3, col. 361).
- A. HESNARD, *Nouvelle contribution psychanalytique à l'étude des sentiments dits de dépersonnalisation*, in RFP 1934, 2, pp. 272-281 (GP 1936, 3, col. 361).

- F. LOWTZKY, *L'opposition du surmoi à la guérison. Trois cas cliniques*, in RFP 1934, 2, pp. 197-216 (GP 1936, 3, col. 361).
- R. LAFORGUE, *Clinique psychanalytique. Les débuts d'un traitement analytique*, in RFP 1934, 2, pp. 178-196 (GP 1936, 3, col. 361).
- D. TERUEL, *El complejo de inferioridad como factor psicológico del delito*, in « Revista de los Tribunales y de Legislación universal », LXII (1936), 8, p. 117 (GP 1936, 7, col. 361): « Breve e interessante studio condotto con metodo psicanalitico sul così detto complesso di inferiorità, come elemento subcosciente simultaneo di attrazione e di ripulsione, particolarmente nelle sue possibilità come causa del delitto ».
- J.A. ORIA, *El teatro de Lenormand, antes y después de la influencia de Freud*, in « Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal », XXII (1935), 130, p. 554 (GP 1936, 7, col. 361).
- J. LEUBA, *Notions élémentaires de biologie psycho-sexuelle*, in RFP 1934, 3, pp. 490-548 (GP 1936, 8, col. 705).
- S. FREUD, *Le déclin du Complexe d'Oedipe*, traduit par Anne Berman, in RFP 1934, 3, pp. 394-399: « Il complesso detto dal Freud di Edipo con riferimento al personaggio mitico della tragedia che, inconscio, amò la propria madre d'amor sessuale — fenomeno di capitale importanza nello sviluppo psico-sessuale infantile — viene qui particolarmente studiato nel suo processo di *refoulement*, nel suo scendere nel profondo della latenza » (GP 1936, 8, col. 705-706).
- R. LAFORGUE, *Complexes d'Oedipe positif et négatif*, in RFP 1934, 3, pp. 400-416 (GP 1936, 8, col. 706).
- R. DE SAUSSURE, *Les sentiments d'infériorité*, in RFP 1934, 4, pp. 655-664 (GP 1936, 8, col. 706): « Contributo psichiatrico ».
- R. LAFORGUE, *Clinique psychanalytique*, in RFP 1934, 2, pp. 178-196 (GP 1936, 8, col. 706): « Note sul trattamento clinico, nelle sue diverse fasi, secondo la dottrina e l'esperienza psicanalitica ».
- R. LAFORGUE, *Exception à la règle fondamentale*, in RFP 1934, 4, pp. 684-690 (GP 1936, 8, col. 706): « La regola fondamentale è quella di esigere dai malati sottoposti all'esplorazione psicanalitica *tutto* quel che loro viene in mente, nulla dissimulando ».
- P. CRESPO, *Le rôle des facteurs psychiques dans le domaine de la clinique*, in RFP 1934, 3, p. 449-455 (GP 1936, 8, col. 706).
- S. FREUD, *Deux mensonges d'enfants*, in RFP 1934, 4, pp. 606-610 (GP 1936, 8, col. 706): « Vi sono bugie infantili d'un carattere particolarmente notevole pel pedagoga: quelle che scaturiscono da un eccessivo sentimento di affetto. Bisogna guardarsi che esse non creino un malinteso tra il fanciullo e l'essere amato. Esse annunciano le disposizioni profonde di un'anima verso il suo destino ulteriore o verso nevrosi future. Gli esempi recati dal Freud sono indubbiamente eloquenti ».
- P. FRIEDMAN, *Sur le suicide*, in RFP 1935, 1, pp. 106-148 (GP 1936, 8, col. 706): « L'ampia monografia del Friedman è soprattutto interessante, in quanto, indicando la psicologia profonda del suicidio, indica la via per liberare i soggetti a quell'impulso 'demoniaco' dall'idea deleteria ».
- S. NACHT, *Psychanalyse de psychonévroses et de troubles de la sexualité*, Paris, Alcan, 1935 (GP 1936, 8, col. 706).
- M. BONAPARTE, *Passivité, Masochisme et Féminité*, in RFP 1935, 2, pp. 208-216 (GP 1936, 8, col. 706).

- R. DE SAUSSURE, *Les traits de caractère réactionnels et leur importance en Psychanalyse*, in RFP 1935, 3, pp. 432-446 (GP 1936, 8, col. 706).
- P. SCHIFF, *Les Paranoïas et la Psychanalyse*, in RFP 1935, 1, pp. 44-59 (GP 1936, 8, col. 706-707).
- S. FREUD, *Un cas de Paranoïa qui contredisait la théorie psychanalytique de cette affection*, traduit de l'allemand par Paul Jury, in RFP 1935, 1, pp. 2-11 (GP 1936, 8, col. 707).
- G. PARCHEMINEY, *Le problème de l'hystérie*, in RFP 1935, 1, pp. 12-35 (GP 1936, 8, col. 707).
- R. LOEWENSTEIN, *De la passivité phallique chez l'homme*, in RFP 1935, 1, pp. 36-43 (GP 1936, 8, col. 707).
- J. LEUBA, *Hermès ou Aphrodite? Le côté biologique du problème*, in RFP 1935, 2, pp. 194-207 (GP 1936, 8, col. 707): « Studio sulla frigidità sessuale della donna, messa in correlazione con le tendenze omosessuali, non senza riguardo alla base organica ».
- R. LAFORGUE, *A propos de la frigidité de la femme*, in RFP 1935, 2, pp. 217-26 (GP 1936, 8, col. 707): « Frigidità come manifestazione di nevrosi: mette capo a una profonda tendenza omosessuale ».
- E. HITSCHMANN, E. BERGLER, *La frigidité de la femme*, in RFP 1935, 2, pp. 327-340 (GP 1936, 8, col. 707): « Anche questa poderosa e dettagliata monografia tende ad affermare che, nel più dei casi, la frigidità sessuale della donna coniugata dipende da inibizione psichica. E psichicamente, col metodo psicoanalitico, bisogna aiutarla, allora, a uscire dal deplorabile suo stato ».
- A. HESNARD, *La fausse frigidité par répression de l'activité érotique normale*, in RFP 1935, 2, pp. 314-326 (GP 1936, 8, col. 707): « Si tratta delle pseudofrigide, per repressione della normale attività sessuale ».
- E. SERVADIO, *La baguette des sourciers. Essai d'interprétation psychanalytique*, in RFP 1935, 3, pp. 488-500 (GP 1936, 8, col. 707).
- E. STERBA, *Analyse d'un cas de phobie des chiens*, in RFP 1934, 4, pp. 665-683 (GP 1936, 8, col. 708): « Caso significativo, riportato alla dottrina del Freud; a quella specialmente, affidata al libro *Totem e tabù* ».
- S. FREUD, *Malaise dans la Civilisation*, in RFP 1934, 4, pp. 692-769 (GP 1936, 8, col. 707): « È la traduzione francese della nota e interessantissima monografia *Das Unbehagen in der Kultur* (Vienna, 1929), traduzione dovuta ai coniugi Odier; i quali hanno dovuto affrontare le non semplici difficoltà che s'incontrano di fronte alle frequenti, letteralmente intraducibili, espressioni tedesche del Freud ».
- R.A. SPITZ, *Une analyse dans le miroir de l'intuition de l'artiste*, in RFP 1934, 3, pp. 550-579 (GP 1936, 8, col. 707).
- Neuvième Conférence de Psychanalystes de langue française le 2 février 1935, à Paris*, in RFP 1935, 2, pp. 327-340 (GP 1936, 8, col. 707).
- E. GLOVER, *Bulletin de l'Association Internationale de Psychanalyse*, in RFP 1935, 2, pp. 327-367 (GP 1936, 8, col. 707).
- Saggi di psicoanalisi in onore di Sigmund Freud*, Roma, Cremonese Editore, 1936 (GP 1936, 8, col. 708): « Il volume, illustrato da un interessante ritratto del vecchio Maestro di Vienna, contiene, oltre un cenno biografico su questi, uno studio del nostro Weiss [...]. L'insieme di questi saggi è tale che il volume risponde pienamente al fine assegnatoli, di dar risalto al valore dell'Uomo, Freud, che ha orientato, con la sua dottrina, gli autori diversi sui tanto vari campi d'indagine, e che, coi suoi principi scientifici, unifica, per così dire, in radice i saggi stessi ».

- H. STAUB, *Psychanalyse et Criminologie*, in RFP 1934, 3, pp. 469-489 (GP 1936, 8, col. 710-712): « La tendenza al crimine è in ogni essere umano. Se essa non si esplica sempre, lo si deve all'azione combinata dell'angoscia innanzi al Super-Io e del timore delle conseguenze di fatto, sociali. Quindi, il compito della psicanalisi consiste nel ricercare perché, in certe circostanze, l'azione combinata del Super-Io e del timore sociale non impedisce un atto criminale » (G.A. Belloni).
- E. WEISS, *Agorafobia. Isterismo d'angoscia*, Roma, Paolo Cremonese Editore, 1936 (GP 1936, 8, col. 712): « L'A. per rendere più accessibile il suo pensiero anche a quei medici e uomini colti che pur non sono particolarmente versati in psicanalisi, ha, in questo volume, spiegato quei concetti psicanalitici che, indispensabili alla comprensione dell'argomento, egli ha dovuto richiamare nel corso del suo lavoro » (G.A. Belloni).
- R. LOEWENSTEIN, *La psychanalyse des troubles de la puissance sexuelle*, in RFP 1935, 4, pp. 338-600 (GP 1937, 1, col. 44).
- G. PARCHEMINÉY, *Exposé d'un cas d'impuissance*, in RFP 1935, 4, pp. 601-614 (GP 1937, 1, col. 44).
- CH. ODIER, *Document catamnétique sur un cas d'impuissance orgastique. Considération sur les relations de cette impuissance avec le caractère et sur le transfert psychanalytique*, in RFP 1935, 4, pp. 615-666 (GP 1937, 1, col. 44).
- J. LEUBA, *Société psychanalytique de Paris*, Exercice 1934-1935, in RFP 1935, 4, pp. 672-679 (GP 1937, 1, col. 44).
- E. GLOVER, *Bulletin de l'Association internationale de psychanalyse*, in RFP 1935, 4, pp. 697-698 (GP 1937, 1, col. 44).
- L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Valor de la psicología profunda en ciencias penales psicoanálisis y Psicología individual*, in « Revista de criminología, psiquiatría y medicina legal », 1935, 132, p. 751 (GP 1937, 2, col. 187): « È riportato un articolo, già recensito, dell'illustre A. sui rapporti tra psicanalisi e delitto. L'A. si occupa particolarmente del complesso di inferiorità in relazione al delitto e alla sua eziologia e alle relazioni fra il trattamento penale e la psicologia individuale profonda ».
- E. WEISS, *Elementi di psicoanalisi*, Milano, Ulrico Hoepli Editore, 1937³ (GP 1937, 2, col. 221): « Questa terza edizione del notissimo volume di E. Weiss — su cui cfr. *Presupposti*, 1933, col. 405 — ha il pregio di un'ulteriore elaborazione dell'A., specie per quanto si riferisce agli importanti argomenti delle 'resistenze psichiche' (cap. I) e della 'metapsicologia' (cap. V). E, per evitare la confusione delle due distinzioni dei fenomeni psichici, in *inconsci preconschi* e *conschi* e in *Es* e *Super-Io*, i concetti relativi alla seconda edizione sono stati accentuati [...]. L'opera continua così a presentarsi come il più compendioso e diligente manuale di consultazione di ogni persona colta, che voglia chiarirsi gli elementi della dottrina psicoanalitica. Anche l'utile e comodo *vocabolario* che è in fine all'agile e perspicua pubblicazione è stato, per la nuova edizione, arricchito di nuovi termini » (G.A. Belloni).
- L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Valor de la psicología profunda en ciencias penales. Psicoanálisis y psicología individual*, in « Criminalia », 1935, 3, p. 67 (GP 1937, 4, col. 448).
- F. LOWTZKY, *Søren Kierkegaard. L'expérience subjective et la révélation religieuse*, in RFP 1936, 2, pp. 204-314 (GP 1937, 7, col. 617).
- R. LAFORGUE, *Clinique psychanalytique*, in RFP 1936, 2, pp. 146-174 (GP 1937, 7, col. 618).

- P. HALFANTS, *Il Freudismo*, in « La palestra del diritto », 1936, 8-9, p. 1 (GP 1937, 7, col. 617): « Contributo alla divulgazione [...] critica del freudismo in occasione delle onoranze a Freud nel suo 80. Anniversario. Nicola Palopoli, direttore della battagliera *Palestra*, si associa alle onoranze con la consueta vivacità antiaccademica » (G.A. Belloni).
- F. ALEXANDER, H. STAUB, *El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico*, in « Criminalia », 1937, 5, p. 130 (GP 1937, 7, col. 617).
- J. P. PORTO CARRERO, *Psicoanálisis del crimen pasional*, in « Boletín de Identificación y Policía Técnica », 1936, 5, p. 79 (GP 1937, 7, col. 618).
- N. ROJAS, *Una visita a Freud*, in « Archivos de Medicina legal e identificación », 1936, 13, p. 301 (GP 1937, 7, col. 617).
- E. SERVADIO, *Psicoanalisi e sessuologia*, in « Rivista di psicologia normale e patologica », 1936, 4, p. 219 (GP 1937, 7, col. 618): « Energica e brillante difesa della psicanalisi. L'A. reagisce al pregiudizio pansessualista, rilevando le formazioni dualistiche freudiane relativamente agli istinti. Richiama poi i progressi che la sessuologia deve alla psicanalisi. Tratta indi della sessualità infantile e della sua evoluzione; della psicosessualità inconscia e delle sue influenze sulla vita; delle metamorfosi degli impulsi primari (sostituzioni, sublimazioni, formazioni reattive); del fattore sessuale nelle nevrosi e dell'analisi psichica rieducativa, e, infine, della psicanalisi della bonifica di zone psichiche sottratte al controllo della coscienza. La Psicanalisi, dice l'A., lungi dall'avvilire l'uomo, gl'insegna a dominarsi, e riprende nel mondo moderno il sublime concetto dell'Eros platonico, dandogli un nuovo spirito e facendone maggiormente risplendere i lineamenti immortali » (G.A. Belloni).
- E. SERVADIO, *Psicoanalisi e letteratura amena*, in « Rivista di psicologia normale e patologica », 1936, 4, p. 226 (GP 1937, 7, col. 618): « Rapida rassegna, intesa a mostrare il contributo che la psicanalisi può dare alla maggior comprensione di certe figure artistiche nella letteratura amena: Edipo, Amleto, Medea, Don Giovanni, ecc. » (G.A. Belloni).
- S. FREUD, *Contribution à la psychologie de la vie amoureuse*, traduit par M. Bonaparte et Anne Berman, in RFP 1936, 1, pp. 2-21 (GP 1937, 7, col. 618).
- S. FREUD, *Metapsychologie*, traduit par M. Bonaparte et Anne Berman, in RFP 1936, 1, pp. 22-116 (GP 1937, 7, col. 618).
- G. MAUCO, *La psychologie de l'enfant dans ses rapports avec la psychologie de l'inconscient (D'après les travaux de Freud et de Piaget)*, in RFP 1936, 3, pp. 430-517 (GP 1938, 4, col. 431).
- J. ANDUEZA, *El Psicoanálisis en Criminología, Psiquiatría y Criminología*, Buenos Aires, 1936 (GP 1938, 4, col. 432).
- A.R. VELA, *El Psicoanálisis como medio de prueba en derecho penal*, in « Criminalia », Mexico 1937, 3, p. 182 (GP 1938, 4, col. 432).

*« Dei delitti e delle pene »:
a duecentocinquant'anni*

PIETRO COSTA

LO *IUS VITAE AC NECIS* ALLA PROVA:
CESARE BECCARIA E LA
TRADIZIONE CONTRATTUALISTICA (*)

1. Un argomento di Beccaria contro la pena di morte: il fondamento contrattualistico dell'ordine politico. — 2. Ugo Grozio: « puniendi potestas [...] antiquius penes privatos fuisse quam penes rempublicam ». — 3. Thomas Hobbes: « no man can be bound to will being kill'd ». — 4. John Locke: « [...] those dangerous and noxious creatures ». — 5. Jean-Jacques Rousseau: « [...] par ses forfaits rebelle et traître à la patrie ». — 6. Cesare Beccaria: « non è dunque la pena di morte un diritto ».

1. *Un argomento di Beccaria contro la pena di morte: il fondamento contrattualistico dell'ordine politico.*

Nel primo capitolo del *Dei delitti e delle pene* Beccaria affronta il problema del fondamento della potestà punitiva del sovrano. È un problema imposto, più che dal peso della tradizione, dalla consapevolezza che le aspirazioni riformatrici dell'opera, proprio perché radicali, richiedevano (se mi si passa il bisticcio) di andare alle radici del fenomeno e potevano essere soddisfatte solo a patto che venisse contestualmente sollevato il problema della legittimità del potere politico (e, viceversa, era il senso della sempre più problematica legittimità del potere 'tradizionale' a stimolare lo slancio riformatore che pervade il *Dei delitti*).

Gli arnesi concettuali di cui Beccaria dispone per interrogarsi sulla genesi e sui limiti del potere sovrano non sono inediti e provengono da una letteratura politico-giuridica sei-settecentesca, per alcuni aspetti, profondamente omogenea, e, per altri aspetti,

(*) Un vivo ringraziamento per l'attenta lettura e i preziosi suggerimenti a Philippe Audegean, Giovanni Cazzetta, Michele Pifferi, Bernardo Sordi.

fortemente diversificata al suo interno. In essa infatti è condivisa la convinzione di dover far leva su due concetti-chiave — diritti naturali e contratto sociale — per offrire una rappresentazione, nuova e razionalmente fondata, dell'ordine politico-giuridico; ma, al contempo, è rilevante il contrasto sui significati ad essi attribuiti, tanto che dalla loro combinazione escono immagini diverse (o addirittura opposte) della condizione umana e della società politica.

Della tradizione giusnaturalistica e contrattualistica del Sei-Settecento Beccaria ripercorre i principali *topoi*: il « continuo stato di guerra » in un'ipotetica condizione originaria degli esseri umani, la conseguente precarietà della loro vita, il sacrificio di « porzioni di libertà » a vantaggio di un sovrano 'inventato' per ottenere la « sicurezza e tranquillità » altrimenti impossibili. Il sovrano è creato dagli individui a vantaggio degli individui. È in questa cornice che occorre collocare le leggi penali: indispensabili per impedire « le private usurpazioni di ciascun uomo in particolare » (lo sfrenarsi di una libertà individuale insofferente di limiti e vincoli, con il conseguente « risommersione nell'antico caos » ⁽¹⁾), ma in nessun modo sottratte alla logica 'funzionalistica' imposta dal contratto alla sovranità; una sovranità legittima nella misura in cui riesca a garantire, al contempo, la tenuta dell'ordine e la libertà dei soggetti.

È alla luce di questa doppia esigenza che Beccaria critica l'ordinamento esistente e immagina un'alternativa. L'insistenza sulla funzione preventiva della pena (la tesi che la pena sia legittima solo in quanto 'utile', in quanto efficacemente deterrente) e la convinzione della necessità di ridurre al minimo indispensabile l'afflittività della sanzione affondano le radici nell'antropologia filosofica di Beccaria, ma devono anche essere messe in rapporto con la doppia scommessa che il sovrano è tenuto a vincere: garantire l'ordine riducendo al minimo le pur inevitabili sofferenze provocate dalla pena.

Una siffatta scommessa, comunque ardua, trova nella decisione sovrana di dare la morte il suo momento di maggiore difficoltà. È quindi comprensibile che il capitolo XXVIII del *Dei delitti*, teso

⁽¹⁾ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni, Milano, Mediobanca, 1984, [« Edizione Nazionale delle opere di Cesare Beccaria » I], § 1, pp. 25-27.

a dimostrare « non essere la morte né utile né necessaria » (un capitolo che forse non a caso è il più lungo dell'opera), sia stato la vera pietra dello scandalo, di contro a una diffusa e spesso entusiastica adesione al riformismo penale beccariano da parte della cultura dei lumi.

Beccaria è consapevole della posta in gioco e utilizza tutte le carte di cui dispone: non solo l'argomento dell'utilità⁽²⁾ (la tesi che la pena di morte sia meno utile perché meno efficacemente deterrente della pena detentiva), ma anche l'argomento della legittimità (come viene correttamente messo in luce dalla storiografia⁽³⁾). La decisione sovrana di dare la morte appare a Beccaria essenzialmente illegittima. Il sovrano è creato dai soggetti proprio per garantirsi la *condicio sine qua non* di ogni altro bene: la vita. I soggetti vogliono

(2) Sull'«utilitarismo» di Beccaria cfr. G. FRANCONI, *Beccaria filosofo utilitarista*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Milano-Roma, Cariplo-Laterza, 1990, pp. 69-87 e Ph. AUDEGEAN, *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Vrin, 2010 (trad. it., *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Roma, Carocci, 2014).

(3) Cfr. E. DEZZA, *Il problema della pena di morte*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 223-231. Per la comprensione di Beccaria restano importanti punti di riferimento gli atti di alcuni congressi (*Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, cit.; *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, a cura di M. Porret, Genève, Droz, 1997; *Cesare Beccaria: la pratica dei lumi*, a cura di V. Ferrone, G. Francioni, Firenze, Olschki, 2000). In anni recenti, contributi di notevole rilievo provengono dai lavori di AUDEGEAN, *La philosophie de Beccaria*, cit., R. PASTA, *Cesare Beccaria*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., pp. 249-52, K. LADD, *Penser la peine dans la souveraineté et dans l'époque. Situation de l'argumentation abolitionniste dans Des délits et des peines de Cesare Beccaria*, in « *Lumières* », 20 (2012), 2 (*Penser la peine à l'âge des Lumières*, sous la direction de L. Delia et G. Radica), pp. 101-120, M. PORRET, *Beccaria*, Bologna, il Mulino, 2014, B.E. HARCOURT, *Beccaria's On Crimes and Punishments: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law*, in *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, M.D. Dubber (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 39-60; Ph. AUDEGEAN, « *Dei delitti e delle pene* »: significato e genesi di un pamphlet giuspolitico, in *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, a cura di D. Ippolito, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 71-92. Sul problema della pena di morte in Beccaria si vedano le importanti considerazioni di D. IPPOLITO, *Beccaria, la pena di morte e la tentazione dell'abolizionismo*, in « *L'Acropoli* », VIII (2007), 6, pp. 701-714 e, più in generale, l'interessante e documentata introduzione di Philippe Audegean a uno scritto inedito di Giuseppe Pelli (Ph. AUDEGEAN, *Introduzione. Una battaglia segreta di Pelli: "abolire la morte per pena a' delitti"*, in G. Pelli, *Contro la pena di morte*, a cura di Ph. Audegean, Padova, Cleup, 2014, pp. 15-60).

che il sovrano sia lo scudo che li protegge dalle aggressioni altrui e non possono ammettere che esso si trasformi nella loro più inquietante minaccia. « Chi è mai colui che abbia voluto lasciare ad altri uomini l'arbitrio di ucciderlo? Come mai nel minimo sacrificio della libertà di ciascuno vi può essere quello del massimo tra tutti i beni, la vita? » (4).

Infliggendo la pena di morte il sovrano diviene, per Beccaria, doppiamente inadempiente. Egli non solo antepone una sanzione meno utile (meno efficacemente deterrente) a una sanzione più utile, ma soprattutto colpisce l'individuo nel suo bene più prezioso: non fa ciò che dovrebbe (scegliere la sanzione più utile) e fa invece ciò che non dovrebbe (attentare alla vita dei soggetti). Nel primo caso, balza agli occhi la lesione del principio di utilità, mentre nel secondo caso è evidente il difetto di legittimazione. Certo, anche l'inefficienza del comando, una cattiva strategia di governo, incide, in ultima istanza, sulla legittimità del sovrano, dal momento che rende più incerto il conseguimento di quella sicurezza che il sovrano è chiamato a garantire. Dove però emerge con maggiore evidenza il profilo dell'illegittimità è nell'attribuzione al sovrano del potere di disporre della vita dei soggetti. La pena capitale appare a Beccaria concettualmente incompatibile con la direzione di senso dell'ipotesi contrattualistica. Essa è l'espressione di una violenza infondata e non di un potere legittimo: « non è dunque la pena di morte un diritto », ma « è una guerra della nazione con un cittadino » (5).

Beccaria presenta la messa al bando della pena di morte come una conseguenza obbligata delle premesse contrattualistiche. In realtà, sostenere che il contrattualismo non possa che avere esiti 'abolizionistici' è formulare una tesi che trova, nella copiosa letteratura contrattualistica preesistente, più smentite che conferme. Che i contrattualisti sei-settecenteschi non avessero già proposto l'abolizione della pena di morte non è peraltro sorprendente. Il tema della pena di morte non si esaurisce infatti nel chiuso orto delle teorie e delle pratiche penali, ma coinvolge la rappresentazione della sovranità nella sua più caratterizzante e 'ultimativa' espressione: il suo *ius gladii*, l'estrinsecazione di una forza estrema proprio perché indiriz-

(4) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XXVIII, p. 86.

(5) Ivi, p. 87.

zata a colpire il bene supremo della vita. La morte come pena evoca, con maggiore evidenza di qualsiasi altro intervento punitivo, il punto di congiunzione e di attrito fra chi comanda e chi obbedisce, tanto da far apparire storicamente problematica la possibilità di pensare il sovrano senza metterlo in rapporto con la vita e con la morte dei soggetti. Non è allora soltanto come pena che la morte fa il suo ingresso nel rapporto fra i soggetti e il sovrano: entra in gioco, in tutte le sue determinazioni, lo *ius vitae ac necis* del sovrano, quel diritto sulla vita e sulla morte dei soggetti che si esplica in ambiti e forme diverse, ma trova nel processo penale e nella guerra due terreni di elezione.

È con questa polivalente espressione della sovranità — la pena, la guerra — che i contrattualisti sei-settecenteschi sono costretti a fare i conti ⁽⁶⁾ ed è da loro che Beccaria apprende l'esistenza di un intricato nodo problematico — il rapporto fra individuo e sovrano nel punto estremo della loro tensione — e al contempo riceve gli strumenti di cui si servirà per sciogliere (o tagliare) il nodo stesso.

Quali siano i 'contrattualisti' con i quali Beccaria intrattiene un dialogo privilegiato nel *Dei delitti* ci è detto o fatto intendere dal testo stesso ⁽⁷⁾: Hobbes, Locke e Rousseau, e, sullo sfondo, Grozio, richiamato da Pietro Verri come un possibile ispiratore dell' 'abolizionismo' beccariano ⁽⁸⁾. Ripercorrere le strategie adottate da alcuni dei giusnaturalisti sei-settecenteschi di fronte al tema dello *ius vitae ac necis* può essere dunque di una qualche utilità per intendere gli estremi del problema che Beccaria si trova di fronte quando si appresta a formulare la sua più celebre proposta riformatrice.

⁽⁶⁾ Gabriella Silvestrini ha svolto penetranti e interessanti considerazioni su questo nesso. Cfr. G. SILVESTRINI, *Diritti naturali e diritto di uccidere. Teorie moderne della guerra fra modelli teorici e tradizioni di pensiero*, in « Filosofia politica », XXI (2007), 3, pp. 425-452; EAD., *Fra diritto di guerra e potere di punire: il diritto di vita e di morte nel Contratto Sociale*, in « Rivista di storia della filosofia », LXX (2015), 1, pp. 125-141 (devo alla cortesia dell'autrice la consultazione del saggio ancora in bozze).

⁽⁷⁾ Soprattutto quando lo si legga aiutati dalle sapienti note apposte da Gianni Francioni all'edizione del *Dei delitti* da lui curata.

⁽⁸⁾ Cfr. la nota 1 di G. FRANCONI in Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVIII, pp. 87-88.

2. Ugo Grozio: « *puniendi potestas [...] antiquius penes privatos fuisse quam penes rempublicam* ».

Non ha torto Verri nel segnalare, come una possibile 'fonte' o 'anticipazione' della tesi beccariana, un passaggio del *De iure belli ac pacis* ⁽⁹⁾ che invita i governanti a tener conto di alcuni antichi esempi di clemenza, che si erano tradotti nella sostituzione della pena capitale con pene più miti. Occorre comunque collocare il brano nel più ampio contesto argomentativo cui appartiene, dedicato al tema dello *ius gladii* e della sua legittimazione. L'obiettivo di Grozio è contrastare la tesi di chi, in nome della mitezza evangelica, metta in questione il potere punitivo del principe, quell'« *usum gladii* » che l'apostolo (il riferimento è all'epistola paolina ⁽¹⁰⁾) presenta come parte integrante dell'*officium* del re. È l'esercizio del potere punitivo che fa del sovrano il difensore degli innocenti e gli permette di tenere a freno, con la minaccia del supplizio, la protervia dei malvagi ⁽¹¹⁾.

Gli argomenti impiegabili per legittimare l'uso della forza contro i delinquenti fanno parte, per Grozio, di un problema più ampio compendiato nel titolo apposto al capitolo II del I Libro del *De iure belli ac pacis*: « *An bellare unquam justum sit* » ⁽¹²⁾. È in gioco, nell'esercizio del potere punitivo come nella conduzione della guerra, la vita umana e non è evidente il carattere benefico, eticamente giustificato, della sofferenza inflitta. La risposta, formulata già nel *De iure praedae* ⁽¹³⁾ e confermata nel *De iure belli ac pacis* ⁽¹⁴⁾, è

⁽⁹⁾ H. GROTIJ *De iure belli ac pacis Libri Tres*, Amsterdami, Apud Guilielmum Blaeuw, 1631, II, xx, 12, p. 302: « Neque tamen abs re erit Christianis rectoribus, saltem ex parte aliqua, imitandum proponere exemplum Sabaconis Aegyptii regis pietatis nomine laudatissimi, a quo capitales poenas in damnationem ad opus mutatas felicissimo successu narrat Diodorus: etiam ad Caucasum gentes quasdam ait Strabo [...]. Notat Balsamo leges Romanas quae mortis poenam irrogabant a posterioribus Imperatoribus Christianis mutatas plerasque in alia supplicia, quo et acrius damnatis inureretur poenitentia et magis ad exemplum proficeret poena diuturnior ». (Questo passaggio manca ancora nella prima edizione del *De iure*, del 1625).

⁽¹⁰⁾ Rom. xiii. 4.

⁽¹¹⁾ H. GROTIJ *De iure belli ac pacis Libri Tres*, Parisiis, Apud Nicolaum Buon, 1625 (indicato da ora in poi con la sigla DJB), II, xx, 12, pp. 415-16.

⁽¹²⁾ DJB, I, ii, p. 16.

⁽¹³⁾ H. GROTIJ *De iure praedae commentarius*, Hagae, Nijhoff, 1868 (indicato da ora in poi con la sigla DJP), VII, p. 66 e ss.

che comunque il male sofferto deve essere funzionale a un bene più grande: né il desiderio di vendetta per il danno sofferto può legittimare l'irrogazione della pena né il desiderio di espansione del proprio dominio può giustificare la conduzione di una guerra. Fare guerra al nemico e condannare il criminale rispondono alla medesima esigenza di reagire a un torto e punire l'offensore ⁽¹⁵⁾ e sollevano il problema della legittimità di una violenza che può tradursi nell'eliminazione fisica del suo destinatario.

In termini generali, Grozio si avvia a discutere del problema della legittimità della violenza nel quadro della sua visione delle leggi naturali e dei diritti del soggetto, imperniati sull'idea di un *proprium*, di una sfera inviolabile del soggetto, protetta dalle ingerenze di chiunque altro, essendo tutti tenuti al dovere della *alieni abstinentia*. È sulla base di questi assunti (nella loro essenziale configurazione già messi a punto ne *De jure praedae* ⁽¹⁶⁾) che Grozio affronta il tema della violenza, in un continuo confronto con gli autori antichi, con i giuristi di *ius commune* e con i filosofi della scolastica (medievale e 'seconda'), accumulando *exempla* e testimonianze 'autorevoli' e al contempo mirando a un ripensamento originale dei fondamenti dell'ordine ⁽¹⁷⁾ (dell'ordine 'come tale', assai più che di un ordine — nel nostro senso — 'internazionale').

La legittimazione della violenza è un problema centrale e spinoso per Grozio, che accumula argomenti per dimostrarne la compatibilità con un assetto razionale della società. Dalla storia sacra ⁽¹⁸⁾ al *consensus omnium*, allo *ius gentium*, tutto concorre nel dimostrare che non ogni forma di violenza è ingiusta e irrazionale: « De jure naturali ergo, quod et gentium dici potest, satis constat eo

⁽¹⁴⁾ DJB, II, xx, 4, p. 400: « At homo cum hominem sibi natura parem punit, aliquid sibi debet habere propositum. Et hoc est quod ajunt scholastici, non debere in malum cujusquam acquiescere ulciscens animum ».

⁽¹⁵⁾ DJB, II, xx, 38, p. 433.

⁽¹⁶⁾ DJP, II, pp. 13-14: « leges duae procedunt: [...] Una. Ne quis alterum laedat; altera: Ne quis occupet altera occupata. Haec lex abstinentiae, illa innocentiae est ».

⁽¹⁷⁾ In questa prospettiva potrebbe forse essere attenuata la netta distinzione fra 'humanism' e 'scholasticism' avanzata da R. TUCK, *The Rights of War and Peace. Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

⁽¹⁸⁾ DJB, I, ii, 2, pp. 19-20.

bella non omnia improbari » (19). Maggiori difficoltà provengono semmai da alcuni passaggi della Scrittura: non solo dal divieto divino di uccidere, ma soprattutto da alcuni celebri passi del Nuovo Testamento (valga il riferimento al Discorso della Montagna), che sembrano chiudere ogni spiraglio a un uso ‘buono’ della forza ed esigere un ripudio totale della violenza (20). È appunto su questi passi che ha fatto leva un’interpretazione rigorista dei Vangeli, di cui i primi cristiani si sono fatti sostenitori. Il loro errore però, reso comprensibile dal loro ardente anelito di perfezione, nasceva dalla mancata distinzione fra ‘consigli’ e ‘precetti’ (21) e deve essere corretto da un’interpretazione complessiva della Scrittura, che mostra l’immagine di un Dio non solo dispensatore di grazie, ma anche giudice severo dei misfatti (22).

È dunque possibile sostenere che la pena capitale e la pratica della guerra non sono incompatibili né con il cristianesimo né con il diritto naturale né con il diritto delle genti, a patto di ricondurre entrambe a una regola di giustizia di cui siano la dovuta applicazione. È in questo contesto che si collocano le due grandi questioni su cui si sofferma Grozio, prima nel *De jure praedae* e poi nel *De jure belli ac pacis*: quali siano le cause che rendono giusta una guerra e quali i soggetti chiamati ad esercitare una violenza legittima.

Per Grozio le guerre possono essere private o pubbliche (o anche una combinazione di entrambi i tipi) (23). La guerra pubblica — che sembrerebbe incarnare la categoria principale — è tale in ragione della *iurisdictio*, del potere di governo, di cui è investito il

(19) DJB, I, ii, 4, p. 21.

(20) DJB, I, ii, 8, p. 36 e ss.

(21) DJB, I, ii, 8, pp. 47-48.

(22) Grozio non si discosta in sostanza dall’impostazione e della soluzione del problema già messe a punto da Vitoria nella sua *Relectio de iure belli*, che con argomenti analoghi prende le distanze dal pacifismo proto-cristiano (ed erasmiano). Cfr. S. LANGELLA, *Le fonti teologiche della dottrina de bello in Francisco de Vitoria tra medioevo ed età moderna*, in *Guerra e diritto. Il problema della guerra nell’esperienza giuridica occidentale fra medioevo ed età contemporanea*, a cura di A.A. Cassi, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009, pp. 25-37.

(23) « Belli prima maximeque necessaria partitio haec est, quod bellum aliud est privatum, aliud publicum, aliud mixtum. Publicum bellum est quod auctore eo geritur qui jurisdictionem habet; privatum, quod aliter; mixtum, quod una ex parte est publicum, ex altera privatum ». (DJB, I, iii, p. 54).

soggetto che la promuove e la conduce. Dove esiste un potere pubblico, esistono la legge e il giudizio: la legge è l'espressione della volontà del corpo politico e il giudizio è la sua applicazione ai singoli casi. Nessun cittadino quindi può pretendere di farsi giustizia da solo: « ne civis adversum civem jus suum nisi iudicio exsequatur » (24). È la *respublica*, e non i singoli cittadini, cui spetta il compito di realizzare la giustizia. Ed è in funzione della giustizia che essa è legittimata a fare uso della forza.

Una siffatta legittimazione è prospettata limpidamente da Grozio nel *De jure pradae*: « cum igitur bellum justum juris sit executio, id de quo justo bello certatur, jus sit necesse est » (25). È la lesione di un diritto la causa della guerra, che si presenta quindi come una sua realizzazione coattiva. Le armi sono gli strumenti di cui possiamo avvalerci per sopperire alla naturale debolezza dei corpi e una *armata exsecutio* è la guerra: « armata in armatum exsecutio bellum dicitur, justum quidem juris, injustum autem injuriae » (26).

Sono i diritti attribuiti ai soggetti dalla legge naturale a valere come cause di giustificazione della guerra, che di quei diritti è la « armata exsecutio ». Figura al primo posto la difesa della vita e dell'incolumità fisica; segue la tutela delle *res* che appartengono al soggetto e costituiscono una parte importante del *proprium* del soggetto; viene menzionata poi, come terza causa di guerra, la volontà di esigere un « debitum ex contractu » (una causa che Grozio ritiene indebitamente trascurata perché ricondotta alla precedente) (27) e viene infine indicata, come quarta causa, la reazione a qualsiasi torto od offesa ingiustamente sofferta (28).

Grozio dunque ha indicato le cause che rendono giusta (in quanto 'esecuzione di un diritto') la guerra. Atti violenti possono però essere esercitati dal potere pubblico come dai singoli individui (le guerre possono essere, come sappiamo, 'pubbliche' o 'private').

(24) DJP, II, p. 24.

(25) DJP, VII, p. 66.

(26) DJP, II, p. 30.

(27) DJP, VII, pp. 67-68.

(28) « Quarta est ob maleficium injuriamque omnem, quae iniquo animo tam facto quam verbis infertur » (DJP, VII, pp. 68).

In che modo la condizione dei soggetti belligeranti entra in rapporto con le cause giustificative della guerra? La tesi che Grozio sostiene è che sulla legittimità della guerra non è influente lo *status* dei soggetti, ma è determinante il profilo oggettivo delle ‘cause’: là dove sussista la violazione di uno *ius*, là dove sia stata perpetrata una *iniuria*, la reazione armata della parte lesa sarà comunque legittima. E vale, coerentemente, anche il reciproco: non è sufficiente che il belligerante sia una *respublica*, un corpo politico sovrano, perché la guerra sia giustificata, pur in assenza di un torto subito. Certo, le guerre pubbliche differiscono dalle guerre private per rilevanti aspetti formali, ma non per la sostanza: « ad defensionem tutelamque corporis sui privata vis justa est omnium animantium exemplo » (29).

L’attenzione rivolta da Grozio alle guerre ‘private’ nel *De jure praedae* è comprensibilmente sollecitata dall’occasione che ha dato luogo a questo scritto e dall’obiettivo perseguito dall’autore: che era stato incaricato dalla Compagnia olandese delle Indie orientali di giustificare la cattura di un vascello portoghese nel quadro del conflitto in corso nell’Asia sud-orientale (30). Sarebbe però fuorviante sopravvalutare le preoccupazioni ‘pragmatiche’ del testo a danno del suo spessore teorico, dal momento che i principî basilari del *De jure praedae* saranno in sostanza confermati dalla (matura e ‘disinteressata’) riflessione sviluppata, a distanza di quasi un ventennio, nel *De iure belli ac pacis* (31).

In ogni caso, Grozio intende sostenere la tesi della legittimità della guerra, quando motivata da una causa adeguata, quale che sia la condizione (privata o pubblica) dei belligeranti, ma non si nasconde una difficoltà che emerge da un principio che egli stesso ha sottoscritto: che cioè spettano al sovrano la valutazione della legittimità.

(29) *Ibidem*.

(30) Cfr. B. STRAUMANN, *The Right to Punish as a Just Cause of War in Hugo Grotius’ Natural Law*, in « Studies in the History of Ethics », 2 (2006), p. 4. È d’obbligo il riferimento a P. HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, PUF, 1983.

(31) Il *De jure praedae* è scritto fra il 1604 e il 1606, mentre il *De iure belli ac pacis* viene pubblicato nel 1625.

timità e la gestione della guerra ⁽³²⁾. Per risolvere questa difficoltà Grozio ipotizza situazioni nelle quali una guerra privata è, per così dire, imposta dalle cose stesse: può essere una momentanea e fattuale impossibilità di ricorrere al giudice a costringere a una difesa armata dei propri diritti ⁽³³⁾, ma la possibilità di rimettersi al giudizio del sovrano può anche far difetto, non occasionalmente ma permanentemente, come accade nelle terre disabitate, nell'oceano o dovunque non esistano una *respublica* e una *iurisdictio* ⁽³⁴⁾.

Esistono luoghi non 'raggiunti' dalla politica, ma non per questo sottratti alle regole del diritto e della giustizia. Sono luoghi nei quali si rinnova un'esperienza largamente diffusa nel remoto passato, « *antequam respublica et iudicia instituerentur* » ⁽³⁵⁾. Guardando dunque a spazi remoti e a tempi 'originari' entriamo in contatto con una realtà extra-politica nella quale ciascuno diviene « *exsecutor* » del suo diritto: manca il sovrano, ma non per questo vengono meno i principî che presiedono alla difesa dei propri diritti.

Più delicata, per ammissione dello stesso Grozio, è la situazione che si viene a creare in rapporto al quarto tipo di guerra giusta, dove è in gioco non la semplice difesa del *proprium*, ma un vero e proprio intervento punitivo: « *de eo difficilior est statuere, an illo casu privatus poenam delicti expetere possit* » ⁽³⁶⁾. La difficoltà, ancora una volta, è legata a quel monopolio della giustizia punitiva che siamo abituati ad attribuire al sovrano (tanto che i giudizi vengono detti per definizione pubblici) e la soluzione suggerita da Grozio è la relativizzazione dell'ordine politico-giuridico: che non coincide senza residui con la società umana, ma è una sua forma, importante ma 'localizzata' (nello spazio e nel tempo).

Grozio moltiplica le testimonianze a riprova. Tanto la Scrittura

⁽³²⁾ DJP, VIII, p. 85.

⁽³³⁾ Ivi, pp. 86-87.

⁽³⁴⁾ « *Si nemo in illo loco jurisdictionem habeat, quod in terris desertis et insulis et oceano et sicubi terrarum sine republica vivitur* » (ivi, p. 88).

⁽³⁵⁾ *Ibidem*.

⁽³⁶⁾ Ivi, pp. 88-89. Cfr. STRAUMANN, *The Right to Punish*, cit., pp. pp. 1-20. Cfr. anche G. VAN NIFTERIK, *Grotius and the Origin of the Ruler's Right to Punish*, in *Property, Piracy and Punishment: Hugo Grotius on War and Booty in De Iure Praedae*, H.W. Blom ed., Leiden, Brill, 2009, pp. 396-415.

quanto gli scrittori antichi e recenti ⁽³⁷⁾ ci dicono che in origine esistevano non ancora *respublicae* ma soltanto singoli esseri umani, famiglie e capifamiglia, ma non per questo veniva meno l'esigenza di punire i trasgressori delle leggi naturali: « ex his apparet puniendi causas esse naturales ». Né i diritti né il potere punitivo presuppongono l'esistenza dell'ordine politico. È vero che il sovrano ha il monopolio della giustizia. Il punto è però che l'ordine politico non è la forma necessaria e 'già data' della convivenza e il sovrano, che dell'ordine politico è il vertice, trasmette, sì, i suoi poteri ai magistrati, ma a sua volta esercita un potere che non è originario, ma è derivato dai soggetti: come il potere dei magistrati discende dalla *respublica*, così quest'ultima riposa sul consenso dei singoli ⁽³⁸⁾. Il potere punitivo appartiene ai soggetti: sono i soggetti che lo esercitano prima della formazione dell'ordine politico e sono i soggetti che fondano consensualmente (potremmo dire, contrattualmente) la *respublica* e affidano ad essa l'esercizio dei loro poteri originari.

Grozio attinge al *thesaurus* della cultura antica e della tradizione scolastica per ripensare il rapporto fra i soggetti e l'ordine politico in modo da dare ai primi un ruolo incisivo e 'originario' proprio a partire da quel potere punitivo tradizionalmente associato alla *iurisdictio* del sovrano. I passaggi della sua argomentazione sono nitidi: in primo luogo, gli esseri umani, nella loro condizione originaria, non conoscevano ancora forme di organizzazione politica; in secondo luogo, il potere sovrano dipende dal consenso dei soggetti; in terzo luogo, sono i soggetti come tali che (prima della formazione delle *respublicae*) detengono il potere punitivo. Se infatti ai soggetti deve essere ricondotto il potere del sovrano, dovrà valere la regola ulpiana secondo la quale « nemo plus iuris in alium transferre

⁽³⁷⁾ Particolarmente interessante è il riferimento ai *Commentaria* di François Connan, che si diffonde nella descrizione degli *iura naturalia* e comprende fra essi, oltre a un'azione difensiva, volta a « venientem iniuriam propulsare », anche un'azione 'punitiva', che si proponga « [iniuriam] etiam acceptam vel longo post intervallo vindicare. Est enim vindicatio poenae loco, ut ne impunitas invitet alios ad delinquendum » (F. CONNANI *Commentariorum iuris civilis Tomus Prior*, Parisiis, apud Iacobum Keruer, 1553, I, 6, pp. 20-21).

⁽³⁸⁾ « Imo vero ut a republica ad magistratum, ita ad rempublicam jus omne a singulis devenit, colloque consensu [...], potestas publica constituta est » (DJP, VIII, p. 91).

potest, quam ipse habet »⁽³⁹⁾ e sarà possibile concludere che il potere punitivo « antiquius penes privatos fuisse quam penes rempublicam »⁽⁴⁰⁾. Il potere punitivo, che ora è nelle mani dei sovrani, apparteneva ai singoli soggetti guidati dalla ragione naturale e continua a spettare ad essi « judiciis quovis modo sublatis, ratione loci aut temporis »⁽⁴¹⁾.

Assumere il potere punitivo come una prerogativa del soggetto, sancita dal diritto naturale, è una tesi che incide anche sulla rappresentazione della portata e dei limiti del potere sovrano, come emerge già nel *De jure praedae* ed è confermato e sviluppato in alcuni celebri passaggi del *De jure belli ac pacis*. Il potere punitivo del sovrano, se, per un verso, viene a perdere il suo carattere 'originario', per un altro verso acquisisce un rilevante raggio di azione, in quanto legittimato a colpire non soltanto i reati dei sudditi, ma anche le violazioni del diritto naturale imputabili a qualsivoglia soggetto⁽⁴²⁾.

Questa tesi non è scontata e costringe Grozio a un serrato confronto con la tradizione. Egli sembra scoprire subito le sue carte indicando alleati ed avversari: dichiarando di seguire l'opinione di Innocenzo IV nel ritenere legittima la guerra contro chiunque violi le leggi naturali senza richiedere, come pretende Vitoria, che a condurre la guerra sia un sovrano di cui siano stati lesi i diritti⁽⁴³⁾.

L'alleato principale sembra dunque essere Innocenzo IV, mentre la pattuglia delle opinioni dissenzienti appare guidata da Vitoria. In realtà, Grozio raccoglie stimoli (e al contempo si differenzia) tanto dagli 'alleati' quanto dagli 'avversari'. Per quanto riguarda i

⁽³⁹⁾ (D. 50.17.54).

⁽⁴⁰⁾ DJP, VIII, p. 91.

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 94.

⁽⁴²⁾ « Sciendum quoque est reges [...] ius habere poenas poscendi non tantum ob iniurias in se aut subditos suos commissas, sed et ob eas quae ipsos peculiariter non tangunt, sed in quibusvis personis ius naturae aut gentium immaniter violant » (DJB, II, xx, 40, p. 434).

⁽⁴³⁾ « Et eatenus sententiam sequimur Innocentii et aliorum qui bello aiunt peti posse eos qui in naturam delinquent: contra quam sentiunt Victoria, Vasquius, Azorius, Molina, alii, qui ad iustitiam belli requirere videntur, ut qui suscipit aut laesus sit in se aut republica sua, aut ut in eum qui bello impetitur iurisdictionem habeat. Ponunt enim illi puniendi potestatem esse effectum proprium iurisdictionis civilis, cum nos eam sentiamus venire etiam ex iure naturali » (DJB, II, xx, 40, pp. 435-36).

primi, Grozio utilizza un commento del papa giurista al c. *Quod super his* del III Libro delle Decretali, nel titolo *De voto et voti redemptione*. Il discorso di Innocenzo IV ruota intorno al fondamento di legittimità della *iurisdictio*: esercitata da Dio in origine e poi dagli esseri umani tutti, anche dagli infedeli, perché il potere politico, come la proprietà, « licite possunt esse apud infideles », dal momento che « pro omnia rationabili creatura facta sunt ». Non è dunque lecito ai cristiani e nemmeno al papa sottrarre agli infedeli i loro dominî. Intervengono però al contempo due considerazioni ulteriori (che proprio nell'arco di tempo compreso fra l'età gregoriana e Bonifacio VIII avrebbero ottenuto la massima rilevanza possibile): l'idea del papa come *vicarius Christi* e il concetto della *iurisdictio* universale del pontefice. Proprio perché Cristo esercita il suo potere sul mondo intero, il papa « potestatem habet non tantum super Christianos, sed etiam super omnes infideles ». Certo la sua *iurisdictio* è « de iure, licet non de facto ». È però in ragione di questo suo potere validamente, legittimamente universale che il papa può essere investito del compito non soltanto di reggere i fedeli, ma anche di punire l'infedele « si contra legem naturae facit ». Allo stesso modo gli infedeli, pur restando fermo che non devono essere costretti alla vera fede, sono comunque tenuti ad accogliere i predicatori cristiani e devono essere puniti se li respingono con la forza (44). Grozio accoglie dalla tradizione il riferimento a una punizione universalmente valida *de iure naturali*, ma mette in parentesi il fatto che quella punizione presupponeva il riferimento alla *iurisdictio*: presupponeva il riferimento a un ordinamento gerarchico culminante nel *vicarius Christi*.

Nei confronti di Vitoria, il dissenso di Grozio è esplicito e netto (45). In realtà, Vitoria, ragionando su possibili cause giustifi-

(44) INNOCENTII QUARTI *Commentaria super libros quinque Decretalium*, Francofurti, 1570 (*De voto et voti redemptione*, c. *Quod super his*), pp. 429-431. È analogo il ragionamento svolto dall'Ostiense: Henrici de Segusio, Cardinalis HOSTIENSIS *In Tertium Decretalium librum Commentaria*, Venetiis, apud Iuntas, 1581, *De voto et voti redemptione*, c. *Quod super his*, fol. 128-129; Henrici de Segusio, Cardinalis HOSTIENSIS *Summa aurea*, Venetiis, apud Iacobum Vitalem, 1574, L. V, *De Sarracenis*, c. *Qui sunt*, col. 1523.

(45) Cfr. le acute osservazioni di P. HAGGENMACHER, *Sur un passage obscur de Grotius. Essai de réponse à Cornelis van Vollenhoven*, in « Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis », LI (1983), pp. 295-315.

cative dell'occupazione spagnola, aveva parlato di una « naturalis ratio » che rende possibile quella « communicatio » fra popoli dalla quale discendono precisi diritti e doveri: lo « ius peregrinandi in illas provincias et illic degenti » (46), la libertà di scambio e commercio (47), l'appropriazione delle *res nullius*, la possibilità di trasferirsi e divenire cittadini nelle nuove province (48). Una violazione di questi diritti legittimava una reazione violenta. E peraltro, nella sua *Relectio de temperantia* (49), Vitoria aveva ammesso come giusta causa di guerra una grave violazione dei diritti naturali (quale il cannibalismo e i sacrifici umani) e anche Suárez è incline ad ammettere che un sovrano qualsiasi possa accollarsi la *defensio* delle vittime di crimini contro natura (50). È vero che Grozio conosceva il pensiero di Vitoria attraverso la *Relectio de Indis*. Anche in essa comunque, nell'ultima parte dell'opera, l'autore menziona alcune violazioni del diritto naturale (quali il cannibalismo e i sacrifici umani) accennando all'ipotesi che esse possano essere considerate un motivo sufficiente per un intervento da parte degli Stati (51).

Grozio avrebbe quindi potuto trovare anche qualche momento di convergenza con i suoi interlocutori nell'indicare la violazione delle leggi di natura come una possibile causa di legittimazione della guerra; e tanto meno il dissenso poteva riguardare il carattere punitivo, 'penale', attribuibile alla guerra. La guerra — scrive il Cajetanus — è « actus vindicativae iustitiae, quae proprie est virtus principis seu iudicis ». Grozio non avrebbe fin qui niente da obiettare. Il punto è però che, per il Cajetanus (come per Vitoria o per Molina), il « vindicare » non può essere « privatae personae

(46) F. DE VITORIA, *Relectio de indis*, testo critico di L. Pereña, ed. italiana a cura di A. Lamacchia, Bari, Levante Ed., 1996, I, 3, 1, p. 78.

(47) Ivi, I, 3, 2, p. 80.

(48) Ivi, I, 3, 4, pp. 82-83.

(49) F. DE VITORIA, *Relectio de temperantia*, in Id., *Obras. Relecciones teológicas*, a cura di T. Urdanoz, Madrid, La Editorial Católica, 1960, pp. 1004-1069.

(50) Cfr. A.A. CASSI, *Note a margine per un'edizione del De bello di Francisco Suárez*, in *Guerra e diritto*, a cura di Id., cit., pp. 39-57.

(51) Cfr. M. GEUNA, *Francisco de Vitoria e la questione della guerra giusta*, in *Dalla concordia dei greci al bellum iustum dei moderni*, a cura di G. DAVERIO ROCCHI, Milano, FrancoAngeli, 2013, pp. 166-67.

opus » (52). Grozio, al contrario, non intende rinunciare a fare del potere punitivo una delle prerogative del soggetto ‘come tale’ e a questo scopo ‘relativizza’ la *iurisdictio*, assume l’ordine politico non come una struttura originaria, ma come momento o fase di una vicenda più complessa (e, viceversa, proprio perché si avvia verso una rifondazione del diritto naturale è in grado di superare la corrispondenza biunivoca fra il potere punitivo e la sovranità). In sostanza, il principale punto di distacco di Grozio dalla tradizione medievale e scolastica verte proprio sul modo di concepire l’ordine politico, la sua genesi e le sue condizioni di legittimità e sulla pretesa di chiudere il potere punitivo nel cerchio di un ordinamento gerarchico culminante nel sovrano (53).

Nell’assumere la violazione della legge naturale come legittima causa di guerra Grozio poteva comunque trovare un alleato più affidabile di Innocenzo IV in Alberico Gentili. Nel *De iure belli* Gentili non solo conferma la consolidata convinzione che « il diritto della guerra » e « le dispute del foro » (54) sono esperienze analoghe

(52) Thomae DE VIO (CAIETANI), *Summula*, Lugduni, Apud Haeredes Iacobi Iunctae, 1567, v. *Bellum*, p. 32. Cfr., sul nesso fra tradizione e innovazione nella Seconda Scolastica, le puntuali osservazioni di M. MECCARELLI, *La nuova dimensioni geopolitica e gli strumenti giuridici della tradizione: approccio al tema del ius belli e del ius communicationis nella Seconda Scolastica*, in *Ius gentium, ius communicationis, ius belli. Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, a cura di L. Lacchè, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 51-72; M. MECCARELLI, *Ein Rechtsformat für die Moderne: Ansätze in der spanischen Spätscholastik zu den Begriffen Lex und Iurisdictio*, in *Konfessionalität und Jurisprudenz in der frühen Neuzeit*, C. Strohm, H. De Wall (eds.), Berlin, Duncker & Humblot, 2009, pp. 285-311. Il nesso obbligato fra potere politico ed esercizio del potere punitivo è ribadito anche dalla trattatistica giuridica, sulla base del rapporto che intercorre fra lo *ius gentium*, lo *ius naturale* e la *iurisdictio* del principe: « L’*obedientia* alla pena è un dovere *iure gentium* perché le leggi che la impongono esprimono la volontà di Dio tradotta dal Principe, ma anche perché sono emanazione della *iurisdictio* che proprio da quel diritto è scaturita per regolare la *societas humana* » (M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la “Parte generale” di diritto penale*, Milano, Giuffrè, p. 282).

(53) Cfr. SILVESTRINI, *Diritti naturali e diritto di uccidere*, cit., p. 437. Cfr. anche A. BRETT, *Natural Right and Civil Community: the Civil Philosophy of Hugo Grotius*, in « *The Historical Journal* », 45 (2002), 1, pp. 31-51.

(54) Cfr. ad es. A. GENTILIS *De iure belli libri tres*, ed. Th. E. Holland, Oxford, Clarendon Press, 1877, cap. V, p. 26, cap. VI, p. 31 (trad. it., A. GENTILI, *Il diritto di guerra*, a cura di D. Quagliani, Milano, Giuffrè, 2008, p. 41, p. 47).

perché connesse all'esercizio del potere punitivo ⁽⁵⁵⁾, ma sostiene con vigore anche una tesi che Grozio non poteva non apprezzare; la tesi che il potere punitivo è legittimato a intervenire non appena si manifestino patenti violazioni delle leggi naturali: « se qualcuno pecca spudoratamente contro le leggi della natura e degli uomini, io ritengo che chiunque abbia il diritto di reprimerlo con la guerra » ⁽⁵⁶⁾. Non manca nemmeno l'affermazione che anche singoli individui, prima che esista il potere pubblico (o laddove esso venga meno), possono legittimamente « punire nocentes, ius suum ulcisci » ⁽⁵⁷⁾, anche se questo riferimento a una condizione umana 'prepolitica' non gode nell'opera gentiliana della portata 'strategica' e della forte tematizzazione che assumerà negli scritti groziani.

Resta comunque ferma per entrambi la convinzione che la violazione dei diritti naturali reclama e legittimi un intervento punitivo. Crimini contro natura come l'empietà, il cannibalismo e l'esercizio della pirateria sono perseguibili con una guerra che è giusta in ragione del delitto che intende colpire ⁽⁵⁸⁾: Grozio, come Gentili, vede nella violazione delle leggi naturali la ragione necessaria e sufficiente dell'intervento punitivo e entrambi individuano nella figura del pirata l'emblema del nemico non già dell'uno o dell'altro sovrano, ma del genere umano. « Piratae omnium mortalium hostes

⁽⁵⁵⁾ Cfr. B. KINGSBURY, A. BLANE, *La guerra come punizione nel pensiero di Vitoria, Gentili e Grozio*, in Alberico Gentili (*San Ginesio 1552 — Londra 1608*). *Atti dei convegni nel quarto centenario della morte*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 589-624; D. PANIZZA, *Alberico Gentili e la Scuola di Salamanca. Un contrasto di paradigmi*, in *Silete theologi in munere alieno. Alberico Gentili e la Seconda Scolastica*, a cura di M. Ferronato, L. Bianchin, Padova, Cedam, 2011, pp. 163-84.

⁽⁵⁶⁾ GENTILI, *Il diritto di guerra*, cit., cap. XXV, p. 175. « si qui peccant evidenter contra leges naturae et hominum, hos coerceri bello posse a quolibet, ego puto » (A. GENTILIS *De iure belli libri tres*, cit., cap. XXV, p. 116). « Et itaque illorum sententiam probo magis, qui iustam dicunt causam Hispanorum: dum faciunt Indis bellum, qui concubitus nefandos et cum bestiis exercebant: et qui carnes humanas, hominibus in id mactatis, comedebant. Sunt enim haec peccata contra naturam humani generis » (*ibidem*).

⁽⁵⁷⁾ Ivi, cap. XVIII, p. 81 (trad. it. cit., p. 122).

⁽⁵⁸⁾ « Sic non dubitamus quin iusta sint bella in eos qui in parentes impii sunt, hospites occidunt, qui humanam carnem epulantur, qui piraticam exercent » (DJB, II, xx, 40, p. 435).

sunt communes » e proprio perché essi « omnia iura violant » ⁽⁵⁹⁾ non possono essere riconosciuti come soggetti di diritti. Gentili estende ai 'senza Dio' il trattamento riservato ai pirati: « costoro, infatti, quasi come dei pirati, nemici comuni di tutti, riterrei che debbano essere perseguitati con la Guerra e costretti ai costumi degli uomini. Mi sembra infatti che siano di offesa a tutti gli uomini costoro che, sotto aspetto di uomini, conducono una vita degna dei più bruti fra i bruti » ⁽⁶⁰⁾.

La « defensio », l'intervento punitivo nei confronti di esseri solo apparentemente umani, ma in realtà nemici del genere umano, merita l'appellativo di « honesta » perché priva di motivazioni 'utilitarie' e condotta soltanto « in gratiam aliorum », sulla base dei vincoli di parentela e di benevolenza che la natura stessa ha stabilito fra gli esseri umani tutti ⁽⁶¹⁾ (o almeno fra quelli fra loro che hanno preservato anche una 'sostanza' e non solo un 'sembiante' umani). Grozio sottoscrive questa tesi citando Seneca ⁽⁶²⁾ e già Gentili aveva ricordato che gli Stoici « voluere, civitatem totius mundi unam esse » ⁽⁶³⁾. È il riferimento ai diritti naturali e alle loro violazioni che permette a entrambi di fissare un criterio, al contempo, di differenziazione fra i soggetti e di fondamento della potestà punitiva.

La ragione naturale esige che il trasgressore sia punito, ma non indica perentoriamente da chi né richiede in termini assoluti che questi sia un 'superior': non è la condizione di 'suddito' che rende un soggetto passibile di punizione. La *superioritas* di chi punisce nei confronti del punito ha semmai un'altra natura: è la *superioritas* che

⁽⁵⁹⁾ A. GENTILIS *De iure belli libri tres*, cit., cap. IV, p. 22 (trad. it. cit., p. 35).

⁽⁶⁰⁾ GENTILI, *Il diritto di guerra*, cit., cap. IX, p. 59. « Hos enim quasi piratas, communes hostes omnium, bello persequendos, et cogendos in mores hominum arbitrare. Hi enim vere videntur iniurii omnibus hominibus, qui in specie hominum agunt vitam brutorum brutissimorum » (A. GENTILIS *De iure belli libri tres*, cit., cap. IX, p. 39). Cfr. F. RUSCHI, *Ius praedae. Oscar Cruz Barney e la 'guerra di corsa' come paradigma della modernità*, in « Quaderni fiorentini », XXXII (2003), pp. 584-599; D. HELLER-ROAZEN, *The enemy of all: piracy and the law of nations*, New York, Zone Books, 2009.

⁽⁶¹⁾ A. GENTILIS *De iure belli libri tres*, cit., cap. XV, p. 63 (trad. it. cit., p. 97).

⁽⁶²⁾ DJB, II, xxv, 6, p. 496.

⁽⁶³⁾ A. GENTILIS *De iure belli libri tres*, cit., cap. XV, p. 63 (trad. it. cit., p. 97).

Sul motivo stoico dell'unità del genere umano cfr. L. SCUCCIMARRA, *Societas hominum. Cosmopolitismo stoico e diritto delle genti*, in *Ius gentium, ius communicationis, ius belli*, a cura di L. Lacchè, cit., pp. 29-49.

possiede l'innocente nei riguardi del colpevole, dal momento che questi, con la sua cattiva azione, si è reso inferiore a ogni altro scendendo al livello degli animali: « eo ipso se quovis alio inferiorem censeatur fecisse et quasi ex hominum censum detrusisse in censum bestiarum quae homini subjacent » (64).

Prima nel *De Iure praedae* e poi nel *De iure belli ac pacis* Grozio utilizza un *topos* antico, di decisiva importanza per la rappresentazione del potere punitivo e per la legittimazione della violenza; un *topos* che egli illustra impiegando simultaneamente tradizioni testuali diverse, ma convergenti nel mettere a fuoco la disumanità del reo: da un lato Democrito (di cui viene citato un passo riprodotto nel *Florilegium* di Stobaeus) e Seneca (nel *De Ira* (65)), che introducono l'analogia fra il criminale e un animale nocivo, e, dall'altro lato, la scolastica medievale e Tommaso d'Aquino.

In una celebre *quaestio* (66) Tommaso si chiede, prima, se sia lecito sopprimere un qualsiasi essere vivente (e risolve il dubbio affermando che « in rerum autem ordine imperfectiora sunt propter perfectiora », che esiste una gerarchia degli esseri al culmine della quale si pone l'uomo, che quindi può fare uso degli esseri viventi a lui inferiori (67)) e, poi, se sia lecito uccidere « homines peccatores ». La risposta affermativa a questa domanda si impernia su due argomenti. In primo luogo, data la distribuzione gerarchica degli esseri e la supremazia del tutto sulla parte, sussiste il dovere di sacrificare la parte (il criminale), se esercita un'azione disgregante e corruttiva nei

(64) DJB, II, xx, 3, p. 398.

(65) « Et cum cervicem noxio imperabo praecidi et cum parricidas insuam culleo et cum mittam in supplicium militare et cum Tarpeio proditorem hostemve publicum imponam, sine ira eo vultu animoque ero, quo serpentes et animalia venenata percuto » (SENECA, *De ira*, I, 16, in L. Annaeus Seneca, *Moral Essays*, ed. J.W. Basore, London and New York, Heinemann, 1928). L'analogia fra criminale e animale nocivo è in questo caso giocata a riprova della necessità di conservare in entrambi i casi un controllo razionale sulle emozioni che impedisca qualsiasi associazione della pena con la vendetta.

(66) TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, Roma, Editiones Paulinae, 1962, II, II q. 64.

(67) Ivi, art. 1.

confronti della totalità ⁽⁶⁸⁾. In secondo luogo, il divieto, apparentemente assoluto, di uccidere un essere umano deve essere ‘relativizzato’ alla luce della considerazione che il peccatore viola i dettami della ragione e perde la sua dignità di essere umano: « homo peccando ab ordine rationis recedit, et ideo decedit a dignitate humana [...] et incidit quodammodo in servitutem bestiarum » ⁽⁶⁹⁾.

Grozio offre una limpida parafrasi del secondo argomento (mentre in questa sede non utilizza la metafora organicistica, che pure costituiva il passaggio forse principale dell’argomentazione di Tommaso): i criminali « deploratae malitiae » cessano di essere propriamente uomini, vengono ricacciati « ad inferiorem ordinem » e divengono « quodammodo ex personis res », come avviene nel caso della riduzione in schiavitù ⁽⁷⁰⁾. L’essere umano non è al riparo dalla violenza legittima, perché è esposto al rischio di una ‘caduta’, di cui egli stesso è responsabile, che lo espelle dal cerchio della piena ‘umanità’ e lo degrada al rango di ‘cosa’ potenzialmente eliminabile.

Grozio distacca il potere punitivo dalla *iurisdictio* e ne sostiene la piena vigenza anche quando non esiste ancora (o quando viene a mancare) l’ordine politico. La priorità ‘cronologica’ del potere punitivo attribuito ai soggetti dalle leggi naturali assume però anche il carattere di una priorità ‘logica’ e svolge già quella funzione ‘fondatrice’ di cui godrà lo ‘stato di natura’ in tutte le più mature e conclamate dottrine del diritto naturale (a partire da Hobbes).

Certo, nel momento in cui la *respublica* esiste, è il sovrano a detenere il monopolio dell’azione punitiva. Non per questo tuttavia perde di importanza il nesso originario fra il diritto naturale e il potere di punire. È dal diritto di natura che per Grozio il sovrano trae il potere di punire gli stranieri, per i quali non potrebbe aver forza la legge positiva, dal momento che solo i cittadini hanno

⁽⁶⁸⁾ « Si saluti totius corporis humani expediat praecisio alicuius membri, puta cum est putridum et corruptivum aliorum, laudabiliter et salubriter abscinditur. Quae libet autem persona singularis comparatur ad totam communitatem sicut pars ad totum. Et ideo si aliquis homo sit periculosus communitati et corruptivus ipsius propter aliquod peccatum, laudabiliter et salubriter occiditur, ut bonum commune conservetur, modicum enim fermentum totam massam corrumpit, ut dicitur I ad Cor. V » (ivi, art. 2).

⁽⁶⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁰⁾ DJP, VIII, p. 90.

prestato ad essa il loro consenso (71). E, ancora, è il diritto di natura che fa della guerra ai nemici del genere umano (i pirati, i cannibali e simili barbari) un dovere di tutti gli Stati (72). Il sovrano continua ad agire nella scia di un potere punitivo che lo precede e incide sulle sue scelte.

Il sovrano punisce dunque esercitando un potere che era già dei soggetti e che da loro gli è stato trasmesso. Non alla *iurisdictio*, non al potere radicato in una *communitas perfecta* rinvia il potere punitivo, ma ai soggetti come tali. È comprensibile allora che, dei due argomenti utilizzati da Tommaso, Grozio glissi sulla metafora organicistica. È istruttivo a questo proposito un confronto con la posizione di Jacques Almain, messa a fuoco da un acuto saggio di James Henderson Burns (73). Nel *Libellus de auctoritate ecclesie*, del 1512, Jacques Almain intende attribuire al solo governante come 'persona pubblica' il potere punitivo, ma rivolge a se stesso un'obiezione: dal momento che il sovrano trae la sua *auctoritas* « a personis privatis », allora anche il suo potere punitivo apparteneva in origine ai singoli. La risposta è netta: il potere di vita e di morte deriva al sovrano non dai singoli soggetti, ma dalla comunità come tale (74). Ed è proprio alla *Quaestio* 64 di Tommaso, alla sua metafora organicistica, al principio della superiorità del tutto sulle parti, che nella *Questio in vesperis* Almain fa riferimento per vedere nel potere punitivo l'espressione di una *potestas naturalis* radicata in una comunità strutturata (75).

Per Grozio invece né è il sovrano l'esclusivo titolare del potere punitivo né è una comunità strutturata la fonte del suo potere: sono i soggetti i titolari, in origine e in ultima istanza, del potere di esercitare una violenza legittima nei confronti di individui 'degradati' dal cattivo uso delle loro facoltà razionali.

Diminuito nelle sue capacità di individuo 'razionale', il delinquente può essere punito solo da chi è capace di controllare le sue

(71) DJP, VIII, pp. 91-92.

(72) DJB, II, xx, 40, p. 435.

(73) J.H. BURNS, *Jus Gladii and Jurisdiction: Jacques Almain and John Locke*, in « The Historical Journal », 26 (1983), 2, pp. 369-374.

(74) Ivi, p. 373.

(75) Ivi, pp. 373-73.

passioni ed è quindi in grado di tener nettamente distinta la ‘vendetta’ dalla ‘punizione’. Che infliggere la pena sia giustificato dalla consolazione provata dall’offeso, come pure affermano antichi autori, è vero soltanto se si guarda alla natura « *quam homo cum bestiis habet communem* », se si privilegia la componente passionale anziché la ragione « *cuius est imperare affectibus* ». Il bene ricavato dalla sofferenza del nemico è « *falsum et imaginarium* » (76): non è Aristotele, ma è Seneca che Grozio segue nel presentare la vendetta come incompatibile con quella *ratio* che deve presiedere all’erogazione della punizione (sia essa impartita dal sovrano o dal singolo) (77).

La pena non è, di per sé, un bene, ma è un male: è « *malum passionis quod infligitur ob malum actionis* » e presuppone un crimine cui essa si riferisce (78). La provocazione di una sofferenza al colpevole non è lo scopo e la legittimazione della pena: al contrario, data la naturale comunanza esistente fra gli esseri umani, l’inflizione della sofferenza è giustificata soltanto se è funzionale a un bene più grande (79). Il fine della pena si traduce quindi in Grozio in tre obiettivi complementari: l’utilità del reo, della vittima e di tutti i soggetti (80). Il bene del reo coincide con il suo pentimento e la correzione della sua inclinazione al male (81); il bene della vittima (così come i vantaggi per l’intera collettività) derivano dalla neutralizzazione dell’aggressore, realizzabile eliminandolo fisicamente, oppure mettendolo nella condizione di non nuocere, oppure inducendolo, con la *emendatio*, a mutare i suoi costumi (82).

Grozio utilizza (*more solito*) le testimonianze provenienti da molteplici tradizioni e utilizza schemi di legittimazione della pena (‘forward-looking’ e ‘backward-looking’, ‘quia peccatum’ e ‘ne pec-

(76) DJB, II, xx, 5, p. 401.

(77) Cfr. G. COURTOIS, *Hugo Grotius. La bonne et la mauvaise vengeance*, in *La vengeance. Études d’ethnologie, d’histoire et de philosophie*, Id. (éd.), vol. 4, *La vengeance dans la pensée occidentale*, Paris, Éditions Cujas, 1984, pp. 137-51.

(78) DJB, II, xx, 1, pp. 395-96.

(79) DJB, II, xx, 4, pp. 399-400.

(80) « *Dicemus ergo in poenis respici aut utilitarem eius qui peccavit, aut eius cuius intererat non peccatum esse, aut indistincte quorumlibet* » (DJB, II, xx, 6, p. 402).

(81) DJB, II, xx, 6, p. 403.

(82) DJB, II, xx, 8, p. 404; 9, p. 407.

cetur') che una nostra lettura 'attualizzante' sarebbe incline a concepire come incompatibili. Nell'ottica groziana, determinante semmai è la preoccupazione che l'intervento punitivo (nei confronti del reo come del nemico), da un lato, sia finalizzato al conseguimento di una « utilitas » superiore al « malum » inflitto e, dall'altro lato, si muova nel perimetro compreso fra la perpetrazione di una « iniuria » e la restaurazione della giustizia ⁽⁸³⁾.

In questo quadro, anche la pena capitale può agevolmente trovare una sua collocazione. Come per la morte del nemico in guerra, così per l'esecuzione del criminale non valgono, per i motivi che già conosciamo, gli argomenti che ne contestano la legittimità sulla base di una lettura rigoristica ('proto-cristiana') della Scrittura: non può quindi essere esclusa la pena di morte, quando la tutela degli innocenti non possa essere assicurata « nisi quorundam morte reprimatur aliorum audacia » ⁽⁸⁴⁾. Ciò non impedisce però a Grozio di raccomandare ai 'governanti cristiani' i meriti della mitezza, ricordare che la morte non è mai un bene, se non quando il criminale appaia refrattario a qualsiasi pentimento e mutamento di vita ⁽⁸⁵⁾ e affermare che, quando gravi motivi non lo impediscano, « ad minuendam potius poenam promptos nos esse debere » ⁽⁸⁶⁾. E proprio per questo non è « abs re », non è fuor di luogo, per Grozio, il *repêchage*, nell'immenso repertorio offerto dalla cultura antica e medievale, di Sabacon, re dell'Egitto, che, nel racconto di Diodoro Siculo ⁽⁸⁷⁾, « pietatis nomine » aveva commutato « capitales poenas

⁽⁸³⁾ Cfr. COURTOIS, *Hugo Grotius*, cit.

⁽⁸⁴⁾ DJB, II, xx, 12, p. 416.

⁽⁸⁵⁾ DJB, II, xx, 7, pp. 403-404.

⁽⁸⁶⁾ DJB, II, xx, 36, p. 431.

⁽⁸⁷⁾ « A proof of his goodness may be found in his abolition of the severest one of the customary penalties (I refer to the taking of life); for instead of executing the condemned he put them in chains at forced labour for the cities, and by their services constructed many dykes and dug out not a few well-placed canals; for he held that in this way he had reduced for those who were being chastised the severity of their punishment, while for the cities he had procured, in exchange for useless penalties, something of great utility » (DIODORUS SICULUS, *The Library of History*, ed. Charles Henry Oldfather, London-Cambridge (Mass.), Heinemann - Harvard University Press, I, c. 65, 5-6, pp. 225-26).

in damnationem ad opus »⁽⁸⁸⁾; che è appunto il brano che Verri ricordava come una possibile ‘anticipazione’ o ‘suggestione’ della famigerata proposta beccariana.

Non è comunque l’invito alla mitezza delle pene il principale lascito di Grozio ai suoi futuri lettori ‘contrattualisti’. Il suo messaggio principale, e il suo decisivo punto di distacco dalla tradizione, consiste nell’attribuzione del diritto di punire ai soggetti ‘come tali’. Una volta formatosi l’ordine politico, il diritto di punire (e il potere di decidere e di condurre la guerra) appartengono al sovrano, ma il rapporto fra *ius vitae ac necis* e sovranità non è originario, bensì è derivato. A consegnare il potere nelle mani del sovrano non è una comunità organica e strutturata (la comunità di Tommaso d’Aquino e ancora di Jacques Almain), ma sono i soggetti come tali, che esercitano il potere punitivo già nella loro condizione originaria, prepolitica.

Che i soggetti possano esercitare un potere punitivo in assenza di un *superior* dipende strettamente dalla disegualianza che il comportamento criminale provoca fra gli esseri umani: una disegualianza, per così dire ontologica, che Grozio delinea utilizzando un’antica tradizione, esemplarmente concentrata nelle pagine di Tommaso; una disegualianza provocata dal comportamento dei trasgressori che, violando, al contempo, la legge naturale e i dettami della ragione, compromettono la loro ‘umanità’, il loro valore o ‘dignità’ di esseri umani.

In quanto responsabili di aver violato i diritti e la legge di natura, i ‘criminali’ non sono essenzialmente diversi dai ‘nemici’ e non può essere esclusa né per gli uni né per gli altri, quando indispensabile, l’eliminazione fisica. È però la ragione, non la furia sregolata di un ‘potente’, ad essere ancora una volta chiamata in causa. Come sono la ‘degradazione’ del criminale e l’‘irrazionalità’ del suo comportamento a rendere legittima la pena, così sono la superiorità etica degli innocenti e la loro fedeltà alla ragione a conferire loro il potere di punire. Proprio per questo il giudizio, chiunque sia il giudice (il soggetto in stato di natura o il principe),

⁽⁸⁸⁾ GROTIUS, *De iure belli ac pacis Libri Tres*, Amsterdami, Apud Guilielmum Blaeuw, 1631, II, xx, 12, p. 302. Il brano manca nella prima edizione dell’opera, del 1625.

deve essere freddo ed imparziale, alieno da qualsiasi passione vendicativa, e l'inflizione della sofferenza, ancorché necessaria, deve essere commisurata al conseguimento di un bene superiore.

3. *Thomas Hobbes: « no man can be bound to will being kill'd ».*

Grozio accumula una massa imponente di testimonianze e argomentazioni destinate a una durevole fortuna. Certo, fra Grozio e Beccaria si frappongono decisive differenze culturali, che possono indurci a mettere in secondo piano la loro appartenenza a una tradizione in qualche misura omogenea (il 'contrattualismo' settecentesco) e a sottolineare piuttosto che, di quella parabola, il *De iure belli ac pacis* e il *Dei delitti* si pongono, rispettivamente, agli esordi e alla conclusione. Se è vero dunque che Grozio offre ai suoi lettori di fine Settecento un'affascinante mappa di luoghi ancora degni di essere visitati, sono probabilmente altri gli autori da cui Beccaria può trarre maggiori suggestioni per le sue proposte riformatrici.

Fra questi, Hobbes occupa un posto di tutto rispetto. Da Hobbes, nonostante la sua pessima fama di autore 'vitando', Beccaria trae (pur con tutte le cautele e le reticenze inevitabili) non pochi stimoli: innanzitutto (ma non soltanto) sul terreno dell'antropologia filosofica. Sia pure attraverso la mediazione di Helvétius, Beccaria, come Hobbes, vede gli esseri umani come individui dominati dal bisogno e inclini al conflitto ⁽⁸⁹⁾.

Certo, anche Grozio aveva accolto da un'antica e sempre confermata tradizione la tesi che l'essere umano agisce per conservare se stesso. La riflessione hobbesiana introduce però aspetti di rilevante discontinuità nei confronti non soltanto della tradizione scolastica, ma anche della dottrina groziana: da un lato, mettendo a punto la doppia sequenza 'stato di natura-contratto sociale', appena adombrata da Grozio e destinata a imprimersi sulla filosofia politico-giuridica fra Sei e Settecento; dall'altro lato, ripensando originalmente le caratteristiche del soggetto e il suo rapporto con l'ordine.

Basti solo menzionare (pur senza poterli analizzare) alcuni

(89) Cfr. AUDEGEAN, *La philosophie de Beccaria*, cit., p. 45 e ss.

passaggi nodali: il bisogno come principio esplicativo dell'azione umana; il diritto naturale del soggetto come 'potere'; la funzione meramente strumentale della ragione, che opera a sostegno della soddisfazione del bisogno e non già lo controlla in nome di fini superiori (il 'bene comune', la 'virtù'); l'inesistenza di elementi 'oggettivi' capaci di trattenere e vincolare la spinta satisfattiva del soggetto e il carattere 'illimitato', 'insaziabile' che assume il diritto naturale nel momento in cui viene presentato come *ius in omnia*; la conseguente conflittualità intersoggettiva e il carattere 'strutturale', non occasionale che essa assume; l'impossibilità di un ordine spontaneo (ne sono capaci solo gli 'animali sociali' — le api, le formiche — ma non l'essere umano) e quindi il fondamento contrattuale dell'ordine, il carattere 'inventato' e 'artificiale' della sovranità; infine, l'assolutezza del potere sovrano e, al contempo, il suo carattere 'funzionale', la sua destinazione a vantaggio dei soggetti.

È in questa cornice che occorre collocare la rappresentazione hobbesiana del potere punitivo: la sua distanza dall'impostazione groziana è nettissima e conseguente alla diversa visione del soggetto e dei suoi diritti. Grozio si era allontanato dalla scolastica (prima e seconda), per un verso, richiamando l'attenzione sulla condizione umana in una fase antecedente alla formazione della *respublica* e, per un altro verso, svincolando il potere punitivo dalla *iurisdictio* per attribuirlo ai soggetti umani come tali (ai soggetti nello « state of nature »⁽⁹⁰⁾, nella « naturall condition of Mankind »⁽⁹¹⁾). Hobbes, se riprende ed esplicita la distinzione, già groziana, fra il 'prima' di una prepolitica condizione umana e il 'dopo' della *societas civilis*, si contrappone a Grozio nella descrizione dell'essere umano e dei suoi diritti originari.

Se il diritto è un diritto-potere, un illimitato *ius in omnia*, se la condizione umana è una guerra « of every man against every man »⁽⁹²⁾, saltano le nozioni di 'giusto' e 'ingiusto', di atto dovuto

⁽⁹⁰⁾ Th. HOBBS, *De Cive. The English Version entitled in the first edition Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society*, ed. H. Warrender, Oxford, Clarendon Press, I, 4, p. 46 (da ora in poi indicato come *De Cive*).

⁽⁹¹⁾ Th. HOBBS, *Leviathan*, ed. N. Malcolm, vol. 2, *The English and Latin Texts (i)*, Oxford, Clarendon Press, 2012, 13, p. 188 (da ora in poi indicato come *Lev*).

⁽⁹²⁾ *Lev*, 13, p. 192.

e di atto indebito, di 'mio' e di 'tuo': « la nozione del dritto e del torto, della giustizia e dell'ingiustizia non v'ha luogo. Dove non esiste legge non esiste ingiustizia » (93). Vengono quindi meno le condizioni che permettevano a Grozio la fondazione di un 'naturale', pre-politico diritto di punire. Il suo presupposto era un'antropologia (antica e insistentemente riproposta) caratterizzata dal primato della ragione, capace di controllare le passioni indirizzando l'individuo alla virtù. Diveniva in questo modo possibile distinguere fra chi segue e chi disattende i dettami della ragione, fra il 'superiore' e l' 'inferiore' (che « decidit a dignitate humana [...] et incidit quodammodo in servitutum bestiarum » (94), come scriveva Tommaso) e attribuire al all' 'innocente' il diritto di punire il 'criminale'. Se invece i soggetti sono liberi di impiegare tutti i mezzi funzionali alla loro conservazione (95), cade la possibilità del giudizio e della condanna.

A dominare la scena è la spinta alla conservazione di sé, che appare il tratto decisivo della condizione 'naturale' dell'essere umano e si conferma come un'irrinunciabile prerogativa del soggetto anche all'interno dell'ordine politico. L'impulso autoconservativo non pone alcun vincolo all'azione dell'individuo, se non quello di agire nel modo più funzionale al conseguimento della soddisfazione. Un individuo può quindi rinunciare a un suo diritto-potere, trasferendolo ad altri, in vista di un qualche vantaggio (solo a questa condizione è concepibile, per Hobbes, l'atto di rinuncia), ma non è ipotizzabile che lasci cadere il diritto-potere di difendere se stesso: « [...] un uomo non può rinunciare al dritto di resistere a quelli, che l'assaltano con la forza, per togliergli la vita, perché non

(93) Th. HOBBS, *Leviatano*, trad. it. di M. Vinciguerra, Roma-Bari, Laterza, 1974, 13, p. 111 (da ora in poi indicato come *Lev*, trad. it.). « The notions of Right and Wrong, Justice and Injustice have there no place. Where there is no common Power, there is no Law: where no Law, no Injustice » (*Lev*, 13, p. 196).

(94) TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, cit., II-IIae, qu. 64, art. 2.

(95) « The right of nature, which Writers commonly call *Jus Naturale*, is the Liberty each man hath, to use his own power, as he will himselfe, for the preservation of his own Nature; that is to say, of his own Life; and consequently, of doing any thing, which in his own Judgement, and Reason, hee shall conceive to be the aptest means thereunto » (*Lev*, 14, p. 198).

può intendersi che egli miri con esso a qualche bene »⁽⁹⁶⁾, tanto che parole o segni che sembrino indicare l'intenzione di una tale rinuncia dovranno essere imputati a un fraintendimento o a un errore da parte del contraente⁽⁹⁷⁾.

La conservazione di sé è l'alfa e l'omega della costruzione filosofico-politica hobbesiana. È all'originaria esigenza auto-conservativa che rispondono l'invenzione del sovrano e la strutturazione dell'ordine politico. Solo l'ordine può salvare il singolo; l'ordine però è possibile a patto che la pericolosità degli altri sia neutralizzata dalla forza terrificata del sovrano: di quel « great LEVIATHAN, or rather (to speake more reverently) of that *Mortall God* »⁽⁹⁸⁾, il cui compito nei confronti dei soggetti è « to keep them in awe »⁽⁹⁹⁾, di tenerli in quello stato di timorosa soggezione che è, per Hobbes, la radice delle credenze religiose come dell'obbedienza politica⁽¹⁰⁰⁾.

Di una sovranità forte e terrificata il potere di punire è uno strumento importantissimo, indispensabile per ottenere dai sudditi l'obbedienza e, con essa, la fine del conflitto e il raggiungimento della sicurezza⁽¹⁰¹⁾. La pena è una sofferenza, un male imposto in vista di un bene superiore (l'obbedienza e la sicurezza) dall'unico soggetto autorizzato a infliggerla: il sovrano. Il diritto di punire (che, come espressione di una sovranità per definizione sottratta a qualsiasi limite precostituito, può tradursi anche nell'inflizione di pene capitali) è uno strumento essenziale per garantire l'ordine funzionale

⁽⁹⁶⁾ *Lev*, trad. it., 14, p. 116. « [...] a man cannot lay down the right of resisting them, that assault him by force, to take away his life; because he cannot be understood to ayme thereby, at any Good to himselfe » (*Lev*, 14, p. 202).

⁽⁹⁷⁾ *Lev*, 14, p. 202.

⁽⁹⁸⁾ *Lev*, 17, p. 260.

⁽⁹⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. C. GINZBURG, *Paura, reverenza, terrore: rileggere Hobbes oggi*, Parma, Monte Università Parma, 2008.

⁽¹⁰¹⁾ « A PUNISHMENT, is an Evill inflicted by publique Authority, on him that hath done, or omitted that which is Judged by the same Authority to be a Transgression of the Law; to the end that the will of men may thereby the better be disposed to obedience » (*Lev*, 28, p. 482).

all'auto-conservazione ⁽¹⁰²⁾ e quest'ultima, a sua volta, resta l'esigenza primaria del soggetto, tanto che un atto di rinuncia di questi a resistere all'aggressione di chicchessia appare contraddittorio e invalido.

È su questo sfondo che si delineano, nel discorso hobbesiano, tensioni (o addirittura aporie) la cui decifrazione ha impegnato a fondo quegli interpreti (relativamente pochi, nel *mare magnum* della storiografia hobbesiana) che si sono cimentati con il problema del diritto di punire ⁽¹⁰³⁾. Le difficoltà emergono su due piani, distinti ma connessi: sul piano della fondazione del potere punitivo e sul piano della sua estensione e dei suoi limiti.

Per quanto riguarda il primo punto, potremmo attenderci da Hobbes una semplice inclusione del potere punitivo nella rosa dei poteri trasmessi dai soggetti al sovrano nel momento della sua istituzione. I soggetti creano il sovrano, sono gli « autori » che affidano il compito di reggere la scena al sovrano « attore » ⁽¹⁰⁴⁾ che agisce 'rappresentandoli': fra i contenuti della 'autorizzazione' potremmo immaginarci di ritrovare il potere punitivo, ma non è così. Hobbes lo esclude tassativamente rispondendo a una precisa domanda: quale sia la porta d'ingresso del « Right, or Authority of

⁽¹⁰²⁾ « [T]o the Sovereign is committed the Power of Rewarding with riches, or honour; and of Punishing with corporall, or pecuniary punishment, or with ignominy every Subject » (*Lev*, 18, p. 276).

⁽¹⁰³⁾ Cfr. N. BOBBIO, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes* (1954), in Id., *Thomas Hobbes*, Torino, Einaudi, 1989, pp. 111-145; M.A. CATTANEO, *Hobbes's Theory of punishment*, in *Hobbes Studies*, K.C. Brown (ed.), Oxford, Blackwell, 1965, pp. 275-297; D. GAUTHIER, *The Logic of Leviathan: The Moral and Political Philosophy of Thomas Hobbes*, Oxford, Clarendon Press, 1969; A. NORRIE, *Thomas Hobbes and the Philosophy of Punishment*, in « Law and Philosophy », 3 (1984), 2, pp. 299-320; D. HEYD, *Hobbes on Capital Punishment*, in « History of Philosophy Quarterly », 8 (1991), 2, pp. 119-134; Th. S. SCHROCK, *The Right to Punish and the Right to Resist Punishment in Hobbes's Leviathan*, in « Political Research Quarterly », 44 (1991), pp. 853-90; A. KREMKUS, *Die Strafe und Strafrechtsbegründung von Thomas Hobbes*, Frankfurt, Lang, 1999; Y.-Ch. ZARKA, *Hobbes and the right to punish*, in *Hobbes. The Amsterdam Debate*, H. Blom (ed.), Hildesheim-Zürich-New York, Olms Verlag, 2001, pp. 71-87; D. HÜNING, *Hobbes on the Right to punish*, in *The Cambridge Companion to Hobbes's Leviathan*, P. Springborg (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 217-40; A. YATES, *The Right to Punish in Thomas Hobbes's Leviathan*, in « Journal of the History of Philosophy », 52 (2014), 2, pp. 233-254.

⁽¹⁰⁴⁾ *Lev*, 16, p. 244 e ss.

Punishing ». La risposta di Hobbes è che « il dritto, che ha lo stato — cioè colui, che lo rappresenta — di punire non è fondato su di una concessione o su di un dono dei sudditi ». Nel momento della conclusione del contratto i soggetti « non han dato al sovrano quel dritto, ma solo, nell'abbandonare i proprii, gli han dato il potere di usare il suo nel modo, che egli credesse opportuno per la preservazione di tutti; sicché quel dritto non fu dato, ma lasciato a lui, ed a lui solo, e [...] in modo così completo, come nel puro stato di natura e di guerra di ognuno contro il proprio vicino » (105).

Hobbes non prevede che i soggetti conferiscano uno specifico diritto di punire al sovrano. Il potere del sovrano deriva dalla rinuncia, da parte dei soggetti, del loro originario diritto-potere: mentre tutti i soggetti, rinunciando allo *ius in omnia*, escono dallo stato di natura per divenire un corpo politico in quanto rappresentati dal sovrano, quest'ultimo — la persona artificiale — continua a godere di quel potere incondizionato di cui ciascun individuo, nella sua condizione 'naturale', era titolare.

La strategia argomentativa prescelta da Hobbes (l'esclusione che il potere punitivo possa essere uno specifico 'dono' dei soggetti al sovrano), apparentemente bizzarra, è in realtà perfettamente coerente con la sua antropologia politica. Sono i soggetti groziani che possono conferire alla *respublica* il loro originario potere punitivo, ma non certo i soggetti hobbesiani, dal momento che, come sappiamo, nello *status naturae* non esistono innocenti e colpevoli, superiori e inferiori, giudici e criminali. I soggetti hobbesiani non possono conferire al sovrano un potere (il potere punitivo) che non hanno: possono semplicemente rinunciare, globalmente, al loro *ius in omnia*, acciocché la persona artificiale che li rappresenta (e solo essa) venga a godere di un potere intero e illimitato.

(105) *Lev*, trad. it., 28, p. 277. « It is manifest therefore that the Right which the Common-wealth (that is, he, or they that represent it) hath to Punish, is not grounded on any concession, or gift of the Subjects [...] For the Subjects did not give the Sovereign that right; but onely in laying down theirs, strengthned him to use his own, as he should think fit, for the preservation of them all: so that it was not given, but left to him, and to him onely; and (excepting the limits set him by naturall Law) as entire, as in the condition of meer Nature, and of warre of every one against his neighbour » (*Lev*, 28, p. 482).

Fin qui, il ragionamento di Hobbes non lascia adito a dubbi. Le difficoltà nascono non dalle premesse della tesi e dal suo svolgimento, ma dalle sue conseguenze. Se il diritto di punire scompare nella sua specificità per essere assorbito nell'illimitato potere sovrano (di quel sovrano che è l'unico a trovarsi ancora nello 'stato di natura'), vacilla una distinzione fondamentale: la distinzione fra il 'criminale' e il 'nemico'. Se il diritto di punire non è trasferito dai soggetti al sovrano, sembra difficile sfuggire a questa conseguenza: che la pena perda la sua specificità e la sua dimensione giuridica e si confonda con il potere 'naturale' di esercitare violenza nei confronti dell'aggressore. Nello stato di natura, come sappiamo, non ci sono giudici e criminali: se il potere di punire scompare inghiottito nello *ius in omnia* del sovrano, il criminale è soltanto una minaccia fra le tante che il sovrano deve neutralizzare.

Una siffatta impostazione sarebbe astrattamente prospettabile. Non è però questa la scelta di Hobbes, che delinea una concezione della pena e del processo penale audacemente, pionieristicamente 'legalitaria' (se mi si passa l'anacronismo) e distingue nettamente fra 'nemico' e 'criminale', tanto da fare di questa distinzione un *Leitmotiv* della sua visione 'filosofico-penale'.

Hobbes insiste a più riprese, nel *De cive* come nel *Leviathan*, sulla necessità che il diritto di punire venga esercitato nel binario preconstituito dalla legge, lasciando il minor spazio possibile a interventi estemporanei e imprevedibili. Le pene non devono essere « indefinite or arbitrary », le leggi devono enunciare con precisione le conseguenze che scaturiscono dalla loro violazione, devono essere rigorosamente applicate, in modo che sia possibile soppesare, come su una bilancia, « i danni e i vantaggi dell'azione che ci accingiamo a compiere »⁽¹⁰⁶⁾, devono guardare al futuro e non al passato, mirando alla correzione del reo e alla deterrenza di altri potenziali

⁽¹⁰⁶⁾ Th. HOBBS, *Elementi filosofici sul cittadino*, in Id., *Opere politiche*, a cura di N. Bobbio, Torino, Utet, 1959, XIII, 16, p. 262 (da ora in poi indicato come *De Cive*, trad. it.). « And deliberation is nothing else but a weighing, as it were in scales, the conveniencies, and inconveniences of the fact we are attempting » (*De Cive*, XIII, 16, p. 166).

trasgressori ⁽¹⁰⁷⁾, devono essere commisurate alla diversa gravità dei reati ⁽¹⁰⁸⁾. Lo stesso rapporto fra il suddito e il sovrano deve svolgersi, per Hobbes, nel binario precostituito dalla legge, tanto che sia assicurata a ciascuno, nei confronti del sovrano, « la stessa libertà di reclamare il suo dritto, come se fosse contro un altro suddito » ⁽¹⁰⁹⁾.

È dalla stessa definizione di pena (in quanto male inflitto da una pubblica autorità) che Hobbes ritiene di poter dedurre una serie di regole che devono essere rispettate perché si rimanga entro il perimetro del 'diritto di punire': quando esse siano disattese, l'intervento del sovrano non può più considerarsi propriamente una 'pena', ma diviene qualcosa di qualitativamente diverso che Hobbes chiama un « hostile act »; come accade se viene comminata una sanzione senza una previa sentenza di condanna; se viene inflitto un danno svincolato dal fine della deterrenza; se la pena inflitta non è stata prevista da una legge previa o è superiore a quella prescritta dalla legge ⁽¹¹⁰⁾.

In tutti questi casi, si ha non una pena, ma un atto « ostile »: si colpisce non un 'criminale', ma un 'nemico' e il processo penale cede il posto alla guerra. Queste categorie devono restare per Hobbes nettamente distinte: il criminale viola l'una o l'altra legge del sovrano, ma continua ad operare all'interno del corpo politico 'rappresentato' dal sovrano; il nemico agisce 'dall'esterno' mettendo in questione l'esistenza stessa del dio mortale. « Da questo consegue che i ribelli, i traditori e tutti i rei di lesa maestà non devono essere puniti secondo il diritto civile, ma secondo quello naturale, cioè non come cattivi cittadini ma come nemici dello Stato, e non in forza del

⁽¹⁰⁷⁾ « It is not lawfull to inflict punishment for any other end, but that the offender may be corrected, or that others warned by his punishment may become better » (*De Cive*, III, 11, p. 67). In senso analogo *Lev*, 15, p. 232.

⁽¹⁰⁸⁾ *Lev*, 30, pp. 542-43.

⁽¹⁰⁹⁾ *Lev*, trad. it., 21, p. 195. « If a Subject have a controversie with his Sovereigne, of debt, or of right of possession of lands or goods, or concerning any service required at his hands, or concerning any penalty, corporall, or pecuniary, grounded on a precedent Law; he hath the same Liberty to sue for his right, as if it were against a Subject [...] » (*Lev*, 21, p. 342).

⁽¹¹⁰⁾ *Lev*, 28, p. 484. Sulle prime avvisaglie del principio di legalità cfr. G. ALESSI, *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, in « Quaderni Fiorentini », 36 (2007), pp. 43-79.

diritto di sovranità ma del diritto di guerra »⁽¹¹¹⁾. Da un lato, i ribelli, i traditori, i nemici, dall'altro lato, i « civill Subjects »: il diritto di punire viene esercitato solo nei confronti di questi ultimi, mentre nei confronti dei primi scatta il diritto di guerra; nei confronti dei nemici entra in gioco il diritto naturale (lo *ius in omnia* rimasto nelle mani del sovrano), mentre per i criminali vale il diritto politico (il diritto della *polis*).

Nella distinzione fra 'criminale' e 'nemico' fa sentire il suo peso l'antica figura del *crimen laesae maiestatis* ⁽¹¹²⁾. Quando un cittadino non trasgredisce una singola legge, ma denuncia il patto originario e si rifiuta di obbedire alle leggi nel loro complesso, siamo di fronte a un « delitto di lesa maestà; esso consiste in atti o parole con cui il cittadino, o suddito, dichiara di non voler più obbedire a quella persona o a quell'assemblea a cui è stato affidato nello Stato » ⁽¹¹³⁾. Scatta a questo punto il passaggio alla categoria, concettualmente diversa, del nemico. Non è rilevante che egli appartenga al *Common-wealth* o sia ad esso estraneo: è nemico ogni soggetto che sfida frontalmente la sussistenza del corpo politico, sottraendosi al patto di soggezione nei confronti del sovrano che lo 'rappresenta', oppure aggredendolo 'dall'esterno'. Qualsiasi sofferenza inflitta dal sovrano a un nemico ('traditore' o 'straniero') non appartiene alla categoria della pena, ma deve essere classificata come un atto di ostilità, con una conseguenza decisiva: che « [...] quando si è in dichiarata ostilità, ogni danno che s'infligge è legale » ⁽¹¹⁴⁾. Cadono i vincoli prefissati dalle leggi: la sovranità non si esplica nei

⁽¹¹¹⁾ *De Cive*, trad. it., XIV, 22, p. 283. « Hence it followes, that *Rebels, Traytors*, and all others convicted of *Treason*, are punisht not by *civill*, but *naturall* Right; that is to say, not as *civill Subjects*, but as *Enemies to the Government*, not by the *Right of Sovereignty*, and *Dominion*, but by the *Right of Warre* » (*De Cive*, XIV, 22, p. 181).

⁽¹¹²⁾ È ancora insostituibile il contributo di M. SBRICOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974. Fra le varie figure costruite dal sapere giuridico penalistico è delineata efficacemente (in particolare p. 149 e ss.) l'immagine del 'ribelle' come 'traditore'.

⁽¹¹³⁾ *De Cive*, trad. it., XIV, 20, p. 282. « And this is that sin which is called *TREASON*; and it is a word or deed whereby the Citizen, or Subject, declares that he will no longer obey that man or Court to whom the supreme power of the City is entrusted » (*De cive*, XIV, 20, p. 180).

⁽¹¹⁴⁾ *Lev*, trad. it., 28, p. 279. « But in declared Hostility, all infliction of evill is lawfull » (*Lev*, 28, p. 486).

binari da esse predisposti, ma mostra tutta la sua originaria illimitatezza e arbitrarietà.

Valga a riprova la trattazione hobbesiana di un *hard case*: la punizione dell'innocente. Se Hobbes è severo nello stigmatizzare la comminazione di una pena a un cittadino innocente perché lesiva tanto della finalità propria della pena quanto del patto originario, non ha difficoltà a giustificare l'inflizione di una qualsiasi sofferenza, purché utile per il *Commonwealth*, a un estraneo (anche se innocente) e a un nemico, dal momento che dove c'è guerra tace il giudizio « né il vincitore fa distinzione fra nocente e innocente » (115).

Emerge nitidamente, nella dinamica del potere sovrano, una dialettica destinata a riproporsi sempre di nuovo nell'intero arco della modernità: una sovranità disposta a fare i conti con la forma della legge e una sovranità insofferente di vincoli, memore della sua originaria, incomprimibile assolutezza (116). È una distinzione che Hobbes formula giocando proprio sulla contrapposizione fra processo e guerra, fra 'pena' e 'atto di ostilità'. Certo, la sovranità che si esplica nel solco della legge non è una sovranità 'limitata' (nel senso della tradizione 'costituzionalistica'): non ci sono diritti indisponibili di cui il sovrano debba tener conto, nel momento in cui dà forma di legge alla sua volontà. Il sovrano non ha vincoli: è però ragionevole (e quindi auspicabile e presumibile) che egli governi (e punisca) i cittadini nelle forme e nei limiti chiaramente prefissati dalla legge di cui è autore. A distanza di più di due secoli dal *Leviathan*, nel secondo Ottocento, la giuspubblicistica tedesca e Jellinek parleranno, a questo proposito, dell' 'auto-limitazione' dello Stato, confermando il teorema hobbesiano della necessaria assolutezza della sovranità e al contempo valorizzando la funzione razionalizzatrice e 'garantistica' della legge.

(115) *Lev.*, trad. it., 28, p. 283. « But against Enemies [...] it is lawfull by the originall Right of Nature to make warre; wherein the Sword Judgeth not, nor doth the Victor make distinction of Nocent, and Innocent » (*Lev.*, 28, p. 494).

(116) Esprime efficacemente questa tensione in Hobbes S. MEZZADRA, *Nel Leviatano. Immagini del nemico all'origine della filosofia politica moderna*, in *Lo straniero e il nemico. Materiali per l'etnografia contemporanea*, a cura di A. Dal Lago, Genova, Costa & Nolan, 1998, pp. 27-44.

Da un lato, dunque, la guerra e la distruzione, con qualsiasi mezzo, del nemico, e, dal lato opposto, il processo e l'inflizione ('regolata', misurata) di una pena al criminale: la distinzione è tanto rilevante quanto nitida, ma non appare facilmente componibile con la fondazione hobbesiana del diritto di punire. Non c'è nessun diritto di punire donato dai soggetti al sovrano: c'è soltanto l'assoluto *ius in omnia* della persona artificiale 'rappresentativa'. I soggetti, nel momento in cui creano la persona artificiale 'autorizzandola' come loro 'rappresentante', producono simultaneamente due effetti: escono dallo stato di natura divenendo 'corpo politico' e al contempo (con la rinuncia al loro originario diritto-potere) fanno del sovrano l'unico soggetto ancora capace di muoversi nella logica dell'originario 'stato di natura'. Nasce da questa argomentazione hobbesiana il senso di una contraddizione latente nella sua visione filosofico-penale: se il sovrano infligge sofferenze ai soggetti esercitando il suo *ius in omnia*, a che titolo la pena differisce da un atto di ostilità? E viceversa, se il sovrano punisce i criminali e combatte i nemici, da dove proviene il suo peculiare diritto di punire, visto che i soggetti non potevano conferirglielo?

La mia impressione è che non vi sia contraddizione nell'argomentazione hobbesiana e che essa al più ometta qualche passaggio, che però può essere agevolmente (o, se si preferisce, caritatevolmente) ricavato dall'insieme del discorso.

Implicita in esso è la distinzione fra il fondamento della sovranità, da un lato, e, dall'altro lato, la sua strutturazione e il suo esercizio. Guardando al momento dell'instaurazione e della fondazione della sovranità, emerge il carattere assoluto e illimitato del potere di cui gode la 'persona artificiale'. È da questo unitario punto di origine che scaturiscono tutti i poteri del sovrano: questi presuppongono, sì, il suo *ius in omnia* come loro fonte nativa, ma non si identificano con esso, essendone piuttosto un'espressione e un'articolazione. Il « dio mortale » è anche un *Deus absconditus*: la sovranità gode di un'«eccedenza» non riducibile alle sue canoniche e più evidenti determinazioni (che la concretizzano, dunque, ma non la esauriscono). I soggetti non conferiscono al sovrano, partitamente, singoli poteri (il potere legislativo o il potere giudiziario e tanto meno il potere di punire): è il sovrano che, in vista dell'ordine che è chiamato a garantire, 'mette in forma' la sua energia decisionale,

pone regole, attribuisce diritti, fissa obblighi e divieti, punisce i trasgressori. La medesima sovranità, che si dispiega in tutta la sua s-regolata potenza nei confronti del nemico e del 'traditore' (del reo del *crimen laesae maiestatis*), si riversa in canali giuridicamente strutturati quando entrano in gioco il governo, e la punizione, dei sudditi.

Può essere interessante (e per certi aspetti illuminante) l'interpretazione che di Hobbes propone uno dei suoi primi e più agguerriti lettori: Samuel Pufendorf, che nel *De iure naturae et gentium*, del 1672, si impegna in un serrato confronto con gli scritti hobbesiani.

Interrogandosi sul fondamento del diritto di punire, Pufendorf non esita a seguire Hobbes contro Grozio: infliggere punizioni è parte integrante dell'*imperium* e presuppone la distinzione fra un *superior* e un subordinato. « Neque opus est arguta illa interpretatione vocabuli superioris » avanzata da Grozio: che cioè, prima della creazione dell'ordine politico, divenga 'inferiore', e per questo punibile, chiunque violi le leggi naturali. Il criminale resta per Pufendorf integralmente 'umano': in stato di natura posso chiedere che il danno subito venga riparato « per modum belli », ma non posso propriamente 'punire' chicchessia. La punizione richiede l'intervento dell'autorità, come appunto indicato dalla definizione hobbesiana, citata e condivisa da Pufendorf⁽¹¹⁷⁾.

Resta però aperto il problema del fondamento del diritto di punire: se il potere punitivo non appartiene ai soggetti, in che modo esso può essere attribuito a un sovrano che dai soggetti trae la sua esistenza e la sua autorità? La risposta di Hobbes — i soggetti non conferiscono il potere punitivo al sovrano ma, rinunciando a tutti i loro poteri, fanno sì che il sovrano sia l'unico ad essere titolare di uno *ius in omnia* — non soddisfa Pufendorf: a suo avviso, il potere punitivo, proprio perché richiede un'asimmetria potestativa, un

(117) S. PUFENDORFII, *De iure naturae et gentium libri octo*, Londini Scanorum, Adami Junghaus - Vitus Haberegger, 1672, L. VIII, c. iii, § 3, pp. 1055-56. Cfr. M.A. CATTANEO, *Samuel Pufendorf e Paul Johann Anselm Feuerbach: contratto sociale, secolarizzazione penale e prevenzione generale*, in *Samuel Pufendorf filosofo del diritto e della politica*, a cura di V. Fiorillo, Napoli, La Città del sole, 1996, pp. 3-38; V. FIORILLO, 'Salus populi suprema lex esto': il potere punitivo come 'officium regis' nel giusnaturalismo di Samuel Pufendorf, in *Samuel Pufendorf*, a cura di Ead., cit., pp. 139-69; SILVESTRINI, *Fra diritto di guerra e potere di punire*, cit., p. 131.

rapporto di comando ed obbedienza, non può essere compreso in uno *ius in omnia* essenzialmente legato all'egualitario, pre-politico *status naturae*. L'ingegnosa soluzione proposta da Pufendorf è connessa con la sua teoria dei corpi morali ⁽¹¹⁸⁾. Come, nei fenomeni naturali, nel passaggio dagli enti semplici agli enti composti questi ultimi vengono a possedere qualità ignote ai primi, così « et corpora moralia, ex pluribus hominibus constantia, aliquod jus habere possunt, ex ipsa illa conjunctione resultans, quod formaliter penes neminem singulorum fuit » ⁽¹¹⁹⁾. È quanto avviene nel caso dell'ente sovrano, che non è una sommatoria di parti preesistenti, ma è una sintesi originale, con prerogative e funzioni nuove. Non sono alcuni specifici poteri (il diritto di punire o di *legem condere*) che i soggetti trasferiscono al sovrano; essi piuttosto creano un ente nuovo, un ente morale, dal quale questi poteri spontaneamente scaturiscono ⁽¹²⁰⁾.

Con questa soluzione Pufendorf, per un verso, esprime (nel suo peculiare linguaggio) un passaggio mancante (ancorché implicito) della teoria hobbesiana, e, per un altro verso, offre un'immagine della sovranità parzialmente diversa da quella di Hobbes. Pufendorf dice a chiare lettere ciò che Hobbes aveva detto fra le righe: che la sovranità è una sintesi complessa che si articola in molteplici funzioni e poteri e che è la sovranità nella sua più lata estensione il prodotto della decisione contrattuale. Al contempo però la presa di distanza di Pufendorf dall'idea hobbesiana dello *ius in omnia* del sovrano produce effetti importanti: riduce l'insondabile 'eccedenza' del potere sovrano, ne attenua la 'numinosità', lo indirizza verso una sua possibile 'giuridificazione' ⁽¹²¹⁾ e proprio per

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. F. PALLADINI, *Samuel Pufendorf discepolo di Hobbes: per una reinterpretazione del giusnaturalismo moderno*, Bologna, il Mulino, 1990.

⁽¹¹⁹⁾ S. PUFENDORFII, *De iure naturae et gentium libri octo*, cit., L. VIII, c. iii, § 1, p. 1044.

⁽¹²⁰⁾ « Sic nemo dixerit homines singulos habere facultatem sibi ipsis leges ferendi; et tamen, dum omnes voluntatem suam unius voluntati subjiunt, oritur potestas omnibus leges praescribendi. Eodem modo in capite corporis morales potest existere facultas poenis singulos coercendi, qualis facultas tamen antea id singulis non erat » (*Ibidem*).

⁽¹²¹⁾ Cfr. M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania, I, Pubblicità dell'Impero e scienza di polizia 1600-1800*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 358-61.

questo respinge la netta dicotomia fra ‘criminali’ e ‘traditori’, sostenendo (contro Hobbes) che nemmeno questi ultimi, in quanto sudditi, possono essere puniti « poena arbitraria tanquam hostes »⁽¹²²⁾.

Le differenze da Hobbes non sono marginali; e tuttavia Pufendorf non soltanto segue Hobbes nel rifiutare la tesi (scolastica e groziana) della ‘degradazione’ del criminale e del ‘naturale’ potere punitivo dei soggetti, ma anche indica la possibilità di superare, a partire dalle premesse hobbesiane, una difficoltà che il discorso di Hobbes presentava nel momento in cui sembrava dissolvere il potere punitivo nel magma indistinto dello *ius in omnia*. In realtà, per Hobbes come per Pufendorf il potere punitivo è una delle espressioni ‘formalizzate’ di una sovranità che deve essere colta nella sua sintetica unità prima di essere analizzata nelle sue molteplici determinazioni.

Non sembra dunque che, nella fondazione e nella caratterizzazione del diritto di punire, Hobbes incorra in contraddizioni insuperabili. Resta però da considerare la filosofia penale hobbesiana da un diverso angolo visuale, che ha particolarmente affaticato gli interpreti: guardando cioè all’estensione e agli eventuali limiti del potere punitivo. È su questo terreno che sembra profilarsi la tensione più temibile: da un lato, infatti, non sembrano prospettabili vincoli contenutistici al potere punitivo; lo *ius vitae ac necis*, insomma, sembra un diritto saldamente impugnato dal sovrano quando egli colpisce il nemico così come quando punisce il suddito; dall’altro lato, però, l’auto-conservazione è la condizione di senso dell’intera costruzione hobbesiana, che sta e cade con la preoccupazione di salvare l’individuo, di garantirgli la sopravvivenza. Se vale per la sovranità il famoso ‘teorema’ secondo il quale il sovrano non può che essere assoluto, perché ogni istanza che lo limitasse sarebbe a sua volta ‘sovrana’ innescando un processo *ad infinitum*; se insomma è necessario concepire la sovranità come ‘assoluta’, altrettanto ‘assoluta’ appare in Hobbes l’esigenza di ‘salvare’ l’individuo a dispetto di tutto. E se due ‘assoluti’ entrano in conflitto, sembra difficile che il discorso possa sottrarsi a un esito aporetico.

⁽¹²²⁾ S. PUFENDORFII, *De iure naturae et gentium libri octo*, cit., L. VIII, iii, § 7, p. 1057.

In realtà, anche in questo caso Hobbes sembra accennare a una possibile soluzione, pur senza esplicitarla e tematizzarla adeguatamente. Conviene tener presente, da questo punto di vista, un brano del *De cive*, che pone l'uno di fronte all'altro il potere assoluto del sovrano e il dovere di obbedienza dei soggetti. L'obbedienza è necessaria e senza di essa « lo Stato non sarebbe pienamente costituito ». Ora, quale è il contenuto dell'obbedienza? Esso deve essere determinato tenendo presente la distinzione seguente: « una cosa è il dire: 'ti dò il diritto di comandare quello che vuoi'; un'altra, il dire: 'farò quello che comanderai' » (123). Perché quest'ultima promessa non sia plausibile è spiegato da Hobbes stesso, tanto nel *De Cive* quanto nel *Leviathan*: perché è invalida la promessa di rinunciare a resistere a chi minaccia la mia sopravvivenza; ed è appunto questo argomento che viene di nuovo tirato in ballo nel passo che stiamo leggendo: « se mi comandassero di uccidermi, non vi sarei tenuto » (124). Nessuno può impegnarsi a non resistere al suo assassino, tanto che il condannato è condotto al supplizio incatenato e sorvegliato da sentinelle (125). L'impegno assunto nel contratto originario — come ribadisce Hobbes anche nel *Leviathan* — è la rinuncia al diritto di difendere un altro, non al diritto di difendere se stesso (126).

È però esattamente questa asserzione che sembra far sorgere un'insuperabile difficoltà: se la mia autoconservazione è irrinunciabile, salta lo *ius in omnia* del sovrano; e viceversa, se il sovrano è titolare di un potere assoluto, non possono esserci zone franche e spazi immuni. Il *De cive* però sembra offrire un'indicazione: ciò che rende assurda la promessa « farò qualsiasi cosa tu comandi » non dipende soltanto dall'invalidità di un patto che preveda la rinuncia alla propria conservazione, ma anche dal fatto che il mio rifiuto, ad esempio, ad obbedire al sovrano che mi comandi di uccidermi, non mina alla radice il potere del Leviatano: « si potranno trovare, infatti,

(123) *De Cive*, trad. it., VI, 13, p. 165. « For it is one thing if I say, I give you Right to Command what you will; another, if I say, I will doe whatsoever you Command » (*De Cive*, VI, 13, p. 98).

(124) *De Cive*, trad. it., VI, 13, p. 166.

(125) *De Cive*, II, 18, p. 59.

(126) *Lev*, 28, p. 482.

altri che dinnanzi ad un ordine siffatto non si rifiuterebbero di eseguirlo » (127). In generale, dunque, l'obbedienza può essere rifiutata da alcuni, perché comunque altri interverranno per eseguire gli ordini del sovrano e proprio per questo la 'resistenza' dell'individuo non si tradurrà in una rottura del « diritto assoluto concesso al sovrano » (128).

Nel patto originario dunque non rinuncio a difendere la mia vita non soltanto perché una siffatta rinuncia è incompatibile con la mia 'assoluta' esigenza di conservare me stesso, ma anche perché quella rinuncia non è affatto indispensabile per la creazione dell'ordine politico: « lo Stato stesso non ha bisogno, per punire qualcuno, di esigere da costui l'impegno di sopportare la pena, ma soltanto di richiedere a tutti gli altri la promessa di non impedire il corso della giustizia » (129). Posso difendermi da chiunque, anche dal sovrano, che attenti alla mia vita, ma posso farlo solo come singolo, in una partita che si consuma esclusivamente fra me e il sovrano, senza che altri possano intervenire in mia difesa. Solo se il suddito cessa di agire come singolo e si collega con altri per organizzare la resistenza viene lesa il patto originario e i sudditi si convertono, da 'criminali', in 'nemici'. L'obbedienza cui i contraenti si impegnano è niente di più e niente di meno dell'obbedienza indispensabile al governo della Città.

Non sembra dunque esistere un'insuperabile contraddizione fra i due, entrambi essenziali, assunti del discorso hobbesiano: l'assoluto potere del sovrano e l'irrinunciabile esigenza del soggetto di conservare se stesso (130). Il diritto-potere dell'auto-conservazione resta in vigore anche dopo la formazione del *Commonwealth*, ma si esaurisce nello spazio individuale, privato, im-politico dell'individuo: posso dire di no, posso dire, come lo scrivano Bartleby, « I

(127) *De Cive*, trad. it., VI, 13, p. 166. « for thought I deny to doe it, yet the Right of dominion is not frustrated, since others may be found, who being commanded, will not refuse to doe it ») (*De Cive*, VI, 13, p. 98).

(128) *Ibidem*.

(129) *De Cive*, trad. it., II, 18, p. 107. « Neither need the Supreme himself contract with any man patiently to yield to his punishment, but onely this, that no man offer to defend others from him » (*De Cive*, II, 18, p. 59).

(130) Buoni argomenti in questa direzione sono forniti dall'originale contributo di YATES, *The Right to Punish in Thomas Hobbes's Leviathan*, cit.

would prefer not to », e sono legittimato anche ad agire di conseguenza, a fare tutto ciò che posso per sfuggire alla condanna ⁽¹³¹⁾. L'individuo non rinuncia al diritto-potere di conservare se stesso né il potere del sovrano risulta compromesso dalla sua isolata azione di 'resistenza' (o meglio di sottrazione al comando).

La contraddizione è forse evitata. È però anche vero che la salvaguardia dell'individuo — il *porro unum* dell'intera costruzione hobbesiana — esce indebolita proprio dall'impossibilità di precludere al sovrano (quando egli lo ritenga necessario) il ricorso alla pena capitale. Nel contratto originario, infatti, accetto, in primo luogo, che possa essere proprio il sovrano a minacciare la mia sopravvivenza e, in secondo luogo, che la mia auto-difesa non possa ricorrere a nessun strumento diverso dalla fuga e dalla sottrazione all'esecuzione capitale.

È l'impiego della pena di morte da parte del sovrano l'elemento che provoca la maggiore tensione nella filosofia penale hobbesiana, pur senza costringerla ad esiti francamente aporetici. La pena capitale non è ancora divenuta un problema, ma sono state poste alcune premesse sulle quali sarà possibile far leva per ripensare a fondo il senso e i limiti dell'intervento punitivo.

Anche sul terreno della filosofia penale, Hobbes ha introdotto elementi di netta discontinuità nei confronti della tradizione scolastica così come della dottrina groziana.

Al centro si colloca, ancora una volta, il tema dell'auto-conservazione. Non è (come sappiamo) il tema come tale a fare la differenza, ma sono la radicalità della sua definizione e la pervasività del suo impiego a distaccare Hobbes dai suoi predecessori. Nella condizione 'naturale' dell'umanità la molla dell'azione è la soddisfazione del bisogno, mentre la ragione si pone al suo servizio. Cade di conseguenza un profilo decisivo sul piano dell'antropologia penale: la differenziazione qualitativa, *in statu naturae*, fra innocenti e colpevoli, fra superiori e inferiori, fra giudici e criminali. Nessuno è diverso da nessuno, perché tutti egualmente mossi dalla logica del

⁽¹³¹⁾ Il problema teorico del 'disconoscimento' del comando sovrano viene studiato da F. TEDESCO, *Eccedenza sovrana*, Milano-Udine, Mimesis, 2012, a partire dalla singolare 'strategia' di Barnardine (un personaggio dell'opera shakespeariana *Misura per misura*), che 'dice di no' alla condanna inflittagli.

bisogno e dell'auto-conservazione. La differenziazione dei soggetti non è 'naturale', ma è 'artificiale': non ha a che fare con la perdita della 'dignità', con la degradazione che consegue al prevalere delle passioni sulla ragione, ma dipende soltanto dal rapporto fra i soggetti e il sovrano, fra i soggetti e le leggi.

Lungi dall'appartenere ai soggetti in stato di natura, come voleva Grozio, il diritto di punire è inscindibile dall'organizzazione del *Common-wealth*, è una delle estrinsecazioni della volontà sovrana. Viene di conseguenza interrotta la continuità che Grozio instaurava fra il processo e la guerra, fra il criminale e il nemico, accostabili fra loro in quanto entrambi responsabili di violare preesistenti diritti. In Hobbes, il nemico e il criminale, lungi dal disporsi su una medesima linea, appartengono a classi opposte perché opposto è il loro rapporto con la *respublica*, che si presenta come il determinante, anzi esclusivo, punto di riferimento.

Il criminale e il nemico rinviano a due distinte, ancorché complementari, espressioni della sovranità; una sovranità che rende giuridicamente prevedibili e 'misurate' le sanzioni applicabili al soggetto-criminale e una sovranità che, nella sua battaglia campale contro i nemici (estranei e 'traditori'), si dispiega sottraendosi alle regole e ai limiti che essa liberamente si impone nel rapporto con i sudditi.

Fra i limiti che il sovrano hobbesiano impone a se stesso non sembra compresa l'esclusione della pena di morte. Anche se il criminale è un suddito e non un nemico, anche se la pena è applicata nel rispetto delle regole sancite dalla legge del sovrano, la minaccia del patibolo sembra ancora uno strumento indispensabile per tenere a freno i soggetti. Certo, resta intatto, per ciascun individuo, il diritto-potere all'autoconservazione: resta intatto, ma anche disarmato, perché, alla decisione sovrana di dare la morte il soggetto può tentare di sottrarsi, ma non ha né argomenti né strumenti per contestarla.

4. *John Locke: « [...] those dangerous and noxious creatures ».*

Non è ipotizzabile per Hobbes che una qualche barriera protettiva metta al riparo la vita del suddito dall'intervento punitivo del sovrano, ma nemmeno è immaginabile che un soggetto rinunci al

suo impulso vitale. Siamo di fronte a una tensione che sfida la coerenza dell'argomentazione hobbesiana: che però, a mio avviso, si mostra in grado di superare questa difficile prova giocando, da un lato, sulla contrapposizione fra criminale e nemico, fra processo e guerra, fra sovranità 'ordinaria' e sovranità *extra ordinem*, e, dall'altro lato, sulla distinzione fra un atto di auto-difesa individuale (irrinunciabile, per il soggetto, e innocuo per la tenuta dell'ordine) e una resistenza attiva e collettiva che, indebolendo il sovrano, coincide con un atto di guerra nei suoi confronti.

L'argomentazione tiene, ma il testo hobbesiano è destinato a colpire i suoi lettori non tanto per aver offerto una soluzione inoppugnabile, quanto per avere evidenziato e drammatizzato gli estremi del problema: da un lato, riformulando e rafforzando l'antico *ius vitae ac necis* del sovrano, e, dall'altro lato, attribuendo a ogni individuo un originario diritto-potere — il diritto-potere di conservare se stesso con ogni mezzo — tanto assoluto e incondizionato da non essere scalfito né dalla sua condotta né dai comandi dell'autorità.

È ragionevole ipotizzare che Beccaria possa essere rimasto colpito dall'immagine di un individuo che continua ad avanzare il suo diritto-potere di vivere, quali che siano le inadempienze e i crimini che possano essergli imputati. Certo, quando entra in gioco l'esigenza di difendere l'individuo dalle minacce del sovrano, non è a Hobbes cui Beccaria può rivolgersi, ma è a un altro 'contrattualista' (meno pericoloso e sospetto di Hobbes): John Locke; e quando Beccaria accenna al principio secondo il quale l'uomo non è padrone della sua vita, non può non avere presente una tesi varie volte enunciata nel *Second Treatise of Government*: che cioè « nessun uomo [...] può con un accordo trasferire a un altro quello che lui stesso non ha: il potere sulla propria vita » ⁽¹³²⁾. È però esatta

⁽¹³²⁾ J. LOCKE, *Il Trattato*, in Id., *Due trattati sul governo*, a cura di B. Casalini, Pisa, Plus, 2007, p. 202 (indicherò da ora in poi come *Treat*, trad. it. questa ottima traduzione italiana dei *Trattati* lockiani). « For [...] no Man can, by agreement, pass over to another that which he hath not in himself, a Power over his own Life » (J. LOCKE, *The Second Treatise of Government. An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*, in Id., *Two Treatises of Government*, ed. P. Laslett, Cambridge, Cambridge University Press, 1964 (indicato da ora in poi come *Treat*), IV, 24, p. 303.

l'osservazione di Gianni Francioni: che cioè « la concezione lockiana è più complessa e presenta altre argomentazioni di cui Beccaria non tiene conto » (133).

Sarebbe imprudente fare di Beccaria un fedele discepolo di Locke. Da Locke però (più ancora che dai 'contrattualisti' che lo avevano preceduto) Beccaria può essere stato indotto a cogliere la dimensione 'politica' del diritto di punire, il suo nesso costitutivo e originario con la sovranità (134). Pensare l'ordine non è possibile se non mettendo a fuoco l'intervento punitivo e, viceversa, non sono afferrabili le caratteristiche di quest'ultimo senza assumerlo come un'articolazione della sovranità; una sovranità che governa una comunità politica e al contempo la difende dalle aggressioni 'esterne'. Locke accoglie questa impostazione e la riformula entro le coordinate della sua peculiare interpretazione dello stato di natura e del contratto sociale.

Il diritto di punire compare, quasi all'apertura del *Secondo Trattato*, come un elemento qualificante nella definizione del potere politico: « Intendo [...] per potere politico un diritto di fare leggi che contemplano la pena di morte, e di conseguenza tutte le pene minori per la regolazione e la preservazione della proprietà, di impiegare la forza della comunità nell'esecuzione di tali leggi, e nella difesa dello stato dagli attacchi di altri stati » (135). Il potere politico ha il compito di preservare la « property » e il mezzo è la comminazione di pene legislativamente prefissate (e fra queste, esplicitamente richiamata, la pena di morte): l'impiego della forza nella difesa dei soggetti coincide con l'esercizio del potere punitivo.

Non si pensi però che il diritto di punire nasca e finisca entro

(133) G. FRANCONI, nota 1 in Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVIII, pp. 87-88.

(134) In una prospettiva storiografica è questa la preoccupazione che ispira una recente raccolta di saggi dedicati alla storia della pena: cfr. L. DELIA, G. RADICA, *Introduction. Le droit de punir entre philosophie politique et histoire de la justice*, in « Lumières », 20 (2012), 2, pp. 7-17.

(135) *Treat*, trad. it., I, 3, p. 189. « Political Power [...] I take to be a *Right* of making Laws with Penalties of Death, and consequently all less Penalties, for the Regulating and Preserving of Property, and of employing the force of the Community, in the Execution of such Laws, and in the defence of the Common-wealth from Foreign Injury » (*Treat*, I, 3, p. 286).

i confini della *societas civilis*. Al contrario, per Locke la sua esistenza e la sua importanza si manifestano con altrettanta evidenza nella condizione 'naturale', prepolitica, dei soggetti. Questo assunto è peraltro coerente con l'importanza attribuita da Locke allo stato di natura nel quadro della sua complessiva filosofia socio-politica: è nella descrizione dello stato di natura che Locke mette a punto (in tacita, ma nettissima contrapposizione a Hobbes) la sua visione dell'essere umano, dei rapporti intersoggettivi, dell'ordine complessivo.

Anche Locke fa dell'auto-conservazione un diritto naturale, ma al contempo la presenta come l'altra faccia di un dovere; il dovere imposto da una legge naturale che trova in Dio il fondamento ultimo della sua forza vincolante. Creato da Dio e tenuto a conservare se stesso, ogni individuo deve fare di tutto per preservare anche il resto dell'umanità, sempre che ciò sia compatibile con la sua sopravvivenza. L'individuo non agisce quindi obbedendo esclusivamente alla pressione del bisogno, ma è tenuto a indirizzare la sua azione auto-conservativa nei binari predisposti dalle leggi naturali. È in questo quadro che Locke elabora la sua celebre teoria della proprietà: fondata sul « labour » dell'individuo, sulla sua energia e sulla sua capacità di appropriarsi dei beni, la proprietà è una diretta espressione della sua personalità e un suo diritto inviolabile. La proprietà è quindi, al contempo, diritto individuale e regola che presiede all'azione e all'interazione dei soggetti, tenuti a soddisfare i bisogni nel rispetto dei vincoli dettati dalle leggi naturali.

Siamo agli antipodi dello hobbesiano *ius in omnia*. Nello stato di natura, l'individuo non gode di un diritto-potere che si arresta soltanto di fronte al diritto-potere degli altri, come sosteneva Hobbes, ma realizza il suo diritto solo nella misura in cui agisce nel rispetto dei diritti altrui. Al centro del sistema è la proprietà nella sua nuova accezione dinamica e trasformatrice: « property » è « labour » e appropriazione dei beni e come tale è inscindibilmente connessa con « liberty » e « life » ed evoca la sfera intangibile dell'individuo (in un'accezione non lontana dal *proprium* groziano).

Perché sia possibile delineare l'immagine di un individuo rispettoso dei diritti e delle regole occorre rifiutare alla radice l'antropologia hobbesiana sul punto in cui essa più divergeva dalla tradizione scolastica e groziana: la visione della ragione come stru-

mento funzionale non già al controllo delle passioni, ma alla massimizzazione della soddisfazione e all'incremento del potere. Per Hobbes, la ragione non opera indirizzando l'individuo al bene comune e non è in grado di garantire la collaborazione intersoggettiva. Per Locke, invece, la ragione riacquista le sue tradizionali capacità disciplinanti, è in grado di distogliere l'individuo dal perseguimento di un bene immediato, ma effimero, per indurlo a conquistare un bene maggiore e durevole. È la ragione la risorsa indispensabile perché i soggetti conservino (e migliorino) la loro vita agendo nel solco tracciato dalla regola di proprietà.

Lo stato di natura non è dunque una condizione caratterizzata da un conflitto 'strutturale' e insuperabile. L'ordine non nasce con la *societas civilis*: la precede ed è reso possibile dai diritti e dalle regole che gli esseri umani, in quanto esseri razionali, conoscono e rispettano. Anche per Grozio le leggi naturali conferivano agli individui diritti inviolabili. Locke si muove nella stessa direzione e vede nell'ordine naturale non soltanto o non tanto qualcosa che 'precede' l'ordine politico, ma soprattutto qualcosa che lo 'fonda': un insieme coerente di principi, regole e diritti che l'ordine politico dovrà semplicemente confermare e tutelare più efficacemente. Non è il sovrano che crea un ordine altrimenti impossibile. L'ordine fondato sulla libertà e sulla proprietà viene 'prima' (in un senso non solo cronologico, ma anche logico) e la *societas civilis* lo presuppone. Certo, resta comunque necessaria la creazione di un corpo politico. Il sovrano è indispensabile, però, non perché non esista un ordine 'naturale', spontaneo, ma perché esso è relativamente incerto e precario: l'ordine prepolitico esiste, ma il conflitto, se pure non 'strutturale', può occasionalmente manifestarsi e non trovare, mancando un giudice, una soluzione definitiva. Il corpo politico fornisce una sorta di valvola di chiusura per un circuito preesistente: disponendo di tutta la forza necessaria, il sovrano è in grado di interrompere il conflitto rendendo certa e definitiva la salvaguardia delle regole e dei diritti naturali.

Una riprova della completezza e della tendenziale autosufficienza dell'ordine naturale è offerta proprio dal diritto di pu-

nire ⁽¹³⁶⁾: che prima di divenire una componente essenziale del potere politico — si direbbe la sua funzione prevalente, dato che il sovrano dà il meglio di sé proprio come arbitro del conflitto — è già all'opera nello stato di natura. Tanto nello stato di natura quanto nella comunità politica si manifesta la medesima esigenza; l'esigenza di punire i colpevoli per rendere effettivo il rispetto delle regole: « la legge di natura, come tutte le altre leggi che riguardano l'uomo in questo mondo, esisterebbe inutilmente, se non ci fosse nessuno che nello stato di natura avesse il potere di eseguire quella legge, e quindi di preservare l'innocente e reprimere i criminali » ⁽¹³⁷⁾. Le norme che regolano le azioni degli individui nello stato di natura, e i diritti e i doveri che ne conseguono, resterebbero lettera morta se non fossero suscettibili di *execution*, se non fossero rafforzati dalla minaccia della sanzione e della sua effettiva applicazione.

Come in Grozio, dunque, anche in Locke il diritto di punire non è un esclusivo appannaggio della sovranità, ma è un diritto che inerisce alla condizione umana come tale. Certo, sarà necessario mettere a fuoco i mutamenti e gli adattamenti imposti dalla formazione della comunità politica. Non in questa comunque risiede il

⁽¹³⁶⁾ Cfr. D.M. FARRELL, *Punishment without the State*, in « Noûs », 22 (1988), 3, pp. 437-453; A.J. SIMMONS, *The Lockean Theory of Rights*, Princeton, Princeton University Press, 1992, p. 123 e ss.; B. CALVERT, *Locke on Punishment and the Death Penalty*, in « Philosophy », 68 (1993), 264, pp. 211-229; T. TURKKA, *On the Formation of a Strange Doctrine: A Study of Locke's Second Treatise*, in « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy », 88 (2002), 2, pp. 193-206; SILVESTRINI, *Diritti naturali e diritto di uccidere*, cit., p. 445 e ss.; A. TUCKNESS, *Retribution and Restitution in Locke's Theory of Punishment*, in « The Journal of Politics », 72 (2010), 3, pp. 720-732; O. PAGE, *Locke, las bestias salvajes y el derecho a destruirlas*, in « Revista de Filosofía », 67 (2011), pp. 233-250; I. BELLONI, *Una dottrina "assai strana". Locke e la fondazione teologico-deontologica dei diritti*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 23 e ss.; A. DILTS, *To Kill a Thief: Punishment, Proportionality, and Criminal Subjectivity in Locke's Second Treatise*, in « Political Theory », 40 (2012), pp. 58-83; V.T. SARVER, JR., *A Lockean Argument against the Death Penalty*, in « British Journal of American Legal Studies », 1 (2012), pp. 173-87; A. DONOSO, *Hacia una teoría liberal del castigo: Locke, propiedad e individualismo*, in « Revista de ciencia política », 32 (2012), 2, pp. 433-448.

⁽¹³⁷⁾ *Treat*, trad. it., II, 7, p. 192. « For the Law of Nature would, as all other Laws that concern Men in this World 'be in vain, if there were no body that in the State of Nature had a Power to Execute that Law, and thereby preserve the innocent and restrain offenders » (*Treat*, II, 7, p. 289).

fondamento dei diritti: tanto la proprietà quanto il diritto di punire esistono ‘prima’ di essa e indipendentemente da essa.

Tanto per Locke quanto per Hobbes la fondazione del diritto di punire discende direttamente dalla loro visione dell’essere umano. Se il diritto del soggetto (come sostiene Hobbes) è un potere radicato in un impulso auto-conservativo che non trova limiti interni alla sua esplicazione, non è possibile parlare, nello stato di natura, di indebite aggressioni alla sfera altrui e occorre collocare crimini e pene nell’obbligata cornice dell’ordine politico. Se invece (come per Locke) l’autoconservazione è un diritto-dovere tenuto a svolgersi nei binari della proprietà, se prima dell’ordine artificiale esiste un ordine ‘naturale’ (un ordine immanente alle azioni umane, che precede — e fonda — l’ordine politico), già in esso potranno trovar posto tanto le trasgressioni quanto le punizioni.

Come Grozio, anche Locke introduce una netta differenza all’interno dei soggetti ‘come tali’ — la differenza fra chi rispetta e chi viola la *liberty and property* degli altri, fra gli innocenti e i colpevoli — e la assume come il fondamento dell’unica possibile eccezione al divieto di uccidere o di danneggiare un’altra persona, nella sua integrità fisica o nei suoi beni ⁽¹³⁸⁾: il criminale si è fatto sopraffare dalle passioni, ha rinunciato all’uso della ragione ed ha quindi perduto (per usare l’espressione di Tommaso d’Aquino) la *dignitas* propria di un essere umano. Se ‘disumanizzato’, egli cessa di essere un compiuto ‘soggetto di diritti’ e può essere legittimamente colpito nel suo corpo e nei suoi beni, può essere ‘punito’.

Avendo posposto la ragione alle passioni, il criminale ha rinunciato alla sua dimensione propriamente umana e ha dichiarato guerra all’umanità. L’immagine che Gentili e Grozio riferivano ai pirati — i nemici del genere umano — per sottolineare la drastica perdita dei loro diritti, Locke la riferisce a chiunque abbia compiuto

⁽¹³⁸⁾ « Every one, as he is *bound to preserve himself*, and not to quit his Station wilfully; so by the like reason, when his own Preservation comes not in competition, ought he, as much as he can, *to preserve the rest of mankind*, and may not, unless it be to do Justice on an Offender, take away, or impair the life, or what tends to the Preservation of the Life, the Liberty, Health, Limb, or Goods of another » (*Treat*, II, 5, p. 289).

un atto di violenza e di sopraffazione (139). Tanto più è netta l'immagine della disumanità del criminale e della conseguente perdita della sua intangibilità, quanto più è forte in Locke la celebrazione del valore assoluto della vita e della libertà. È in nome di questo principio che viene esclusa l'ipotesi che qualcuno possa rendersi schiavo o sottomettersi al potere arbitrario di un altro: appunto perché la vita e la libertà sono beni indisponibili, diritti-doveri cui nessuno può sottrarsi. Il varco nell'apparentemente inspugnabile fortezza della dignità e dei diritti dell'uomo è aperto dal crimine: in questo caso cadono le barriere e il criminale « by his fault forfeited his own Life » (140).

Ricorre in molti passaggi del *Treatise* l'espressione *forfeiture*, che veicola congiuntamente il senso di una 'trasgressione' e di una conseguente 'perdita' e 'sanzione'. Rinunciando all'uso della ragione, il criminale mette in gioco la sua vita: « Abbandonando la ragione, che è la legge che deve governare tra uomo e uomo, e usando la forza al modo delle bestie, egli diviene suscettibile di essere distrutto da colui contro cui usa la forza, come ogni bestia affamata, che è pericolosa per la sua esistenza » (141). E ancora: avendo violato l'integrità personale altrui, il criminale « può essere distrutto come un leone o una tigre, una di quelle bestie selvagge con le quali gli uomini non possono avere né società né sicurezza » (142). Ricorrono le coordinate che definiscono la figura del criminale: la sua rinuncia all'uso della ragione, la « forfeiture », la perdita dei

(139) *Treat*, II, 11, pp. 291-92.

(140) *Treat*, IV, 23, p. 302.

(141) *Treat*, trad. it., XVI, 181, p. 299. « 'Tis the *unjust use of force* then, that puts a Man into the state of War with another, and thereby he, that is guilty of it, makes a forfeiture of his Life. For quitting reason, which is the rule given between Man and Man, and using force the way of Beasts, he becomes liable to be destroyed by him he uses force against, as any savage ravenous Beast, that is dangerous to his being » (*Treat*, XVI, 181, p. 407). Analogamente in *Treat*, III, 16, p. 297: « And one may destroy a Man who makes War upon him, or has discovered an Enmity to his being, for the same Reason, that he may kill a *Wolf* or a *Lion*; because such men are not under the ties of the Common Law of Reason, have no other Rule, but that of Force and Violence, and so may be treated as Beasts of Prey, those dangerous and noxious Creatures, that will be sure to destroy him whenever he falls into their Power ».

(142) *Treat*, trad. it., II, 11, p. 194.

diritti, la sua degradazione a fiera selvaggia, la legittimità della sua soppressione.

L'immagine del criminale come di un animale dannoso ed eliminabile è, come sappiamo, antica: Grozio la aveva avvalorata con autorevoli testimonianze, antiche e medievali (Democrito, Seneca, la Scolastica). In realtà, Tommaso, per legittimare l'eliminazione del criminale responsabile di gravi reati, non aveva impiegato soltanto l'argomento della perdita della 'dignità' umana, ma aveva anche fatto leva sulla (antica e sempre ricorrente) metafora organicistica: sulla rappresentazione della comunità politica come corpo vivente. Attratta nel campo gravitazionale di questa metafora, l'eliminazione del criminale assumeva l'aspetto di un intervento sanitario: era l'amputazione di un arto malato, cui il medico provvedeva per evitare che l'infezione compromettesse la vita dell'intero organismo.

In Grozio, la metafora organicistica perde terreno (data la crescente importanza attribuita ai soggetti 'come tali') e il cattivo uso della ragione da parte del criminale (con la 'degradazione' che ne consegue) sembrava la causa necessaria e sufficiente della punizione. Locke è in sintonia con questa prospettiva. E tuttavia qualche traccia dell'antica metafora organicistica è reperibile nel *Trattato*: una volta formatosi il corpo politico (quando — scrive Locke — gli individui « are united into one body »⁽¹⁴³⁾), il sovrano agirà per preservare la vita e la proprietà dei soggetti e a questo scopo disporrà del « potere di fare le leggi, e di comminare pene che mirino alla conservazione del tutto, amputando quelle parti, e solo quelle parti, che sono così corrotte da minacciare le parti valide e sane, senza di che nessuna severità è legittima »⁽¹⁴⁴⁾. È comprensibile peraltro che il frasario organicistico si affacci nel momento in cui entrano in scena il sovrano e l'esplicazione del suo potere punitivo: quando cioè i giochi più importanti sono già stati fatti e la pena ha trovato la sua premessa (necessaria e sufficiente) nella 'naturale' differenziazione dei soggetti.

⁽¹⁴³⁾ *Treat*, IV, 87, p. 342.

⁽¹⁴⁴⁾ *Treat*, trad. it., XV, 171, p. 293. « [...] a Power to make Laws, and annex such Penalties to them, as may tend to the preservation of the whole, by cutting off those Parts, and those only, which are so corrupt, that they threaten the sound and healthy » (*Treat*, XV, 171, p. 400).

È nell'ambito dell'ordine naturale, preesistente all'ordine politico, che si radica il diritto di punire, proprio perché il diritto di punire non è che l'altra faccia dei diritti naturali (vita, libertà e proprietà) su cui l'ordine si regge. Le leggi e i diritti naturali non possono essere solamente enunciati: devono essere protetti dalla concreta possibilità di una sanzione. Non basta quindi legittimare la reazione auto-difensiva della vittima nei confronti del suo aggressore. Occorre immaginare un vero e proprio potere punitivo che, per essere efficacemente *executed*, deve poter essere amministrato da chiunque, mancando ancora un organo a ciò deputato: « nel trasgredire la legge di natura, l'offensore [...] diviene così pericoloso per l'umanità [...]. Essendo una trasgressione contro l'intera specie, contro la pace e la sicurezza di essa, prescritta dalla legge di natura, ogni uomo sulla base di questa ragione, in base al diritto che egli ha di preservare l'umanità in generale, può reprimere, o laddove necessario, distruggere quanto è nocivo ad essa [...] »⁽¹⁴⁵⁾. Ognuno può intervenire perché ognuno è obbligato, dalla legge naturale, a impegnarsi nella salvaguardia dell'umanità tutta. Non è necessario ricorrere al frasario dell'antico stoicismo (il genere umano come *'civitas'* unitaria) utilizzato da Gentili e da Grozio: è l'ordine prepolitico a reclamare, come suo indispensabile complemento, il diritto di punire.

Che il diritto di punire nello stato di natura riposi sulla logica 'oggettiva' dell'ordine prepolitico e non sulla soggettiva esigenza di difendersi dall'aggressione trova un'ulteriore conferma in una limpida distinzione che Locke non manca di formulare: il crimine, da un lato, consiste in una violazione della legge⁽¹⁴⁶⁾ ed è quindi una trasgressione che in quanto tale merita di essere punita, ma, dall'altro lato, danneggia (o può danneggiare) una specifica persona. Il medesimo atto criminale produce quindi due conseguenze diverse: conferisce alla vittima (e soltanto ad essa) il diritto a ottenere la

⁽¹⁴⁵⁾ *Treat*, trad. it., II, 8, p. 192. « In transgressing the Law of Nature, the Offender [...] becomes dangerous to Mankind [...]. Which being a trespass against the whole Species, and the Peace and Safety of it, provided for by the Law of Nature, every man upon this score, by the Right he hath to preserve Mankind in general, may restrain, or where it is necessary, destroy things noxious to them » (*Treat*, II, 8, p. 290).

⁽¹⁴⁶⁾ *Treat*, II, 10, p. 291.

« reparation » del danno, mentre attribuisce a tutti i soggetti (e fra questi anche alla vittima) il vero e proprio potere di punire.

Che a tutti i soggetti spetti, nello stato di natura, il potere di punire è una tesi che Locke presenta come una « strange doctrine » ⁽¹⁴⁷⁾: « this will seem a very strange doctrine to some men » ⁽¹⁴⁸⁾. In realtà, la dottrina non era così strana come Locke temeva. Certo, tale sarebbe sembrata alla tradizione scolastica. Da essa però già Grozio aveva preso le distanze e Hobbes aveva introdotto una rottura assai più radicale. Dalla visione del potere punitivo dominante nella tradizione scolastica tanto Grozio quanto Hobbes si erano allontanati. Hobbes però moveva da premesse che obbligavano a escludere il potere punitivo dallo stato di natura e a connetterlo con l'esercizio della sovranità (una conclusione cui anche Pufendorf, come sappiamo, aveva aderito), mentre Locke, sulla scia di Grozio, sosteneva la tesi opposta, introducendo una differenza 'qualitativa' fra gli individui (compiutamente 'umani' e 'criminali') e attribuendo il potere punitivo ai soggetti come tali ⁽¹⁴⁹⁾.

È interessante l'argomento offerto da Locke a riprova della sua tesi. Un sovrano — scrive Locke — può condannare e mettere a morte uno straniero per un crimine da lui commesso. Sullo straniero però il sovrano non ha alcuna giurisdizione: da dove allora trae legittimazione la condanna? Necessariamente dalla legge di natura, dal momento che il sovrano, nei riguardi dello straniero, non gode di alcun potere specifico ⁽¹⁵⁰⁾. Il potere punitivo radicato nell'ordine naturale, dunque, lungi dall'essere la timida premonizione di una funzione che si dispiega pienamente nell'ordine politico, è, di questa funzione, il vero e proprio fondamento.

⁽¹⁴⁷⁾ *Treat*, II, 13, p. 293.

⁽¹⁴⁸⁾ *Treat*, II, 9, p. 290.

⁽¹⁴⁹⁾ La linea divisoria che si profila fra Grozio e Locke, da un lato, e Hobbes e Pufendorf, dall'altro lato è di indubbia importanza. A ragione quindi Jean Barbeyrac, in una nota al *De iure naturae et gentium* pufendorfiano, da lui tradotto, dedica una lunga e impegnativa riflessione al confronto fra la teoria pufendorfiana e la dottrina lockiana, prendendo decisamente partito per quest'ultima. Cfr. J. BARBEYRAC, in S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et de gens*, Amsterdam, chez Henri Schelte, 1706, T. II, L. VIII, 3, pp. 342-43. Sul giusnaturalismo di Barbeyrac cfr. G.M. LABRIOLA, *Barbeyrac interprete di Pufendorf e Grozio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003.

⁽¹⁵⁰⁾ *Treat*, II, 9, p. 291.

L'argomento impiegato da Locke a conferma della sua tesi non è nuovo: compare (come sappiamo), in una forma molto simile, nel *De iure praedae* di Grozio ⁽¹⁵¹⁾. Non può trattarsi però di un calco operato da Locke sull'opera groziana: per il buon motivo che il *De iure praedae* (a parte il capitolo XIII, pubblicato nel 1609 con il titolo di *Mare liberum*) sarebbe rimasto inedito per quasi tre secoli (né peraltro l'argomento in questione viene impiegato nel *De iure belli ac pacis*) ⁽¹⁵²⁾. Dobbiamo quindi parlare, per usare l'espressione di Richard Tuck, di una « intellectual convergence », promossa dalla condivisione delle medesime premesse.

La formazione della *societas civilis* non incide dunque, per Locke, sul fondamento del potere punitivo e anzi conferma la dipendenza dell'ordine politico dall'ordine naturale. Resta identica, nelle due pur diverse realtà, anche la logica che deve presiedere all'inflizione della pena. È la ragione a dover offrire la misura della punizione sempre e comunque. Si forma, già nello stato di natura, una differenza fra un 'superiore' e un 'inferiore', un'asimmetria prodotta dal crimine, per cui « one man comes by a power over another ». Il potere acquisito dall'innocente non è però « absolute or arbitrary », non deve essere intaccato dalla passione, non ha niente a che fare con la vendetta, ma deve essere guidato dalla « calm reason and conscience » e deve essere « proportionate to his transgression » ⁽¹⁵³⁾.

La formazione della comunità politica non modifica l'estensione e le modalità di esercizio del potere punitivo. Anche nello stato di natura il potere punitivo colpisce non soltanto i crimini più gravi, ma anche le infrazioni minori e in ogni caso, quale che sia il reato in questione, deve sottostare ai dettami della ragione, erogando sanzioni equilibrate, calibrate, proporzionali alla gravità della trasgressione. Nulla cambia nel potere punitivo — nel suo fondamento e nelle modalità del suo esercizio — con il passaggio dall'ordine naturale all'ordine politico: « ogni offesa che può essere commessa nello stato di natura, nello stato di natura può essere punita allo

⁽¹⁵¹⁾ DJP, VIII, pp. 91-92.

⁽¹⁵²⁾ Cfr. TUCK, *The Rights of War and Peace*, cit., pp. 81-82.

⁽¹⁵³⁾ *Treat*, II, 8, p. 290.

stesso modo e nella stessa misura che all'interno della società civile » (154).

Ciò non significa però che il passaggio alla *societas civilis* sia immotivato o irrilevante. L'obiettivo principale del contratto sociale è il superamento dell'incertezza ancora presente nell'ordine prepolitico: porre fine alle possibili controversie facendo ricorso a un giudice. La 'terzietà' del giudice, la sua estraneità alle parti in conflitto, permette di superare il principale inconveniente di cui soffre l'esercizio del potere punitivo nello stato di natura: quello di essere il frutto di un giudizio in causa propria e di essere quindi esposto alla pressione del « self-love », che rende gli esseri umani « partial to themselves and their friends » (155).

Là dove è disponibile un giudice, finisce lo stato di guerra e si restringe lo spazio entro il quale l'autodifesa del soggetto è lecita. Se sussiste ancora lo stato di natura o se comunque non ho la possibilità di ricorrere alla forza pubblica, sono legittimato ad uccidere il ladro, non potendo escludere che chi viola la mia libertà e la mia proprietà arrivi a togliermi anche la vita (156). Non sono legittimato invece a uccidere o a ferire chi non mi restituisce una somma lasciata in deposito, perché in questo caso posso ricorrere al giudice senza che la mia vita corra alcun rischio (157).

Nella filosofia penale lockiana è il crimine che fonda (precede logicamente e legittima) la punizione: l'irrazionale comportamento di un individuo giustifica l'intervento punitivo di chiunque altro; l'uso irrazionale (e quindi illegittimo) della forza rende legittimo il ricorso alla violenza punitiva, ma questa a sua volta deve svolgersi nell'alveo di una razionalità che ne detta i limiti e le modalità di esercizio. In questa partita di legittimazioni (e delegittimazioni) incrociate il sovrano non è l'arbitro, ma è un giocatore, anch'egli tenuto al rispetto delle regole del gioco.

Il passaggio dallo stato di natura alla società civile è in sostanza

(154) *Treat*, trad. it., II, 12, p. 194. « Every offence, that can be committed in the state of nature, may in the state of nature be also punished equally, and as far forth as it may, in a commonwealth » (*Treat*, II, 12, p. 293).

(155) *Treat*, II, 13, p. 293.

(156) *Treat*, III, 18, p. 298.

(157) *Treat*, XVIII, 207, pp. 421-22.

il passaggio da un potere punitivo esistente ‘allo stato diffuso’ a un potere punitivo concentrato nelle mani del sovrano. In questo passaggio nulla cambia per quanto riguarda il fondamento di legittimità del potere punitivo. Non è il sovrano che decide del potere punitivo, ma è semmai vero il reciproco: se la violenza è legittima nella misura in cui è una ‘risposta’ (razionalmente controllata) alla violazione dei diritti naturali, l’eventuale attacco del sovrano alla *property* dei soggetti toglie ogni legittimità alla violenza sovrana e, per così dire, sposta di nuovo il potere punitivo dal sovrano ai soggetti. Il ‘despota’ assume il volto del ‘criminale’: entrambi attaccano il *proprium* dei soggetti violando le leggi di natura, entrambi meritano di essere colpiti dalla reazione punitiva dei soggetti⁽¹⁵⁸⁾.

Qualsiasi atto violento che non sia stato legittimato da una previa violazione dei diritti fondamentali non è qualitativamente distinto da un atto criminale: l’assassino, il despota e il conquistatore sono figure, in ultima istanza, intercambiabili perché coinvolti in uno stato di guerra che li espone a una reazione, da parte degli aggrediti, comunque definibile come ‘punizione’.

Lo stato di guerra emerge là dove è in atto un comportamento illecito, la violazione di un diritto. Il comportamento criminale di un individuo è perfettamente omologo alla guerra ‘ingiusta’ condotta da un sovrano. A sostegno dell’omologia interviene peraltro in questo caso una tesi più generale, già formulata da Grozio e condivisa da Hobbes non meno che da Locke: che cioè le *respublicae* sovrane si trovano, nei loro rapporti reciproci, in una condizione analoga a quella in cui versavano i soggetti nell’originario stato di natura. La logica che governava questi ultimi prima della creazione dell’ordine politico può essere quindi riferita anche agli Stati e ai loro conflitti: se, per Hobbes, nello stato di natura, non sono concepibili crimini e pene e tutto ruota intorno all’impulso auto-conservativo dei soggetti, anche lo scontro fra i Leviatani non può evocare immagini di diritti violati e di azioni punitive; di contro, per Locke, vale per gli

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. J. DUNN, *The Political Thought of John Locke*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969, pp. 165-86; R. ASHCRAFT, *Revolutionary Politics and Locke's Two Treatises of Government*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1986, pp. 329-336; R. ASHCRAFT, *Locke's Two Treatises of Government*, London, Allen & Unwin, 1987, pp. 196-230; DILTS, *To Kill a Thief*, cit., pp. 58-83.

Stati come per gli individui il medesimo principio: l'illegittimità di un atto di forza non giustificato dalla previa lesione di un diritto.

L'azione criminale, quali ne siano i protagonisti (l'individuo 'privato', il conquistatore o il despota), deve essere inquadrata, secondo Locke, per mezzo delle medesime coordinate: la 'disumanità' del reo, la sua 'degradazione', la *forfeiture* dei suoi diritti, la legittimità della sua eliminazione. Il crimine è tale in quanto viola i diritti naturali dei soggetti e questa violazione, a sua volta, nasce dall'inosservanza dei dettami della ragione. Anche la pena è l'esercizio di una forza che, come il crimine, lede la libertà, la proprietà, la vita dei soggetti. A rendere legittima la violenza punitiva interviene però la previa, ingiusta, irrazionale lesione della vittima.

La pena deve fare i conti con la ragione, per così dire, due volte: prima, in quanto presuppone il carattere irrazionale e degradante dell'azione criminale; poi, in quanto, nella fase della sua esecuzione, deve operare al riparo dalla passione e alla luce della ragione.

Nell'esigere che la pena proceda non secondo 'passione', ma secondo 'ragione', Grozio, Hobbes, Pufendorf, Locke non differiscono sostanzialmente. Grozio muove da una definizione della pena come « *malum passionis quod infligitur ob malum actionis* » e questa definizione viene in sostanza confermata dai suoi successori (anche da Hobbes, a patto di intendere il *malum actionis* come trasgressione di una legge del sovrano). Se ci fermassimo a queste definizioni potremmo arrivare ad attribuire ai contrattualisti settecenteschi una visione 'backward-looking', anziché 'forward-looking', della pena, ma commetteremmo un grossolano errore. Ce lo fa capire, con esemplare chiarezza, Pufendorf che presenta le due prospettive non come alternative, ma come strettamente complementari: non si ha propriamente pena se non si guarda al passato, se non si prende in considerazione il male compiuto dal trasgressore, ma al contempo non si deve punire se non in vista di un bene futuro ⁽¹⁵⁹⁾. A Grozio, come a Hobbes, a Pufendorf, a Locke, la

⁽¹⁵⁹⁾ « *Equidem in poenis omnino quoque esse respiciendum ad malum praeteritum, seu antegressum, delictum, cum citra hoc poena plane non existat; est tamen praeterea etiam prospiciendum ad finem, ne frustra male sit homini* » (S. PUFENDORFII, *De iure naturae et gentium libri octo*, cit., L. VIII, c. iii, § 8, p. 1057).

considerazione ‘retrospettiva’ del *malum actionis* appare inseparabile da una strategia punitiva rivolta al futuro e fondata sulla distinzione fra ‘vendetta’ e ‘pena’. E punire guardando al futuro, a sua volta, comprende una pluralità di fini, che vanno dalla neutralizzazione della pericolosità del reo al conseguimento di un suo ‘pentimento’, alla deterrenza di tutti i potenziali trasgressori. Occorre — scrive Locke — fare in modo che la pena renda l’infrazione « un cattivo affare per l’offensore », possa « dargli motivo di pentimento » e « dissuadere gli altri dal fare altrettanto »⁽¹⁶⁰⁾; la sofferenza inflitta con la punizione al responsabile di un delitto deve « indurlo a pentirsi di averlo fatto, e quindi dissuadere lui, e, con il suo esempio, altri, dal compiere un simile misfatto »⁽¹⁶¹⁾.

Preso d’atto del reato e della sua gravità; neutralizzazione (e pentimento) del reo; deterrenza nei confronti di tutti i soggetti; razionalità dell’intervento punitivo (calibrato, proporzionale alla gravità del reato): sono questi i principali profili di una strategia punitiva condivisa da Grozio come da Pufendorf, da Hobbes come da Locke⁽¹⁶²⁾. Se volessimo descriverla utilizzando le categorie della penalistica otto-novecentesca dovremmo parlare di una sorta di allegra coesistenza fra diverse od opposte teorie della pena (teorie ‘assolute’ o ‘relative’, ‘retribuzionistiche’ o ‘utilitaristiche’). E potremmo addirittura ravvisare nel tranquillo eclettismo degli ‘antichi’ l’anticipazione di quella *mixed theory* — di quella combinazione fra ‘retribuzionismo’ e ‘utilitarismo’ — che viene spesso presentata come la via più frequentata a partire dalla seconda metà del Novecento⁽¹⁶³⁾.

Mi si permetta però di sollevare, *en passant*, un dubbio: il dubbio che l’applicazione di categorie e dicotomie della penalistica otto-novecentesca alla cultura antica, medievale e proto-moderna sia esposta a un forte rischio di anacronismo. Certo, possiamo utilizzare

⁽¹⁶⁰⁾ *Treat*, trad. it., II, 12, p. 194. « [...] Each Transgression may be *punished* to that *degree*, and with so much *Severity* as will suffice to make it an ill bargain to the Offender, give him cause to repent, and terrifie others from doing the like » (*Treat*, II, 12, p. 293).

⁽¹⁶¹⁾ *Treat*, trad. it., II, 8, p. 192.

⁽¹⁶²⁾ Cfr. TUCKNESS, *Retribution and Restitution*, cit., p. 723.

⁽¹⁶³⁾ Cfr. L. ZAIBERT, *Punishment and Retribution*, Aldershot, Ashgate, 2008; J. BRONSTEEN, *Retribution’s Role*, in « *Indiana Law Journal* », 84 (2009), 4, pp. 1129-1156.

il concetto ‘metalinguistico’ che preferiamo, a patto di darne una qualche definizione previa. Possiamo, ad esempio, parlare di ‘totalitarismo’, per Platone (o per Rousseau), o di ‘liberalismo’ per Aristotele (o per Locke). Tutte le categorie sono utilizzabili; non tutte però sono convenienti: adeguate cioè alla comprensione storico-ermeneutica del ‘testo-oggetto’. La mia impressione è che le categorie, rigide e fortemente caratterizzate, del ‘retribuzionismo’ e dell’‘utilitarismo’ rischino di offrire un’immagine deformata della filosofia penale proto-moderna; né la situazione migliora attribuendo ad essa una qualche forma di *mixed theory*: non esisteva né poteva esistere una *mixture*, perché non era mai esistita una previa *separation*; non era mai esistita quella contrapposizione fra ‘dottrine’ incompatibili che, destinata a svilupparsi in una più avanzata modernità, era ancora, nel primo Settecento (¹⁶⁴), un mero futuribile.

È ampiamente condivisa, nella tradizione giusnaturalistica e contrattualistica, l’opinione che la pena (come affermava Pufendorf) debba guardare contemporaneamente al passato e al futuro. Un netto discrimine riguarda invece il fondamento del diritto di punire: da questo punto di vista, Locke accoglie e approfondisce (all’interno della sua visione dello stato di natura e del suo rapporto con l’ordine politico) la prospettiva groziana e fa del diritto di punire una componente indispensabile dell’ordine prepolitico. È la violazione dei diritti naturali a reclamare l’esercizio di un potere punitivo indispensabile già nell’ordine naturale al fine di promuovere il rispetto delle sue regole costitutive. Emerge comunque, anche in Locke, il problema della legittimità della violenza punitiva: a che titolo è giusto un atto che colpisce un individuo nella sua sfera vitale, che nega proprio quei diritti presentati come una prerogativa intangibile di ogni essere umano? La risposta, in Grozio come in Locke, è analoga e riposa sull’idea di una differenza ‘forte’, sostanziale, fra ‘innocenti’ e ‘colpevoli’ e sull’immagine del criminale come individuo ‘degradato’ e ‘disumanizzato’.

Punibile è dunque, per Locke, chiunque violi i diritti fondamentali: il singolo individuo in stato di natura e, una volta formatosi

(¹⁶⁴) Cfr. le convincenti considerazioni di D. IPPOLITO, *La philosophie pénale des lumières entre utilitarisme et rétributivisme*, in « Lumières », 20 (2012), 2, pp. 21-34.

l'ordine politico, il cittadino come il nemico 'ingiusto', il nemico 'esterno' come il 'despota' che attenta alla libertà e alla proprietà dei soggetti. Tre diverse figure — il criminale, il nemico, il despota — appaiono fra loro omologhe in quanto a diverso titolo responsabili della violazione dei diritti naturali dei soggetti ed esposte quindi a una violenza legittima che può spingersi fino alla soppressione del colpevole. Resa possibile dalla 'disumanità' del criminale, la pena di morte non si differenzia, dal punto di vista della sua legittimazione, da pene diverse (ma comunque invasive del *proprium* del condannato). E vale comunque la raccomandazione, quale che sia l'intervento punitivo prescelto, di concepire e applicare la pena alla luce di una ragione che tiene a bada la passione 'vendicativa', giudica la sofferenza inflitta come un 'male' (ancorché necessario) e lo finalizza al conseguimento di un 'bene' superiore.

5. *Jean-Jacques Rousseau: « [...] par ses forfaits rebelle et traître à la patrie ».*

Realizzare un ordine saldo e stabile (senza il quale la sicurezza dell'individuo è compromessa), ma al contempo trovare un punto di equilibrio fra il comando sovrano e la tutela del soggetto: è con questa vera e propria quadratura del cerchio che la pena deve misurarsi. Essa, da un lato, deve rendere effettiva la tenuta dell'ordine colpendo i trasgressori, ma, dall'altro lato, deve essere uno strumento 'razionale' di governo dei soggetti, deve contenere la sofferenza (che è sempre un 'male') nei limiti strettamente funzionali allo scopo della deterrenza.

Il problema di fondo è dunque come rappresentare il punto di collisione fra individuo e sovrano quando la posta in gioco è la vita: la pretesa di conservarla, da parte del soggetto, la pretesa di disporne, da parte del sovrano. Centrale per tutti, questo problema assume una particolare (e, direi, drammatica) evidenza in Hobbes e torna a presentarsi in tutta la sua perentorietà in Rousseau: che conviene leggere, come scrive Gabriella Silvestrini, sullo sfondo del dibattito « sul diritto di vita e di morte, che rimanda tanto al diritto di guerra quanto al diritto di punire: due diritti segnati da un

intreccio costitutivo e fondativo nel pensiero politico moderno » (165).

Rousseau va dritto al punto: il punto è la vita del soggetto di fronte alle pretese del sovrano. Anche la pena di morte viene presa in considerazione, ma essa non è *il problema*, bensì è una sua determinazione o caso di specie: il problema, che dà il titolo al capitolo V del Libro II del *Contract social*, è il problema « *Du droit de vie et de mort* ». Rousseau lo formula riproducendo quasi letteralmente una frase del *Second Treatise* lockiano: « si domanda come i singoli, non avendo il diritto di disporre della propria vita, possano trasmettere al corpo sovrano questo diritto che essi non hanno » (166). In realtà, Rousseau sta spostando il passo lockiano (167) dal suo asse per utilizzarlo nel proprio, e diverso, piano argomentativo. Nel brano del *Treatise* Locke non si interroga sul fondamento del diritto di punire o, più in generale, dello *ius vitae ac necis* del sovrano, ma ribadisce il principio dell'indisponibilità dei diritti naturali (antecedenti al contratto e cogenti anche per il sovrano) allo scopo di confermare l'illegittimità di un dominio 'dispotico'. Non è in questione il problema della vita e della morte del soggetto, per il semplice motivo che il diritto di punire (il criminale e il nemico 'ingiusto') dipende non dal contratto ma dalla 'degradazione' del soggetto provocata dal suo comportamento. Potremmo dire che Rousseau utilizza un ingrediente lockiano, ma ne altera il sapore aggiungendoci una salsa hobbesiana: è infatti per Hobbes, assai più che per Locke, che sono problematiche tanto la fondazione quanto l'esplicazione del diritto di punire.

Al di là dello specifico diritto di punire, preme a Rousseau capire le varie facce dell'appartenenza dell'individuo alla *respublica* (ed è in questa luce che il tema dello *ius vitae ac necis* rivela tutta la

(165) SILVESTRINI, *Fra diritto di guerra e potere di punire*, cit., p. 126.

(166) J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, a cura di A. Burgio, Milano, Feltrinelli, 2003 (da ora in poi indicato come *Contr.*, trad. it.) II, v, p. 104. « On demande comment les particuliers n'ayant point droit de disposer de leur propre vie peuvent transmettre au Souverain ce même droit qu'il n'ont pas? » (J.-J. ROUSSEAU, *Du Contract social; ou, Principes du droit politique*, in Id., *Œuvres complètes*, III, Paris, Gallimard, 1964 (da ora in poi indicato come *Contr.*) II, v, p. 376). Si veda, in generale, la bella Introduzione di A. BURGIO, in J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale*, cit., pp. 7-46.

(167) *Treat.*, IV, 23, p. 302.

sua gravidanza). La domanda ‘pseudo-lockiana’ che apre il capitolo V presuppone e prosegue quindi — come osserva puntualmente Bruno Bernardi ⁽¹⁶⁸⁾ — il discorso sviluppato nel capitolo precedente, imperniato sul potere sovrano e sui suoi limiti; che a sua volta rinvia al quesito sollevato all’inizio dell’opera e presentato come il « problema fondamentale » di cui il contratto sociale vuole essere la soluzione: « trovare una forma di associazione che con tutta la forza comune difenda e protegga le persone e i beni di ogni associato, e mediante la quale ciascuno, unendosi a tutti, obbedisca tuttavia soltanto a se stesso, e resti non meno libero di prima » ⁽¹⁶⁹⁾.

È il problema del rapporto fra l’individuo e il sovrano. Per Rousseau però il sovrano, contrattualmente creato dai soggetti, non è un ente (individuo o assemblea) diverso dai soggetti; non è il sovrano hobbesiano cui i contraenti affidano i loro originari diritti-poteri autorizzandolo ad agire come loro ‘rappresentante’. I soggetti non escono di scena né il popolo esiste solo in quanto rappresentato-creato dal sovrano. Essi conferiscono (come in Hobbes) i loro diritti naturali al sovrano, ma questi non è un terzo, bensì coincide con la totalità dei soggetti. L’atto di associazione, nel momento in cui ciascuno dei contraenti « mette in comune la propria persona e ogni proprio potere », crea « un corpo morale e collettivo, composto di tanti membri quanti sono i voti dell’assemblea » e « da questo stesso atto tale corpo riceve la sua unità, il suo io comune, la sua vita, la sua volontà » ⁽¹⁷⁰⁾. Il sovrano coincide con la totalità dei soggetti e ciascuno di essi è accolto, al momento della conclusione del contratto, come « parte indivisibile del tutto ». Il sovrano non è una potenza esterna, diversa e contrapposta ai soggetti: sono i soggetti che contrattualmente si costituiscono come sovrano. Nasce una

⁽¹⁶⁸⁾ B. BERNARDI, *Le droit de vie et de mort selon Rousseau: une question mal posée?* in « Revue de métaphysique et de morale », 37 (2003), 1, p. 97.

⁽¹⁶⁹⁾ *Contr.*, trad. it., I, vi, p. 79. « Trouver une forme d’association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s’unissant à tous, n’obéisse pourtant qu’à lui-même, et reste aussi libre qu’auparavant » (*Contr.*, I, vi, p. 360).

⁽¹⁷⁰⁾ « [...] cet acte d’association produit un corps moral et collectif, composé d’autant de membres que l’assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté » (*Contr.*, I, vi, p. 361).

nuova « persona pubblica » che « assumeva in altri tempi il nome di *Cité*, e prende ora quello di *repubblica* o di *corpo politico* » (171).

La soluzione offerta da Rousseau al dilemma da lui formulato deve essere decifrata prendendo sul serio la coincidenza fra il sovrano e la totalità dei soggetti. È sullo sfondo della solidarietà che intercorre fra il corpo politico e i suoi membri che occorre situare l'interazione fra il tutto e le parti e tentare di comprendere la direzione di senso di un campo argomentativo affollato di enunciati difficilmente componibili, quali l'assolutezza della sovranità e la centralità dei diritti, l'irrelevanza delle garanzie e il protagonismo dei soggetti. Il discorso rousseauviano, pur con le ambiguità che hanno reso possibile l'impressionante diaspora delle interpretazioni, è sostenuto dalla convinzione dell'intima e benefica correlazione fra il tutto e le parti: « appena questa molteplicità di persone è così riunita in un corpo, non si può offendere uno dei suoi membri senza attaccare l'intero corpo; e tanto meno si può offendere il corpo senza che i suoi membri se ne risentano » (172). È appunto il rapporto di identità fra il sovrano e i soggetti che rende inutili le garanzie (e favorisce la formulazione della famosa o famigerata tesi della 'costrizione alla libertà' (173)).

Lungi dall'essere una clausola di stile o una metafora lessicalizzata, l'immagine del 'corpo' politico è un indizio del pathos 'corporatista' e repubblicano che permea la riflessione rousseauviana. Più diffusamente che nel *Contract social*, nel *Discours sur l'économie politique* l'intrinseca solidarietà del corpo politico è ampiamente valorizzata. Il corpo politico è un corpo organizzato e vivente, fonte delle leggi, criterio del giusto e dell'ingiusto, teso « à la conservation et au bien-être du tout et de chaque partie » (174). Il « corps de la nation » si protende a sostegno dell'ultimo dei suoi membri, si preoccupa del bene del singolo come del bene del tutto

(171) *Contr.*, trad. it., I, vi, pp. 80-81.

(172) *Contr.*, tr. it, I, vii, p. 83. « Sitot que cette multitude est ainsi réunie en un corps, on ne peut offenser un des membres sans attaquer le corps ; encore moins offenser le corps sans que les membres s'en ressentent » (*Contr.*, I, vii, p. 363).

(173) *Contr.*, I, vii, p. 364.

(174) J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'économie politique*, in Id., *Œuvres complètes*, III, cit., p. 244.

e non può ammettere « de sacrifier un innocent au salut de la multitude »⁽¹⁷⁵⁾.

Certo, l'« État » o « Cité » (in quanto 'corpo', o '*universitas*', o — pufendorfiana — « persona morale ») ha bisogno di « une force universelle et compulsive » che muove le singole parti nel modo più conveniente per il tutto: come è assoluto il potere naturale dell'uomo sulle sue membra, così nel corpo politico è assoluto il potere che, diretto dalla « *volonté générale* », prende il nome di sovranità⁽¹⁷⁶⁾. Il potere sovrano però, ancorché assoluto, ha perduto, per così dire, la 'verticalità' che lo caratterizzava tradizionalmente: un atto del sovrano non è « una convenzione fra il superiore e l'inferiore, ma una convenzione tra il corpo e ciascuno dei suoi membri »⁽¹⁷⁷⁾ e l'obbedienza dei soggetti deve essere intesa come espressione non già di eteronomia ma di autonomia. Con il contratto sociale i singoli hanno fatto non tanto rinunce, quanto scambi vantaggiosi: si sono lasciati alle spalle il conflitto e l'insicurezza per ottenere una sicurezza e una libertà rinnovate e compiute.

È nel quadro della descrizione dei vantaggi prodotti dalla benefica trasformazione dell'uomo 'naturale' in 'cittadino' che Rousseau tocca il tema della morte: la morte che il sovrano può esigere dal soggetto. Questo tema è inserito, senza soluzione di continuità, entro il medesimo percorso argomentativo e viene presentato come l'altra faccia della sicurezza e della protezione derivanti dall'appartenenza dei cittadini al corpo politico. « La loro stessa vita, che essi hanno consacrato allo Stato, ne è continuamente protetta; e quando essi la espongono in sua difesa, che altro fanno se non rendergli ciò che hanno ricevuto da esso? »⁽¹⁷⁸⁾. L'estremo sacrificio cui il cittadino si rende disponibile per difendere lo Stato è l'altra faccia della protezione che lo Stato gli offre.

È la sicurezza che l'individuo persegue con il patto sociale. Nello stato di natura il conflitto è inevitabile e generalizzato e

⁽¹⁷⁵⁾ Ivi, p. 256.

⁽¹⁷⁶⁾ *Contr.*, II, iv, p. 372.

⁽¹⁷⁷⁾ *Contr.*, trad. it, II, iv, p. 102. (*Contr.*, II, iv, p. 374).

⁽¹⁷⁸⁾ *Contr.*, II, iv, p. 103. « Leur vie même, qu'ils ont dévouée à l'État, en est continuellement protégée; et lorsqu'ils l'exposent pour sa défense, que font-ils alors que lui rendre ce qu'ils ont reçu de lui? » (*Contr.*, II, iv, p. 375).

l'insicurezza è massima. La decisione di appartenere a una comunità politica è quindi una scelta razionale, guidata dal bisogno dell'auto-conservazione. Fin qui, Hobbes avrebbe potuto sottoscrivere. Rousseau però non si limita a ricordare l'istinto auto-conservativo dei soggetti e a vedere nella morte in battaglia l'altra faccia della protezione garantita dal corpo politico, ma accenna a un legame, non più semplicemente 'utilitario', ma etico ed affettivo con la totalità politico-sociale. I soggetti hanno consacrato la loro vita allo Stato e rispettano il principio secondo il quale « tutti devono in caso di bisogno combattere per la patria » (179). La morte in battaglia non è accettabile soltanto in virtù di un calcolo 'egoistico', ma trae un senso ulteriore dal pathos corporatista e repubblicano caratteristico della riflessione rousseauviana (180).

Nelle parole conclusive del capitolo IV, dunque, Rousseau ha già indicato le motivazioni che rendono accettabile la morte in difesa del corpo politico di cui si è membri. La domanda che apre il capitolo immediatamente successivo — in che modo i soggetti possano conferire al sovrano il diritto di disporre della loro vita — è quindi, per un verso, la diretta continuazione del ragionamento precedente e, per un altro verso, risponde all'esigenza di affrontare il problema dello *ius vitae ac necis* in tutta la sua generalità (tanto che proprio nel prosieguo del discorso verrà toccato anche il problema della pena di morte).

Il problema è la difficile conciliazione di due estremi: la sicurezza, che, con il patto sociale, l'individuo si aspetta di ricevere dal sovrano, e la morte, che proprio il sovrano può infliggergli. Non

(179) *Ibidem*.

(180) Lo stesso Pufendorf peraltro aveva dedicato un suo scritto al tema dell'amor patrio, sottolineando i vari profili che lo separavano da Hobbes: S. PUFENDORF, *De obligatione adversus Patriam*, in Id., *Analecta Politica quibus multae, rariae gravissimaeque hujus Disciplinae quaestiones variis dissertationibus explicantur et enodantur*, Amstelaedami, Apud Janssonio-Waesbergios, 1698, pp. 1-109 (in particolare, p. 43 e ss.). Nei *Fragments Politiques* Rousseau scrive che è dalla patria che i cittadini traggono una « véritable vie », che la loro vera felicità è impiegarla al suo servizio e che « ils compteront au nombre de ses bienfaits l'honneur de verser au besoin tout leur sang pour sa deffense » (J.-J. ROUSSEAU, *Fragments Politiques*, XI [*De la patrie*], in Id., *Œuvres complètes*, III, cit., p. 536). L'amor patrio è ovviamente un topos centrale dell'intera tradizione 'repubblicana'.

è allora la morte di un cittadino, direttamente o indirettamente voluta dal sovrano, l'elemento che apre un'incolmabile falla nella legittimità dell'ordine politico?

La risposta di Rousseau fa leva sul concetto di rischio. Bruno Bernardi richiama l'attenzione su due manoscritti (pubblicati da Charly Guyot) ⁽¹⁸¹⁾, dove Rousseau distingue accuratamente fra « danger », « péril » e « risque » e definisce quest'ultimo come « un danger auquel on s'expose volontairement et avec quelque espoir d'en échapper, en vue d'obtenir quelque chose qui nous tente plus que le danger ne nous effraye » ⁽¹⁸²⁾. È di « risque » che si parla nel *Contract social* proprio per sottolineare la razionalità della scelta del contraente, che accetta non già la certezza della morte, ma solo la sua possibilità in vista di un vantaggio superiore: « Ogni uomo ha il diritto di rischiare la vita per conservarla ». Chi si propone come fine la conservazione della propria vita deve volere anche i mezzi funzionali a questo scopo « e questi mezzi sono inseparabili da alcuni rischi [...] » ⁽¹⁸³⁾. Tutto si tiene, dunque, nell'argomentazione di Rousseau. In primo luogo, l'individuo non rinuncia al suo fine primario (la conservazione della vita, la sicurezza), non trasferisce un diritto che non ha, ma introduce, nella logica della pattuizione che dà origine al corpo politico, un elemento tradizionalmente trascurato: l'elemento della possibilità e della temporalità. Il contraente non accetta la morte come tale, ma la colloca nell'orizzonte del futuro e ne ammette la possibilità, calcola il rischio e decide di stare al gioco. In secondo luogo, accettando il rischio di perdere la vita per il sovrano, il soggetto non entra in rapporto con un 'superiore', che dal di fuori e dall'alto può decidere di sopprimerlo, ma aderisce a « una convenzione tra il corpo e ciascuno dei suoi membri » ⁽¹⁸⁴⁾: il rischio che egli decide di correre non è un rischio 'solitario', ma è un rischio 'partecipato', con-diviso con tutti i membri del corpo politico. È comprensibile dunque che la domanda 'lockiana' — in che modo i singoli possano trasmettere ad altri il loro indisponibile diritto alla vita — appaia a Rousseau semplicemente male impostata:

⁽¹⁸¹⁾ BERNARDI, *Le droit de vie et de mort*, cit., p. 90.

⁽¹⁸²⁾ Ivi, p. 92.

⁽¹⁸³⁾ *Contr.*, trad. it., II, v, p. 104.

⁽¹⁸⁴⁾ *Contr.*, trad. it., II, iv, p. 102.

ripensando il contratto sociale in un'ottica, per così dire, probabilistica, è possibile mostrare come nell'ordine politico possano coesistere, senza contraddizione, la sicura conservazione dei soggetti e la loro esposizione alla morte, dal momento che la prima appartiene all'ordine del reale e la seconda all'ambito del possibile; e in ogni caso tanto il reale quanto il possibile, tanto la sicurezza quanto il rischio della morte sono immersi nella luce della comune appartenenza alla patria repubblicana.

A turbare l'orizzontalità del processo politico interviene però nel testo rousseauviano un'ulteriore argomentazione. Una volta accettato il rischio della morte, non appena il 'possibile' diviene 'reale', nella concreta gestione dell'emergenza il cittadino non ha voce in capitolo e tutto dipende dalla decisione del « Prince » (cioè dal magistrato che presiede all'esecuzione delle leggi ⁽¹⁸⁵⁾): « quando il principe dice: 'Allo Stato occorre che tu muoia', egli deve morire » ⁽¹⁸⁶⁾. Certo, sappiamo perché il cittadino deve morire: perché la sicurezza di cui egli ha goduto fino a quel momento era sospesa alla sua preventiva accettazione del rischio. Al contempo, tuttavia, accanto alla menzione del calcolo 'razionale' ed 'utilitario' che ha reso possibile al soggetto la sottoscrizione del patto sociale, Rousseau introduce anche un enunciato in qualche modo 'eccedente' il calcolo probabilistico dei vantaggi e degli svantaggi; un enunciato che sposta l'asse del discorso dalla parte al tutto, dall'individuo al corpo politico: l'individuo deve accettare di morire perché è cambiata la sua identità profonda e la sua vita, da 'naturale', è divenuta un « dono condizionato dello Stato » (« un don conditionnel de l'Etat ») ⁽¹⁸⁷⁾.

Con il contratto, l'individuo diviene, da 'uomo', 'cittadino'. In termini generali, ciò è vero per ogni contrattualista. Sono diverse però le rappresentazioni dei rapporti che intercorrono fra i soggetti e il sovrano. In conseguenza del contratto, l'individuo hobbesiano, per un verso, è tenuto a obbedire a un Leviatano che, dall'alto della

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. R. DERATHÉ, *Notes et variantes*, in J.-J. Rousseau, *Œuvres complètes*, III, cit., p. 1460.

⁽¹⁸⁶⁾ *Contr.*, trad. it., II, p. 104. « quand le Prince lui ha dit, il est expédient à l'Etat que tu meures, il doit mourir » (*Contr.*, II, v, p. 376).

⁽¹⁸⁷⁾ *Ibidem*.

sua onnipotenza, lo protegge (e lo minaccia), ma, per un altro verso, resta gelosamente fedele alla sua identità 'naturale' ed è pronto a contrastare (come può) il sovrano in nome del suo diritto-potere di conservare se stesso. Per Rousseau, il contratto sociale produce nel soggetto un mutamento 'qualitativo' e fa della sua condizione di 'cittadino' uno *status* eticamente impegnativo: « la sua vita non è più solo un favore della natura, ma un dono condizionato dello Stato »; e dell'uso di questo dono decide insindacabilmente il magistrato, mentre il cittadino « non è più giudice del pericolo » (188).

Il calcolo 'utilitario' del rischio, da un lato, e, dall'altro lato, le perentorie esigenze della totalità sociale: sono questi gli estremi che racchiudono le considerazioni dedicate da Rousseau alla pena di morte. Perdere la vita a seguito di una condanna o perdere la vita nella difesa della patria sono eventi evidentemente diversi, ma sollevano il medesimo problema: in che modo la morte cui un individuo va incontro come cittadino sia conciliabile con la sicurezza che egli perseguiva con il contratto sociale. Se il problema è il medesimo, identica sarà la soluzione, fondata sul calcolo delle probabilità e sull'assunzione del rischio. Per non essere vittima di un assassino (per godere della sicurezza offertami dall'ordine politico) accetto il rischio di essere messo a morte nel caso che l'omicidio sia io a commetterlo. In ogni caso, « lungi dal disporre della propria vita, si pensa soltanto a garantirla » (189).

Fino a questo punto, le argomentazioni procedono in parallelo: la morte del soldato, come la morte del criminale, sono un rischio calcolato da parte dei contraenti del patto sociale in vista della migliore sicurezza possibile. La contraddizione fra 'morte' e 'sicurezza' è apparente e il potere sovrano di dare la morte ha trovato dunque una sua compiuta legittimazione, di carattere 'funzionalistico': il sovrano infligge la morte per proteggere i soggetti dalle aggressioni dei criminali. La morte di qualcuno per la sicurezza di tutti.

In realtà, l'argomentazione di Rousseau non si arresta a una siffatta fondazione 'utilitaristica' della legittimità della pena capitale, ma prosegue in una direzione ulteriore, che prende in considera-

(188) *Ibidem.*

(189) *Ibidem.*

zione non l'effetto dell'atto criminale (l'insicurezza da esso prodotta), ma il soggetto che delinque. Per Rousseau, a definire il comportamento criminale non entrano in gioco i diritti naturali infranti (come nella linea Grozio-Locke). Come per Hobbes, il crimine si svolge nello spazio della *Cité* e viola le leggi da essa emanate. Le leggi però non sono l'espressione della volontà di un sovrano che 'dall'esterno' governa i soggetti. Le leggi che il malfattore attacca sono il « *droit social* », il diritto voluto da un sovrano che coincide con i soggetti, che si identifica con il corpo sociale. Sono i « *forfaits* » del criminale (lessicalmente evocativi della lockiana « *forfeiture* ») a cancellare i suoi diritti (a partire dal diritto alla vita), ma la pena cui il criminale si espone ha come presupposto non la (tomistica, lockiana) perdita della sua 'dignità' umana, bensì la sua trasformazione, da cittadino, a « ribelle e traditore verso la patria » (« *rebelle et traître à la patrie* »).

L'atto criminale è la rottura del vincolo 'corporatista' che lega l'individuo alla totalità sociale e la conservazione del reo diviene incompatibile con la salvezza dello Stato: « quando si fa morire il colpevole, lo si uccide non tanto come cittadino quanto come nemico »⁽¹⁹⁰⁾. È il pericolo che il criminale rappresenta per la comunità il motivo che impone l'intervento punitivo, ma la legittimità di quest'ultimo rinvia al fatto che il criminale ha rotto il « *traité social* » e ha quindi cessato di essere « *membre de l'Etat* ». Se il contratto sociale trasformava l'uomo (naturale) in 'cittadino', il crimine converte il 'cittadino' in nemico: il criminale « *fait la guerre* » allo Stato ed è come nemico che viene messo a morte. Ciò che conta è la sua espulsione dal corpo sociale: con l'esilio oppure con la morte che lo colpisce come un « *ennemi public* »⁽¹⁹¹⁾.

Fra le contrapposte rappresentazioni dell'atto criminale proposte da Grozio e Locke, da un lato, e, dall'altro lato, da Hobbes (e da Pufendorf), Rousseau sta scegliendo una sorta di 'terza via'. Egli segue Hobbes nel fare dell'ordine politico lo scenario obbligato del

⁽¹⁹⁰⁾ *Ibidem* (« quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme Citoyen que comme ennemi »).

⁽¹⁹¹⁾ *Contr*, II, v, p. 377. Cfr. S. LABRUSSE, *Le droit de vie et de mort selon J.-J. Rousseau ou la politique de l'homme infaillible*, in « *Annales de la société Jean-Jacques Rousseau* », XLIII (2001), pp. 107-128.

crimine e nel vedere nel sovrano l'esclusivo titolare dell'azione punitiva. Cambiano però il portatore della sovranità e la visione dell'ordine politico e di conseguenza anche il crimine perde la 'verticalità' che derivava ad esso dalla 'verticalità' del processo politico: il criminale non se la vede con il 'terzo' onnipotente, ma entra in rotta di collisione con il corpo sociale.

Nasce da questa diversa caratterizzazione dell'atto criminale conseguenza che allontana nettamente Rousseau da Hobbes: la 'drammatizzazione' della trasgressione e la degradazione etica del criminale. È nella partecipazione alla *respublica*, è nella fattiva, reciproca solidarietà dei cittadini che l'essere umano trova il suo compimento: la rottura del patto che rende possibile la promozione dell' 'uomo' a 'cittadino' innesca un processo inverso e impone un'esclusione che non ha più a che fare con la sicurezza dei consociati, ma discende direttamente dalla 'degradazione' di cui il reo si è reso responsabile.

Ex parte subjecti, è il calcolo del rischio che rende compatibile il perseguimento della sicurezza con la possibilità della condanna a morte. Dal punto di vista della totalità politico-sociale (il punto di vista, si direbbe, decisivo e conclusivo) e del suo rapporto con il singolo, ha un peso determinante la medesima esigenza che impone il sacrificio del singolo in guerra: garantire la conservazione del corpo politico di fronte a una minaccia. Nel valorizzare la sicurezza Rousseau non è lontano da Hobbes. Ne diverge però nella rappresentazione del criminale. Con la trasgressione del « *droit social* » il cittadino muta drasticamente il suo *status*. Non è la violazione delle leggi naturali che 'degrada' il soggetto, come in Locke, ma è la rottura del vincolo 'corporatista': come in Locke, comunque, e a differenza di Hobbes, il criminale è non soltanto 'nocivo', ma è anche 'indegno'. Si interrompe qui il parallelismo fra la morte in difesa della patria e la morte a seguito di una condanna: in entrambi i casi, i soggetti accettano preventivamente il rischio della morte; in entrambi i casi, l'esigenza primaria è la difesa del corpo politico da un pericolo; è però come un nemico, non come un cittadino, che il criminale va incontro alla morte ⁽¹⁹²⁾.

⁽¹⁹²⁾ Cfr. G. COQUI, *Le 'droit de vie et de mort' est-il un droit de punir?* (*Sur Rousseau, Du Contrat Social, II, V*), in « *Corpus. Revue de philosophie* », 62 (2012) (*La peine de mort*), p. 176.

Se il criminale è un nemico, emerge una differenza decisiva rispetto a Hobbes. Come sappiamo, Hobbes ha separato la figura del ‘criminale’ da quella del ‘nemico’. La distinzione non ha riguardo alla gravità del reato e alla pericolosità del reo: un feroce assassino resta soltanto un ‘criminale’. È un ‘criminale’ chi viola l’una o l’altra legge del sovrano; ed è un ‘nemico’ chi attacca la radice stessa del comando sovrano. La distinzione è tutt’altro che irrilevante: contro il nemico si dispiega una violenza priva di remore e freni, mentre nei confronti del criminale si procede secondo le regole previste dalle leggi, tanto che Hobbes indica puntigliosamente i casi in cui la non ottemperanza di esse trasforma indebitamente l’azione punitiva in un ‘atto di ostilità’. Il criminale insomma resta, per Hobbes, cittadino, mentre in Rousseau la distinzione fra criminale e nemico sembra saltare.

L’omissione di una siffatta distinzione è singolare. Certo, ha ragione Bernardi nel notare che Rousseau guarda al problema della pena da uno specifico angolo visuale, senza pretendere di analizzarne tutti gli aspetti⁽¹⁹³⁾. E potremmo tentare di avanzare una sorta di interpretazione ‘caritatevole’ delle pagine del *Contract social* facendo leva su un’espressione impiegata da Rousseau: il criminale come « rebelle et traître ». Le immagini della ‘ribellione’ e del ‘tradimento’ sono ricorrenti nella letteratura politico-giuridica dedicata al *crimen laesae maiestatis* (e lo stesso Hobbes, come sappiamo, parla di « Rebels » e « Traytors » per indicare i ‘nemici’ del sovrano, non i criminali). Potremmo allora ipotizzare che anche Rousseau si riferisse soltanto ai ‘reati politici’, ai reati che mettono in questione la sopravvivenza del corpo politico e non semplicemente creano ‘allarme sociale’ o insicurezza. Una siffatta ipotesi sarebbe però un’interpretazione *a silentio*, dal momento che non sono ravvisabili nel testo cenni che inducano a pensare che i delitti compiuti dal ‘criminale-nemico’ siano soltanto i reati politici, pur restando fermo che si tratta comunque di reati gravi.

Certo, Rousseau non manca di affermare (in una prospettiva già ampiamente illustrata dalla tradizione contrattualistica) che la pena di morte deve restare l’*ultima ratio*: « non si ha il diritto di far

(193) BERNARDI, *Le droit de vie et de mort selon Rousseau*, cit., p. 102.

morire, neanche per dare l'esempio, se non chi non si possa serbare in vita senza pericolo » (194). Il corpo sociale deve pur sempre essere protettivo nei confronti dei suoi membri, finché ciò sia compatibile con la sicurezza. Il riferimento alla 'pericolosità' del crimine e alla 'sicurezza' dei cittadini coesiste tuttavia con l'immagine dell' 'indegnità' del criminale, con la sua degradazione da 'cittadino' a 'nemico'.

Se davvero in Rousseau 'criminale' e 'nemico' si identificassero, assisteremmo a un singolare rovesciamento di prospettiva rispetto al tradizionale rapporto fra 'processo penale' e 'guerra': non è più la guerra a poter essere assimilata a un processo che ha come scopo la punizione del *criminale*-(nemico), bensì è il processo ad essere presentato come una guerra indirizzata contro il *nemico*-(criminale). Ovviamente, le cose sono più complicate di quanto possa essere riassunto con una formula sbrigativa. Ed occorre comunque ricordare che un *tertium genus* rispetto a questa alternativa è stato offerto da Hobbes: che separa nettamente il processo penale dalla guerra e vede in quest'ultima (e non nel primo) l'ambito nel quale si dispiega il persistente *ius in omnia* del sovrano.

Nella prospettiva rousseauviana guerra e processo penale vengono a incontrarsi, per così dire, due volte: perché il processo è una guerra al nemico interno; ma anche perché tanto nella guerra al nemico esterno quanto nella guerra al nemico interno irrompe un evento che turba il felice connubio fra l'unità del corpo sociale e i diritti individuali, fra l'amor patrio e la sicurezza: la morte di un cittadino. A renderla, in entrambi i casi, 'giusta' intervengono, da un lato, l'accettazione preventiva, da parte dell'individuo, della sua possibilità e, dall'altro lato, il senso dell'appartenenza a un solidale ed unitario corpo sovrano; un'appartenenza che induce, attraverso la riproposizione e il rinnovamento di antiche formule, da un lato, a drammatizzare la trasgressione assimilandola al tradimento e, dall'altro lato, a sottolineare la doverosità del *pro patria mori*.

(194) *Contr*, trad. it., II, v, p. 105 (*Contr*, II, v, p. 377).

6. *Cesare Beccaria: « non è dunque la pena di morte un diritto ».*

Il *Contract social* esce nel 1762, appena due anni prima della pubblicazione del *Dei delitti e delle pene*, ma in tempo per divenire uno dei punti di riferimento di Beccaria. Con Rousseau Beccaria fa i conti, ma si tiene a distanza dal *Contract social* più di quanto sostenessero alcuni dei primi commentatori del *Dei delitti* (quali Facchini e Verri). Certo, proprio nel capitolo XXVIII il nesso instaurato fra ‘contratto’, ‘leggi’ e ‘volontà generale’ evoca indubbiamente il testo rousseauviano, ma conviene tener presente l’esatta osservazione di Francioni, che ci ricorda che « la *volontà generale*, in Beccaria, non corrisponde in senso proprio alla russoiana *volonté générale*, quanto piuttosto alla *volonté de tous* »⁽¹⁹⁵⁾, in una prospettiva assai più vicina a Helvétius che non a Rousseau.

Non è solo a Rousseau, ma è a tutta la letteratura contrattualistica sei-settecentesca che guarda Beccaria, muovendosi con giovanile audacia all’interno di quella tradizione: di essa raccoglie, da un lato, le principali domande (come fondare il potere punitivo, come legittimare il potere sovrano di infliggere la morte ai soggetti, dato che proprio questi lo hanno creato a loro esclusivo vantaggio) e, dall’altro lato, gli strumenti concettuali utilizzabili per arrivare a formulare la sua originale risposta⁽¹⁹⁶⁾.

Se la vita è un bene indisponibile, se l’uomo « non è padrone di uccidersi », come « ha potuto dare altrui questo diritto o alla società intera? »⁽¹⁹⁷⁾. La domanda ricalca fedelmente l’incipit del rousseauviano capitolo V del *Contract social*⁽¹⁹⁸⁾ che, a sua volta, echeggia, come sappiamo, una frase di Locke. Beccaria riproduce la domanda, ma la decifra alla luce di una soggiacente scelta filosofico-antropologica che lo avvicina assai più a Hobbes che a Locke. L’essere umano per Beccaria è un essere passionale e ‘interessato’: i tratti della sua fisionomia sono compatibili (attraverso la mediazione

⁽¹⁹⁵⁾ Cfr. la nota 3 di G. FRANCONI in BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVIII, p. 86.

⁽¹⁹⁶⁾ Cfr. V. FERRONE, *Storia dei diritti dell’uomo*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

⁽¹⁹⁷⁾ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVIII, p. 86.

⁽¹⁹⁸⁾ « On demande comment les particuliers n’ayant point droit de disposer de leur propre vie peuvent transmettre au Souverain ce même droit qu’il n’ont pas? » (*Tract*, I, v, p. 376).

di Helvétius) con l'individuo hobbesiano, dominato da un'intransigente impulso auto-conservativo e pronto a usare la ragione per massimizzare la soddisfazione, piuttosto che per disciplinarla e contenerla.

L'essere umano vuole conservare se stesso ed è dominato da questo impulso originario. Beccaria, come Hobbes, non prevede eccezioni al diritto-potere di conservare se stesso. Anche Locke valorizzava l'auto-conservazione, ma, collegandola al dovere e sostenendo che essa dovesse svolgersi nei binari predisposti dalla ragione, introduce un discrimine decisivo: fra gli innocenti e i criminali, fra chi rispetta e chi viola il diritto naturale, fra l'uomo compiuto (e compiutamente 'razionale') e l'uomo 'degradato' e 'disumanizzato' (perché 'irrazionale'). La distinzione fra innocente e criminale è per Locke iscritta nella natura delle cose: il contratto sociale, e la comunità politica che ne deriva, non possono incidere su di essa, ma la presuppongono. La morte come pena del colpevole è una possibilità che riposa sulla naturale differenza fra 'superiori' e 'inferiori', fra innocenti e criminali.

Per Beccaria, il comportamento criminale non modifica il quadro dell'originario diritto alla conservazione di sé e quindi tutto si gioca nel momento del contratto. Il contratto però, per Beccaria, genera sempre e comunque 'cittadini' per i quali non sembra prevista alcuna possibilità di 'degradazione' o mutamento di *status*: anche il criminale è un cittadino e non un 'traditore' del vincolo che lo stringe alla totalità politico-sociale. Difficilmente Beccaria avrebbe potuto sottoscrivere l'immagine rousseauviana della vita del cittadino come « don conditionnel de l'Etat », proprio perché prevale in lui l'idea di una 'natura' umana, originaria e immutabile, che fa valere le sue pretese tanto nel momento della genesi contrattuale dell'ordine politico quanto nel suo normale funzionamento.

Potremmo allora arrivare a sostenere che l'interlocutore forse principale (ancorché prudentemente 'dissimulato') di Beccaria è Hobbes: è nei suoi scritti che Beccaria trova la più perentoria e incondizionata valorizzazione del 'nudo' impulso auto-conservativo; e, come sappiamo, è proprio questo il motivo per cui in Hobbes la tensione fra la sovranità e il soggetto raggiunge un diapason altissimo, tanto da indurre la maggioranza della storiografia a parlare, più che di tensione, di aporia. In realtà, nel discorso hobbesiano la

coerenza argomentativa è, in definitiva, salva, ma ha un costo elevato: viene ammesso che il soggetto non rinunci a difendersi, anche quando è il sovrano a minacciarlo, ma non sono previsti strumenti cui egli possa ricorrere in questa impresa, che si presenta come una sfida impari fra diritti-poteri contrapposti.

In Rousseau, la tensione hobbesiana si stempera, da un lato, perché interviene il concetto di ‘rischio’ e, dall’altro lato, perché la perentorietà dell’autoconservazione si attenua e si complica con la creazione del corpo politico e la ‘drammatizzazione’ ed ‘eticizzazione’ del rapporto di cittadinanza. Rousseau converge comunque con Hobbes nella tesi centrale: occorre garantire la sicurezza dei soggetti e la pena di morte sembra (almeno per i crimini più gravi) indispensabile. E peraltro anche sul fronte opposto (per intendersi, groziano-lockiano) la conclusione non è dissimile: la sicurezza richiede l’eliminazione del criminale più pericoloso.

È però obbligata una siffatta conclusione? Oppure è possibile muovere, come Hobbes, da un’idea intransigente e incondizionata di autoconservazione e tuttavia sostenere che l’obiettivo da tutti perseguito — la tenuta dell’ordine e la sicurezza dei soggetti — è raggiungibile pur rinunciando all’impiego della pena capitale ⁽¹⁹⁹⁾? È in questo preciso passaggio della sua argomentazione che Beccaria può far tesoro delle sue letture lockiane. Un profondo fossato separa Beccaria da Locke quando è in gioco la rappresentazione del crimine (che per Locke, ma non per Beccaria, degrada e ‘disumanizza’ il criminale). Al contempo però Locke è, per Beccaria (come per la maggioranza dei filosofi illuminati), il vincitore indiscusso di una sfida epocale: è Locke che, contro la tradizione ‘assolutistica’ (contro Filmer, ma anche contro Hobbes), ha dimostrato la piena compatibilità fra la limitazione della sovranità e la salvaguardia dell’ordine, fra la sovranità e le libertà.

È questo il messaggio lockiano che occorre valorizzare: è

⁽¹⁹⁹⁾ Come scriveva Leo Strauss, «Hobbes in fact admitted that there exists an insoluble conflict between the rights of the government and the natural right of the individual to self-preservation. This conflict was solved in the spirit, if against the letter, of Hobbes by Beccaria, who inferred from the absolute primacy of self-preservation the necessity of abolishing capital punishment» (L. STRAUSS, *Natural Right and History*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1950, p. 197).

possibile porre vincoli al sovrano senza per questo cadere nello hobbesiano *bellum omnium*. Se questa convinzione poteva darsi ormai per acquisita, in termini generali, nell'ambiente dei filosofi 'illuminati', restava però da dimostrare, nello specifico, una tesi che Locke non aveva affatto formulato: che cioè un vincolo da porre al sovrano fosse il divieto di infliggere la pena capitale e che tale divieto non compromettesse la sicurezza dei soggetti.

L'asse dell'argomentazione beccariana si sposta quindi, di necessità, dal fondamento del diritto di punire al concetto della pena e della sua funzione. Su questo terreno, il messaggio proveniente dalla tradizione contrattualistica era, come sappiamo, variegato ma non troppo dissonante: gli accenti mutano, ma la tesi di Pufendorf, secondo cui la pena deve prendere in considerazione, al contempo, il male compiuto dal trasgressore — il groziano « *malum actionis* » — e un bene futuro di cui essa si faccia strumento, riassume efficacemente un atteggiamento diffuso.

A questa tradizione Beccaria si rapporta, non per compierne una ricognizione 'disinteressata', ma per interrogarla a partire dal suo *thema demonstrandum*: la possibilità di garantire la sicurezza dei soggetti sottraendo al sovrano un'arma che faceva parte del suo secolare corredo; non un'arma qualsiasi, ma l'emblema del suo potere: il *gladium* che egli brandiva, con eguale energia, contro i nemici 'ingiusti' e contro i sudditi rei. Se questa è la scommessa, per vincerla occorre spostare l'asse dell'argomentazione dal piano della legittimità della pena al profilo della sua funzione e al contempo esigere che la pena si concentri non sul passato ma sul futuro. Beccaria ritiene di aver già dimostrato che la morte non è un diritto, che gli individui hanno e mantengono un diritto alla vita che né la violazione dei diritti naturali né la rottura della solidarietà corporatista deve poter annullare. Per vincere allora la « causa dell'umanità » occorre focalizzare l'attenzione sul secondo passaggio — sul nesso fra pena e sicurezza — e dimostrare che la pena di morte non solo non è legittima, ma non è « né utile né necessaria » ⁽²⁰⁰⁾.

La partita deve essere giocata sul tavolo dell'efficacia deterrente della pena e sull'«effetto sicurezza» da essa prodotto; ed è su

⁽²⁰⁰⁾ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVIII, p. 87.

questo tavolo che Beccaria può gettare il suo asso di briscola: la minore efficacia deterrente della pena di morte rispetto a una pena alternativa (la pena detentiva, i lavori forzati a vita). La prima infatti produce un'impressione intensa, ma breve, mentre i secondi, con lo spettacolo del condannato ridotto a una « bestia di servizio », producono un'impressione, sì, più debole, ma prolungata nel tempo e quindi più profonda ⁽²⁰¹⁾.

Non è possibile, in questa sede, seguire Beccaria nello sviluppo della sua argomentazione. È comunque una pena declinata al futuro — una pena interamente giocata sul terreno della prevenzione e della deterrenza — la prospettiva dominante nel *Dei delitti*. Assistiamo alla forte evidenziazione di un profilo che nella tradizione contrattualistica era, sì, presente e rilevante, ma non esclusivo. Forse non sarebbe irragionevole ipotizzare che la semplificazione indotta dal *Dei delitti* risponda alla necessità di concentrarsi su un nesso (il nesso fra pena e sicurezza) decisivo nell'economia dell'opera; un'opera che colloca al centro di un complessivo progetto di riforma e di 'razionalizzazione' del sistema penale l'eversiva abolizione della pena capitale.

Certo, non è a un'abolizione 'totale' della pena di morte che conduce la proposta di Beccaria. Sempre nel capitolo XXVIII vengono indicati casi e situazioni in cui la morte può apparire necessaria: quando un cittadino, anche se privato della sua libertà, mostra di essere pericoloso per la nazione o per la « forma di governo stabilita », ossia « nel tempo dell'anarchia », « quando i disordini stessi tengono luogo di leggi », mentre è da respingersi senza eccezione la soppressione di un cittadino « durante il tranquillo regno delle leggi » ⁽²⁰²⁾.

Il *caveat* di Beccaria non è sorprendente se lo leggiamo alla luce di quella dialettica fra 'criminale' e 'nemico' di cui abbiamo trovato consistenti tracce nella tradizione contrattualistica. Queste figure, se tendono a confondersi nella prospettiva groziana e lockiana (in quanto entrambe responsabili di violazioni del diritto naturale e per questo punibili), in Hobbes sono nettamente contrapposte. Il nemico mette in questione la sopravvivenza dell'ordine

⁽²⁰¹⁾ Ivi, p. 89.

⁽²⁰²⁾ Ivi, p. 88.

politico (minacciandolo dall'esterno oppure rompendo, dall'interno, il patto originario) e confligge con il sovrano in uno spazio privo di vincoli e regole giuridiche. Il criminale resta invece all'interno del *Common-wealth* e la sua punizione segue i binari dettati dalle leggi, che comunque possono comminare la condanna capitale per crimini particolarmente gravi. Hobbes sta, per un verso, accogliendo, e, per un altro verso riformulando entro le proprie coordinate teoriche la tradizione del *crimen laesae maiestatis*; come Rousseau, peraltro, che però evoca le immagini del ribelle e del traditore facendo intendere che quelle categorie (tradizionalmente riservate al criminale 'politico') sono riferibili anche al criminale 'comune' (quanto meno al 'grande' criminale), con la conseguente assimilazione del 'criminale' al 'nemico' (della patria, del corpo politico).

Anche in questo caso, Beccaria sembra tener presente la distinzione hobbesiana. Potremmo essere allora indotti a ritenere che anche nel *Dei delitti* viene suggerito un doppio binario: infliggere la morte al 'nemico', ma non al 'criminale' (che resta, per Beccaria come per Hobbes, 'cittadino'). In realtà, la distinzione di Beccaria, pur memore di Hobbes, non sembra un suo calco fedele. Potremmo tener presente una tesi di Pufendorf e immaginare una sua eco in Beccaria (o almeno registrare un'oggettiva convergenza fra i due autori). Pur vicino a Hobbes nella rappresentazione del potere punitivo, Pufendorf, come sappiamo, rifiuta la contrapposizione fra il 'nemico' ('interno') e il criminale sostenendo che anche il responsabile di reati politici resta pur sempre un cittadino e non può essere colpito con pene arbitrarie. Beccaria a sua volta non sembra riprodurre la distinzione hobbesiana fra delinquenti 'politici' e delinquenti 'comuni' (esonorando solo questi ultimi dalla pena di morte), ma sembra suggerire una diversa dicotomia: fra una condizione di grave instabilità politica, « quando i disordini stessi tengono luogo di leggi » e un regime stabile e saldo, ispirato al rispetto della legalità ⁽²⁰³⁾. In quest'ultimo caso, non sembra trovar posto la

⁽²⁰³⁾ Come osserva puntualmente Philippe Audegean in una nota all'edizione francese del *Dei delitti*, da lui curato, « Beccaria n'admet pas [...] la peine de mort pour un certain genre de crimes (délits politiques, crimes contre la sûreté de l'État), mais dans un certain genre de situation politique (caractérisée par l'anarchie). Il a en effet montré précédemment que la peine capitale relève de la force et non du droit. Toute la question

distinzione hobbesiana fra ‘criminali’ e ‘nemici’, perché la solidità dell’ordine è sufficiente per tenere a bada qualsiasi tipo di trasgressione. La distinzione hobbesiana viene quindi semmai ripensata e riformulata in una direzione diversa: da una distinzione fra soggetti (‘criminali’ e ‘nemici’) si passa a una distinzione fra condizioni oggettive, fra l’immediato pericolo di sovvertimento delle istituzioni e la guerra civile, da un lato, e, dall’altro lato, il tranquillo funzionamento di un regime stabile.

La distinzione cui Beccaria accenna è in sostanza la distinzione fra un ordine ‘normale’ e uno ‘stato di eccezione’: fra una condizione giuridicamente regolata — l’impero delle leggi — e una *salus populi* che nell’urgenza di una situazione imprevista impone la sospensione delle regole. Il ritorno della morte come pena è un’ipotesi legata a uno stato di eccezione sottratto, per definizione, ai principî che presiedono alla vita ‘normale’ dell’ordinamento ed esposto a quello sfrenamento della sovranità caratteristico dell’originaria condizione prepolitica.

Anche l’idea dello ‘stato di necessità’, che in nome della *salus populi* fa saltare le regole consolidate, è antica, ma avrebbe trovato, a pochi anni di distanza dalla pubblicazione del *Dei delitti*, una straordinaria e innovativa riproposizione in Francia, negli anni della rivoluzione. In quel contesto, per giustificare l’eliminazione del ‘nemico’ non sarà necessario smentire Beccaria: lo stesso Robespierre, che propone, con argomenti beccariani, l’abolizione della pena di morte nel dibattito assembleare del 1791, dedicato alla riforma della legislazione penale, sosterrà di lì a poco, a fine ’92, la necessità di condannare a morte il re ⁽²⁰⁴⁾. Per affermare questa tesi

est donc de savoir quels sont les critères qui permettent de décréter la guerre civile et, par conséquent, de suspendre les règles de l’État de droit en rétablissant la peine de mort » (C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, préface, traduction et notes de Ph. Audegean, Paris, Payot, 2014, pp. 130-31).

⁽²⁰⁴⁾ Cfr. M.A. CATTANEO, *Beccaria e Robespierre*, in *Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria (Torino 4-6 ottobre 1964) promosso dall’Accademia delle Scienze di Torino nel secondo centenario dell’opera Dei delitti e delle pene*, Torino, Accademia delle scienze, 1964, p. 317-328; J. GOULET, *Robespierre, la peine de mort et la Terreur (II)*, in « *Annales Historiques de la Révolution Française* », 55 (1983), 1, pp. 38-64; R. BADINTER, *Beccaria, l’abolition de la peine de mort et la révolution française*, in « *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* », 1989, pp. 235-251; R.

Robespierre non è costretto a nessuna palinodia: gli basta invocare lo stato di necessità e l'esistenza di una guerra fra la nazione francese e il suo nemico ⁽²⁰⁵⁾.

Ripercorrendo creativamente la tradizione contrattualistica, Beccaria era riuscito a dimostrare che il diritto di ognuno di conservare se stesso poteva essere preso sul serio fino in fondo (come voleva Hobbes), che la pena di morte poteva essere abolita senza che la sicurezza collettiva risultasse minacciata, che il potere sovrano poteva essere limitato senza che ne fosse compromessa la sua funzione ordinante (come aveva insegnato Locke), che non era ammissibile la distinzione fra 'nemici' e 'criminali' all'interno della medesima comunità politica (come aveva sostenuto Pufendorf). Beccaria era riuscito ad espellere la morte dal « tranquillo regno delle leggi » e poteva attendersi che essa restasse confinata nello spazio dell'eccezione: in uno spazio che, immaginato dalla ragione 'illuminata' come circoscritto e remoto, avrebbe invece rivelato (di lì a non molto e fino ai nostri giorni) un'inesauribile, quanto preoccupante, capacità di dilatazione e di espansione ⁽²⁰⁶⁾.

MARTUCCI, *Logiche della transizione penale. Indirizzi di politica criminale e codificazione in Francia dalla Rivoluzione all'Impero (1789-1810)*, in « Quaderni fiorentini », XXXVI (2007) (*Principio di legalità e diritto penale: per Mario Sbriccoli*), pp. 131-27; X. TABET, *Beccaria, la peine de mort et la Révolution française*, in « Laboratoire italien », 9 (2009) (*Les écrivains italiens des Lumières et la Révolution française*), pp. 50-79.

⁽²⁰⁵⁾ M. ROBESPIERRE, *Œuvres*, Tome IX, *Discours (4e Partie), Septembre 1792-27 Juillet 1793*, a cura di M. Bouloiseau, G. Lefebvre, J. Dautry, A. Soboul, Paris, Presses Universitaires de France, 1958, p. 121 e ss.

⁽²⁰⁶⁾ In Italia è stata varata nel 2007 una legge di riforma costituzionale che si preoccupa di chiudere le porte a ogni possibile reintroduzione 'eccezionale' della pena di morte modificando « in senso integralmente abolizionista il comma 4 dell'art. 27 Cost. » (A. PUGIOTTO, *L'abolizione costituzionale della pena di morte e le sue conseguenze ordinamentali*, in « Quaderni Costituzionali », XXXI (2011), 3, p. 572).

RENATO PASTA

BECCARIA 'PHILOSOPHE':
ALLE ORIGINI DEL DIRITTO PENALE COME
'SCIENZA SOCIALE INTEGRATA'

Alla cara memoria di Mario Sbriccoli.

Non è azzardato affermare che buona parte della fama che circondò il *Dei delitti e delle pene* al suo apparire fu dovuta a un *succès de scandale*. La radicale desacralizzazione del diritto penale apriva la via verso il 'droit politique' di cui aveva poco tempo prima parlato uno degli ispiratori del 'libricino' del Milanese, J.J. Rousseau, e consegnava al lettore l'immagine di una prassi politica disgiunta dalla religione e dalla fede, entrambe dotate di sostanziale e reciproca autonomia. Peccato e reato appartenevano a versanti diversi dell'esperienza. Il primo, concernente « l'intrinseca malizia o bontà dell'atto » ⁽¹⁾, riguardava la coscienza del singolo ed era affidato al sacerdote quale tradizionale mediatore con l'Altissimo. Il reato si configurava per contro quale danno inflitto alla società ⁽²⁾, frutto di una dinamica estranea alla personalità del singolo, in vista di una concezione giuridica fondata sulla certezza e l'obiettività di un diritto che sapesse contemperare libertà del soggetto e difesa dell'interesse comune. Se le componenti soggettive, psicologiche e motivazionali, erano espunte dal quadro, anche la dinamica accusatoria acquistava una autonoma dimensione fattuale, nella quale

⁽¹⁾ C. BECCARIA, *Opere*, Edizione nazionale diretta da L. Firpo e G. Francioni [in seguito EN], Milano, Mediobanca, 1984-2014, XVII voll., vol. I, a cura di G. Francioni, p. 20, *A chi legge*.

⁽²⁾ Ivi, cap. VIII, p. 46, *Divisione dei delitti*.

empatia e utilitarismo convergevano nell'avviare la trasformazione del diritto in « scienza sociale integrata » (3): fulcro di gran parte della riflessione su Stato e società.

Come ebbero a far notare in seguito critici e denigratori — non ultimi i fratelli Pietro e Alessandro Verri — Beccaria batteva vie già note alle filosofie europee dell'illuminismo, ma riproposte nel suo volume con efficace e scarna essenzialità. La avvertenza 'A chi legge', abilmente redatta da Pietro Verri per parare le accuse di ateismo e immoralità avanzate da uno dei primi contraddittori di Beccaria, il frate vallombrosano Ferdinando Facchinei, indicava con chiarezza una linea argomentativa che risaliva a Locke, non ignorava Hobbes, ma risultava poi essenzialmente dipendente dall'*Esprit des loix* di Montesquieu. E all'autorità del « grande Montesquieu », l'« immortale Presidente » (4), Beccaria ricorse spesso, come evidenziano i numerosi e informati commenti al libro oggi disponibili. L'impalcatura teorica del suo testo era, come noto, largamente debitrice della *philosophie* e la celebre lettera di Beccaria al suo primo traduttore francese, André Morellet, ne rende ampia testimonianza (5). Alle *Lettres persanes* — diceva — egli doveva il risveglio dall'apatia e l'amore per lettura, i libri e, possiamo aggiungere, le accese conversazioni in casa Verri che accompagnarono la stesura del *Dei delitti*, certamente frutto di una fitta oralità fatta di suggerimenti, scambi e imprestiti culturali: al punto di fare del libro in qualche misura un'opera collettiva, intrecciata alla grande avventura de 'Il Caffè' tra il giugno 1764 e il maggio del 1766. Molti nomi dei maggiori enciclopedisti — da d'Alembert a Diderot e Buffon — figurano nella lettera al Morellet, accanto a Hume e Condillac, quest'ultimo incontrato di persona a Milano e fonte prima, pur se non unica, del sensismo che percorre il *Dei delitti*. Ma accanto alle *Persanes* e al loro valore maieutico dobbiamo porre anche il *De l'esprit* di Hel-

(3) M. SBRICOLI, *Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Les philosophes, les juristes et l'émergence de la question pénale*, in *Beccaria et la culture juridique des lumières*, a cura di M. Porret, Genève, Droz, 1997, pp. 177-187 (p. 180).

(4) EN, vol. I, pp. 25, 29. Sul Facchinei si veda la 'voce' di P. Preto, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 44, 1994, pp. 29-31.

(5) C. BECCARIA, *Carteggio, 1758-1768*, a cura di C. Capra, R. Pasta e F. Pino, in EN, vol. IV: Milano, 26 gennaio 1766, pp. 219-228.

vétius, che per primo aveva « réveillé mon attention sur l'aveuglement et les malheurs de l'humanité » (6). Una attenzione per i mali della condizione umana, che resta sempre viva e partecipe in Beccaria e si congiunge al robusto filone egualitario che scaturiva, soprattutto, da Rousseau.

Con Helvétius e il *De l'esprit* (1758) siamo in presenza di un altro testo, ardito ben oltre i limiti del lecito per le sue componenti materialiste, che aveva plasmato le idee del filosofo milanese, contribuendo a forgiare quell'immagine del potere politico come funzionale al benessere e alla felicità dei più che è alla base dell'utilitarismo e del contrattualismo beccariano. La stretta complementarità tra i due ambiti è stata da tempo rilevata da Francioni (7). In questa chiave si colloca il grande tema del diritto di punire, sigla suprema del potere politico, discusso e definito a partire dal cap. II del *Dei delitti*. Ritorna qui con dovizia di spunti e osservazioni la tradizione giusnaturalista del patto sociale, risalente a Grozio, Pufendorf e Locke, senza dimenticare Hobbes, anch'egli certamente presente all'autore dei *Delitti*, che richiamava anche il giusnaturalismo elvetico di Burlamaqui e di Vattel, l'«umanissimo Vattel». Il contratto originario che fonda la consociazione fonda anche l'esistenza e la legittimità del potere statale e garantisce l'ordine e la gerarchia indispensabili a consentire una società «tranquilla e sicura», al riparo dal gioco distruttivo del «vento delle passioni», e dove almeno dal punto di vista della giurisdizione penale vige l'eguaglianza tra i soggetti (8).

A spingere gli uomini verso la socializzazione è esclusivamente l'interesse soggettivo bene inteso, quando la «stanchezza» (9) dei

(6) Ivi, p. 222.

(7) G. FRANCONI, *Beccaria filosofo utilitarista*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, prolusioni di S. Romagnoli e G.D. Pisapia, Milano-Bari, Cariplo-Laterza, 1990, pp. 69-87.

(8) Sul contrattualismo di Beccaria si rimanda alle essenziali osservazioni di G. Francioni nel commento al *Dei delitti*, in particolare EN, vol. I, pp. 26-28. È qui evidenziata la funzione primaria di Locke nella maturazione del quadro politico-costituzionale di Beccaria. Lo studioso evidenzia anche la posizione esemplare e maieutica delle *Meditazioni sulla felicità* (Livorno, 1763) di P. VERRI nella gestazione dei *Delitti*.

(9) EN, vol. I, p. 23, *Introduzione*. Sottolinea il punto Ph. AUDEGEAN, *Beccaria filosofo europeo*, Roma, Carocci, 2014.

mali subiti e dei rischi per la propria incolumità entro uno stato di anarchia consente alla ragione di prevalere, inducendo gli uomini a deporre in un comune contenitore la parte minima della propria libertà naturale. Sulla base del bisogno si creano così le condizioni di possibilità della sovranità, depositaria e vindice dei diritti di ognuno. Assente da questo disegno era ogni provvidenzialismo, mentre tutto il discorso si situa all'interno di una antropologia rigorosamente naturalistica che rimarrà presente anche nelle altre opere di Beccaria. Non si verifica, invece, nei *Delitti* l'alienazione totale delle facoltà del soggetto nello Stato, tipica del *Contratto sociale* di Rousseau, né la consegna al principe di tutta la propria libertà in cambio della sicurezza e della pace, tipica di Hobbes. Perno del ragionamento di Beccaria è piuttosto il soggetto, che in vista della difesa della propria vita quale bene supremo non ha mai delegato ad altri il potere di ucciderlo. Il potere legittimo, memore di una tradizione risalente almeno a Locke, ha per fine la tutela dei singoli e la possibile realizzazione della loro felicità. Di qui la visione 'garantista' di Beccaria, che rende inaccettabile non solo per motivi umanitari, ma dal punto di vista logico, la pena di morte (cap. XXVIII). E condizioni analoghe reggono l'altra celebre pagina sull'inammissibilità della tortura (cap. XVI). L'intera costruzione penale, nonché il profilo stesso dell'auspicata società giusta, è subordinata alla supremazia della legge, e la violenza legittima deve essere la minima necessaria all'adempimento della funzione puramente preventiva (e non retributiva) della pena. Quanto al « sovrano legislatore », egli opera in guisa di « abile architetto »⁽¹⁰⁾, che con saggezza contrappone tra loro le passioni e gli interessi degli uomini e preserva la comunità dalla disgregazione cui la condannerebbe il prevalere degli impulsi di natura. Un tema che Beccaria poteva ritrovare nella tradizione filosofica e politica risalente, ma che appare soprattutto debitrice del *Contract social* (II, 9-10).

Dalla dissacrazione del diritto penale e dal contratto sociale imposto originariamente dal bisogno — tema che i *Delitti* richiamano con chiarezza in Rousseau — deriva una immagine della complementarità tra sovrani e 'filosofi', che rinvia all'eudemonismo

(10) EN, vol. I, p. 42 (cap. VI, *Proporzione fra delitti e pene*).

del secolo e traccia in filigrana il ritratto dei monarchi 'illuminati' — che per parte loro, da Giuseppe II a Caterina II, allo stesso Leopoldo di Toscana, non rimasero insensibili al fascino e alle proposte di Beccaria. Il sovrano legislatore tutela l'insieme delle porzioni di libertà che i soggetti hanno conferito al deposito comune, lo difende dal rischio sempre presente dell'aggressività umana. All'interno di una costruzione puramente terrena, egli è detentore di una *delega* dal basso (non più una 'investitura per diritto di Dio') che ha per fine la pubblica felicità: non solo il 'bene comune' di tradizione medievale e tomista, né la secolarizzazione delle virtù religiose e della carità, ancora essenziali nel trattatello di Muratori, *Della pubblica felicità oggetto de' buoni principi* (1749) ⁽¹¹⁾, ma la creazione, tramite la legge, delle condizioni della autorealizzazione dei singoli. Solo questa finalità, a tratti tinta di utopia, giustifica il diritto di punire, mentre il sistema penale risulta tutto costruito in funzione del benessere dei soggetti e ancorato al postulato dell'uguaglianza di fronte alla legge, che scardina alla radice l'organizzazione gerarchico-cetuale dell'Antico Regime. Una 'felicità', quella di Beccaria, che appartiene ad un orizzonte ideale molto diverso da quello di Muratori, privo di eredità teologiche e filtrato attraverso l'*Encyclopédie* e l'edonismo della 'filosofia'. La formula antica della « massima felicità divisa per il maggior numero » tornava agevolmente sotto la penna del Milanese, trovava qui la propria giustificazione e riportava al centro del discorso l'utilitarismo, lungo la linea evolutiva che da Hutcheson e Helvétius condurrà a Smith e Bentham e al pensiero degli utilitaristi britannici dell'800.

Nata dal conflitto delle passioni, l'« utilità comune » costituiva « la base della giustizia umana » ⁽¹²⁾. La quale deriva da un rapporto tra le cose, azioni, comportamenti pubblici e scelte. Mentre il peccato esce dalla scena del crimine il ritorno all'ordine è subordinato a criteri morali variabili nel tempo, e rientra in una dimensione storica che fu sempre presente a Beccaria, come suggeriscono i più

⁽¹¹⁾ L.A. MURATORI, *Della pubblica felicità, oggetto de' buoni principi*, a cura di C. Mozzarelli, Roma, Donzelli, 1996.

⁽¹²⁾ EN, vol. I, p. 45: « La sola necessità ha fatto nascere dall'urto delle passioni e delle opposizioni degli interessi l'idea della utilità comune, che è la base della giustizia umana ».

tardi *Pensieri sopra la barbarie e la coltura delle nazioni*: possibile avvio di un'incompiuta analisi storico-filosofica delle virtù, processi e limiti dell'incivilimento. La giustizia è, dunque, null'altro che « il vincolo necessario per tenere uniti gli interessi particolari », « semplice maniera di concepire degli uomini » (13) e, staccata da ogni trascendenza, rinvia alla prospettiva di Montesquieu.

Beccaria non fu uomo di facili ottimismo. La dinamica che mette capo nei *Delitti* alla consociazione appare in qualche modo reminiscente di Hobbes, come non pochi avversari si affrettarono a denunciare. Sulla natura e le origini del legame sociale egli si interrogò a lungo e la sua illuministica fiducia nelle scienze, il sapere e la loro capacità di trasformazione delle condizioni materiali e morali degli uomini mantenne sempre una nota problematica o addirittura pessimistica: come nell'accento al « luttuoso ma necessario passaggio dalle tenebre dell'ignoranza alla luce della filosofia » (14) e nell'interrogazione sulla legittimità morale del sacrificio della generazione presente alla felicità (ipotetica) di quella futura. Lo stesso, grande mito settecentesco della *felicità*, da cui tra utopia e riforma è percorso il *Dei delitti*, sembra non di rado poggiare in falso: come suggerisce il primo dei *Pensieri e frammenti filosofici* consegnati all'Edizione nazionale delle *Opere* (II, 277): « Ditemi cosa fa bisogno per essere meno infelici, se pure questo nome di felicità esiste ». Certo è, però, che Beccaria assunse rispetto al tema del progresso una posizione divergente da quella di Rousseau; e che continuò a vedere nel difficile cammino dell'umanità un percorso positivo e volto all'incivilimento, da promuovere soprattutto mediante l'educazione dei più. A questa dimensione educativa, non priva di una punta di illuministica volontà di propaganda, è dedicata la parte finale dei *Delitti* (capp. XLI-XLVII). Ma in verità l'intero assetto politico-istituzionale delineato nell'opera è chiamato a svolgere una gigantesca opera pedagogica, di cui il legislatore è l'artefice principale.

È forse eccessivo fare di Beccaria e delle sue opere i testimoni di un pensiero filosofico sistematico. Ma non pochi argomenti e temi

(13) Ivi, p. 32 (cap. II, *Diritto di punire*).

(14) Ivi, p. 125 (cap. XLII, *Delle scienze*). Ivi, p. 124: dove si rileva il « difficile e terribil passaggio dagli errori alla verità, dall'oscurità non conosciuta alla luce ».

ritornano con insistenza, intrecciati alle reminiscenze delle opere che egli era venuto leggendo e discutendo con i suoi sodali. Decisa appare, in questo contesto, la scelta in favore di una rigorosa antropologia naturalistica, che intende indagare l'uomo solamente *iuxta propria principia*. L'individuo vi appare come agente libero e responsabile sul terreno dello scambio e del mercato, così come evidenziato dalla nascente economia politica: non solo dalla Fisiocrazia, ma dalla riflessione britannica sulla società capitalistica in fase di maturazione, legata al gioco di domanda e offerta con progressiva elisione dei ceti quali gruppi sociali giuridicamente strutturati fondati sul privilegio. Proprio la lotta al privilegio e alle sue ancestrali radici è invero uno dei punti di coagulo della critica sociale e istituzionale de « Il Caffè », come ci ricorda, fra l'altro, l'elegante, terso saggio di Longo sui fedecommissi ⁽¹⁵⁾. Protagonista della dinamica pubblica e sociale, l'individuo aderisce nei *Delitti* ad una dimensione mondana che riflette concetti collocabili al cuore delle dottrine dei lumi: libertà e felicità, in primo luogo, ma anche la *sensibilità*, ormai intesa come carattere generale e unitario del vivente, fulcro dell'interazione con l'ambiente, sorgente del perenne contrasto tra piacere e dolore che è al fondo della *uneasiness* tanto discussa dai lettori di Hume, e che Beccaria ben conosceva per esperienza personale.

È su queste basi, mi pare, che l'illuminista milanese condivide col suo tempo l'affermazione dell'empatia, il sentimento solidaristico di partecipazione/condivisione con l'Altro che avrà compositi e complessi sviluppi entro la fine del secolo, sfociando nel primato del sentimento e nella filantropia, nonché, su un diverso versante, nella *fraternité* rivoluzionaria ⁽¹⁶⁾. Beccaria resta, ovviamente, ben al di

⁽¹⁵⁾ A. LONGO, *Osservazioni su i fedecommissi*, in *Il Caffè, 1764-1765*, a cura di G. Francioni e S. Romagnoli, Torino, Bollati Boringhieri, 1993, pp. 115-130. Sul Longo, oltre alla dotta voce di C. CAPRA, *Dizionario biografico degli italiani*, 2005, vol. 65, si veda ora il saggio di M.F. TURCHETTI, *Alfonso Longo e l'Accademia dei Pugni*, in « Archivio storico lombardo », serie XII, vol. XIX, a. CXL (2014), pp. 151-188. Ma l'intero fascicolo apporta nuove e significative conoscenze su « Il Caffè » e l'illuminismo lombardo

⁽¹⁶⁾ Su questi temi è d'obbligo il rinvio a L. HUNT, *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, Bari-Roma, Laterza, 2010 e V. FERRONE, *Storia dei diritti dell'uomo*, Bari-Roma, Laterza, 2014. Spunti utili anche nell'introduzione di PH. AUDEGEAN a G. Pelli, *Contro la pena di morte*, Padova, Cleup, 2014, pp. 21-23.

qua della seconda, ma collocò la prima al centro del proprio egualitarismo. La dissacrazione del diritto penale mette capo nei *Delitti* ad una autentica consacrazione (laica) dell'individuo-persona, identificato in primo luogo con la propria corporeità. La pena — inderogabile e tempestiva, personale e proporzionata al delitto, soggetta alla legge — deve essere certa e severa, ma anche mite, tanto da riuscire « la meno tormentosa sul corpo del reo » (17).

Il tema della fisicità, della dimensione corporea come parte essenziale (e inviolabile) del soggetto, affiora spesso nel racconto di Beccaria, così pronto a denunciare le « inutili crudeltà » e a ribadire che mai l'interesse altrui ed il potere possono far sì che « l'uomo cessi di esser *persona* e diventi *cosa* » (18). Ma la nota giunge al diapason nei celeberrimi capitoli sulla pena di morte e la tortura, pratica giudiziaria, quest'ultima, quasi incomprensibile al 'filosofo', la quale incarna una « non so quale metafisica ed incomprensibile purgazione d'infamia » (cap. XVI).

L'inviolabilità dell'essere umano costituisce un motivo ricorrente nell'opera di Beccaria. Ma la centralità del tema dei sensi è largamente condivisa dai giovani dell'Accademia dei Pugni, tanto da aprire qualche anno dopo il *Discorso sull'indole del dolore* di Pietro Verri con la definizione della sensibilità quale « grande arcano » che circoscrive e definisce l'esperienza umana (19). L'umanitarismo giuridico del secolo, l'intento di moderazione che deve reggere l'azione penale nascono da questa visione del mondo, che laicizza l'etica mentre la congiunge alla politica, chiamata alla riforma del rapporto tra governanti e governati. Consigliato e illuminato dai 'filosofi', il monarca-legislatore è sempre più 'il primo servitore dello Stato', ed è forse questo il motivo della buona accoglienza dei *Delitti* da parte di Leopoldo di Toscana e del maggior fratello, l'Imperatore Giuseppe II. Ma se la pena costituisce solo un « sensibile motivo » per distogliere dalla tentazione del crimine, senza alcun fine di reden-

(17) EN, vol. I, p. 55 (cap. XII, *Fine delle pene*).

(18) Ivi, p. 73 (cap. XX, *Violenze*).

(19) P. VERRI, *Discorso sull'indole del piacere e del dolore*, in I *'Discorsi' e altri scritti degli anni Settanta*, a cura di G. Panizza et al., Roma, Edizioni di storia e letteratura, 2004, p. 65. Ma significativa è anche la *Nota introduttiva* di S. CONTARINI, pp. 25-61.

zione dalla colpa, il legislatore, qui delineato secondo linee rousseauiane, stabilisce sia il reato che la pena, ma deve guardarsi dall'assumere funzione di giudice per non infirmare la separazione dei poteri, asse portante dell'incipiente liberalismo di Locke e di Montesquieu. Autori diversi di cui si appropria il sincretismo del giovane milanese. Il discorso sulla giurisdizione contempla limiti invalicabili all'azione del sovrano, che può emettere solo leggi generali valide per tutta la collettività. Tutore dell'ordine nella sicurezza, « giusta perché è lo scopo per cui gli uomini stanno in società » (20), egli difende le libertà civili all'interno di un ordinamento che inizia ad assumere portata costituzionale. Quanto al giudice, Beccaria tende a circoscriverne in ogni modo l'azione in vista della certezza del diritto, e gli assegna una funzione meramente meccanica di organo della legge, strumento della sua puntuale e rigorosa applicazione. Al giudice spettano, peraltro, i doveri e i poteri di un sagace indagatore del vero, che accerti fatti e circostanze da sottoporre al dibattimento. Da questo punto di vista il capitolo IV dei *Delitti*, dedicato all'interpretazione delle leggi, è certamente fondamentale per la comprensione dell'intero discorso del Milanese e non a caso converge con l'analogo saggio pubblicato da P. Verri nel foglio XVIII del « Caffè » (21). A chiarire la scelta di entrambi è l'avversione comune per l'« arbitrium » dei giudici togati lombardi, fedeli al tardo diritto comune e ligi al sistema patrizio edificato a partire dalle *Nuove costituzioni* (1542) di Carlo V, ormai avvertito come intollerabile abuso. Se « l'errante instabilità delle interpretazioni » (22) rischia ad ogni passo di fomentare l'arbitrarietà e l'errore, inseparabili dalla soggettività del magistrato, il processo *informativo* riservato a quest'ultimo, ne circoscrive ulteriormente la libertà (rispetto al rito *offensivo* tradizionale) con la presenza di « assessori » sorteggiati, il cui « ordinario buon senso » (23) garantisce da eccessi e rigidità del sapere specialistico del magistrato. La scelta dei 'caffettisti' investe,

(20) EN, vol. I, p. 38 (cap. IV, *Interpretazione delle leggi*).

(21) *Il Caffè*, cit., pp. 695-704, *Sulla interpretazione delle leggi*.

(22) EN, I, p. 37.

(23) EN, I, p. 59 (cap. XIV, *Indizi, e forme di giudizi*). Una attenta analisi della concezione giuridica di Beccaria offre G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, il Mulino, 1976, pp. 462-478; cui sono da aggiungere i saggi di G. DI RENZO

così, tutto l'ordinamento giuridico vigente: a riprova della profondità e dalla radicalità della rottura con la tradizione dei padri.

Benché Beccaria non fosse un giurista di professione — ed era ciò che i 'criminalisti' gli rimproveravano, ma che costituiva una delle ragioni del perdurante fascino del suo libro — egli offrì spunti importanti circa le prospettive di riforma dell'ordinamento penale. Evidente appare in lui la sfiducia verso il giudice monocratico, cui suggerisce di affiancare una giuria laica composta da membri di pari condizione sociale dell'accusato. Significativi sono il rifiuto delle delazioni (« accuse segrete », cap. XV), del giuramento e delle taglie, l'attenzione per l'escussione dei testi, la volontà di tutela degli indiziati e la limitazione della carcerazione preventiva: modalità d'intervento giurisdizionale obbedienti ad una coerente prospettiva utilitaria, che porta anche a ridurre il valore della confessione — comunque ottenuta — di fronte alle risultanze delle fasi investigative e dell'istruttoria. Si colloca in questo contesto anche la presunzione d'innocenza, di continuo ribadita nel libro e base del moderno sistema di garanzie per l'imputato.

A tenere unite le varie componenti del discorso beccariano fu in primo luogo la sua prosa, quello stile « che fa più viaggio di quel che pare »⁽²⁴⁾, e che seppe trovare — nelle parole di Venturi — « un punto d'incontro tra il calcolo razionale ed utilitaristico e la comprensione profonda, umanitaria, sentimentale »⁽²⁵⁾. Dalle letture giovanili, da Rousseau non meno che da Helvétius, scaturiva anche il convinto egualitarismo di Beccaria, la partecipazione non di maniera alle sofferenze degli umili, dei marginali, dei rifiutati in un quadro demografico da tempo in crescita, ma dove il dinamismo del commercio andava accentuando — e non smorzando — la disegualianza sociale. Così nel breve, ma incisivo capitolo sul furto, affiora

VILLATA, G.P. MASSETTO e A. CAVANNA in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, cit., pp. 168-328.

(24) Il giudizio è, come noto, di Giovanni Gualberto de Soria, il professore livornese che difese Beccaria dall'accusa di hobbesismo: « Lo stile di questo autore è laconico, fa più viaggio di quel che pare, significa più di quel che suona, e talora non significa ciò che suona », in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino, Einaudi, 1965, p. 199.

(25) Nella 'voce' C. Beccaria, in *Dizionario biografico degli italiani*, VII, 1970, pp. 458-469.

il dubbio circa il «terribile e forse non necessario diritto» di proprietà⁽²⁶⁾, che si colloca ormai al di fuori della tradizione giusnaturalista e lockiana. «Delitto della miseria e della disperazione»⁽²⁷⁾, il furto richiede una drastica riduzione delle pene rispetto alla legislazione spesso draconiana del tempo. La miseria si staglia anche al fianco della madre infanticida, che l'isolamento e i pregiudizi sociali sospingono all'omicidio (cap. XXXI), mentre altri «delitti di prova difficile»⁽²⁸⁾ (adulterio, omosessualità) impongono la loro depenalizzazione, in quanto attinenti sostanzialmente alla sfera privata e del costume. Se la punizione del reo può ancora includere pene corporali (nel caso di «furti violenti» ad esempio), la personalità della pena suggerisce, però, l'eliminazione delle sanzioni infamanti, che colpiscono anche gli innocenti, a partire dalla famiglia del reo. Nel quadro di una decisa limitazione del delitto di lesa maestà, indebitamente esteso nel tempo a troppe fattispecie penali, rientrano il depotenziamento del *fisco regio* — che Beccaria descrive con accenti quasi hobbesiani —, e l'iscrizione del contrabbando in un registro sanzionatorio nettamente addolcito rispetto al passato⁽²⁹⁾. La riduzione delle pene s'impone anche per i fallimenti senza dolo o colpa grave, limitando la carcerazione ai casi di truffa. Quanto al contrabbando, esso copre una gamma estesissima di estesissimi, diffusi nei gruppi sociali medi o inferiori, resi inevitabili e persino necessari dal groviglio delle norme e delle giurisdizioni, in un quadro in cui Beccaria indica il frutto di particolarismi antichi, in antitesi con l'ideale di libertà personale ed economica caro a lui e agli altri collaboratori de «Il Caffè».

Il caso del contrabbando consente di evidenziare il tema

(26) EN, vol. I, p. 75 (cap. XXII, *Furti*). Sulla posizione di Beccaria in tema di proprietà, cfr. *ivi*, le puntuali osservazioni di G. Francioni, e l'ampio commento del curatore in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di A. Burgio, Milano, Feltrinelli, 1991, pp. 166-167.

(27) EN, I, p. 75. Si vedano sul tema anche le considerazioni di A. DE SIMONI, *Del furto e sua pena. Con alcune osservazioni generali in materia criminale*, Lugano, Agnelli, 1776 e le tre sue lettere a Beccaria in *Carteggio*, 1769-1795, cit.

(28) EN, I, p. 100-103.

(29) *Ivi*, pp. 68-69 (cap. XVII, *Del fisco*), e pp. 108-109 (cap. XXXIII, *Contrabbandi*). Ampio spazio concede al tema delle depenalizzazioni M. PORRET, *Beccaria*, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 47-55.

montesquieuiano del legame tra legge e costume, « politica morale [...] [e] sentimenti indelebili dell'uomo »⁽³⁰⁾, congiunti nel divenire storico delle società. La legittimità della legge presuppone, insomma, la sua capacità di far vibrare le corde profonde del cuore umano. Solo tale accordo rende possibile l'azione pedagogica dell'ordinamento pensato al fine di « render gli uomini felici e sicuri »⁽³¹⁾, e di apportare quel contributo di civiltà che dovrebbe scaturire dalla moderazione delle pene. Dietro la richiesta della depenalizzazione del contrabbando sta l'idea di una possibile, auspicabile libertà di circolazione di uomini e beni, a sua volta connessa al principio della personalità della pena. Un ragionamento analogo porta Beccaria a sostenere con forza la depenalizzazione del suicidio, privato dalle connotazioni etiche e religiose che, per tradizione, condannavano « l'omicidio di se stessi » a pene infamanti, che colpivano la famiglia dell'estinto e ne straziavano il cadavere. Beccaria prendeva così posizione all'interno dell'ala più radicale della filosofia dei lumi, dove ritrovava ancora una volta il Montesquieu delle *Lettres persanes* (lett. 76, ma occorre ricordare anche il saggio *On suicide* di Hume, peraltro ancora inedito all'altezza cronologica dei *Delitti*). La radicalità etica di Beccaria investe di necessità la politica, poiché la prima rifonda l'ordine sociale in base al principio supremo dell'utile comune. È indispensabile espungere dall'ordinamento tutte le leggi « che si oppongono a questa necessaria riunione della morale e della politica », come recita il capitolo « Della taglia ». Ne consegue anche una ridefinizione dei rapporti fra Stato e Chiesa nel segno della piena rivendicazione dei diritti della sovranità: come avviene nel capitolo sugli asili, che concerne in primo luogo l'immunità locale del clero; e come par suggerire il cap. XXIV sugli « Oziosi », probabilmente partecipe dell'anticlericalismo che nel Settecento colpiva, in particolare, gli ordini mendicanti⁽³²⁾.

Esce rafforzata in questo quadro la figura di Beccaria 'mora-

⁽³⁰⁾ EN, I, pp. 29-30.

⁽³¹⁾ Ivi, p. 50 (cap. IX, *Dell'onore*: un paragrafo, come il successivo, *Dei duelli*, ove emerge con chiarezza il distacco del loro autore dai valori nobiliari).

⁽³²⁾ Ivi, pp. 78-79 (*Oziosi*), e 112-113 (*Asili*). Diversa la lettura di A. Burgio nel commento ai *Delitti*, cit., pp. 168-170, che individua nella nobiltà il bersaglio polemico di Beccaria.

lista', attento ai dibattiti antiche e moderni sulle passioni. Ma emerge soprattutto l'immagine del sovrano legislatore, la cui funzione primaria è la tutela dell'utile comune e dei diritti civili dei singoli. In una prospettiva in cui i sudditi vanno trasformandosi in cittadini, egli deve favorire la consapevolezza dei diritti nelle menti dei consociati, educarli al rispetto delle leggi, ma anche alle regole della convivenza pacifica: uno scopo da raggiungere tramite l'educazione e la moderazione, ma anche mediante un codice di leggi generali che chiarisca diritti e doveri in una lingua d'uso comune (« beate quelle nazioni ove le leggi non fossero una scienza ») ⁽³³⁾, in omaggio alla trasparenza dei rapporti tra governanti e governati, che appare sempre più costitutiva del panorama ideologico dei lumi. Questa diffusa autoconsapevolezza fonda la collaborazione tra 'filosofi' e potere, quale si andava configurando nel contesto italiano degli anni Sessanta, favorisce la prevenzione dei delitti, come ribadiscono gli ultimi sette capitoli del libro, e costituisce così il più grande contributo all'incivilimento. Di questo delicato e cruciale passaggio il *Dei delitti* è l'emanazione forse più lucida ⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ EN, vol. I, p. 59 (cap. XIV, *Indizi, e forme di giudizi*).

⁽³⁴⁾ La bibliografia su Beccaria è assai ampia ed è stata ulteriormente estesa recentemente, si veda AUDEGEAN, *Beccaria filosofo europeo*, cit., pp. 282-294 e PELLI, *Contro la pena di morte*, cit., che costituisce il primo intervento abolizionista in Europa. Di seguito si offrono i riferimenti essenziali utilizzati a testo: EN, cit.; Edizione nazionale delle *Opere* di P. VERRI, diretta da C. Capra, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 2003-2014, 6 voll. Tuttora indispensabile è BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit. (con ampia silloge documentaria); si veda, inoltre, ID., *Dei delitti e delle pene*, a cura di A. Burgio, cit. (con estesissimo commento). Tra i testi critici si ricordano *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, cit.; *Beccaria et la culture juridique des lumières*, cit.; *Cesare Beccaria. La pratica dei lumi*, a cura di V. Ferrone e G. Francioni, Firenze, Olschki, 2000; M. PORRET, *Beccaria*, cit. Sulla rottura tra i due Verri e Beccaria in occasione del viaggio a Parigi dell'autunno 1766, cfr. C. CAPRA, *I progressi della ragione. Vita di Pietro Verri*, Bologna, il Mulino, 2002, pp. 266-270. A Ph. Audegean si deve la più recente traduzione francese del testo, *Dei delitti e delle pene [1764-1766]. Des délits et des peines*, Lyon, ENS Éditions, 2009. Tra gli studi recenti e innovativi D. IPPOLITO, *Diritti e potere. Indagini sull'illuminismo penale*, Roma, Aracne, 2012; *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, a cura di D. Ippolito, Napoli, Editoriale scientifica, 2014. Un contributo utile, anche sul piano bibliografico, in M.F. TURCHETTI, *Libri e 'nuove idee'. Appunti sulla biblioteca illuministica di C. Beccaria*, in « Archivio storico lombardo », a. CXXXIX (2013), pp. 183-235. Rilevante per i tempi qui accennati è L. DELIA, *Droit et philosophie à la lumière l'Encyclopédie*, Oxford, Voltaire Foundation, 2015.

MARIO PISANI

BECCARIA E LA PREVENZIONE DEI DELITTI

1. Premessa. — 2. La generale funzione preventiva delle pene. — 3. La prevenzione dei delitti e l'obiettivo della felicità. — 4. Le « scienze », i « lumi » e l'« uomo illuminato ». — 5. I magistrati e « l'usurpazione sulle leggi ». — 6. Note minime sulle ricompense della virtù. — 7. Perfezionare l'educazione. — 8. Spunti riepilogativi e conclusivi.

1. *Premessa.*

« Come si prevenzano i delitti » è il titolo del § XLI di « Dei delitti e delle pene », e ad esso fa oggi seguito una serie di paragrafi, fino al XLV, effettivamente dedicati, con una pluralità di articolazioni, alla stessa tematica. Ciò è comprovato dal fatto che nella versione meno recente del libro, nota come *vulgata* (e così era avvenuto nella prima traduzione francese, quella dell'abate Morellet), tutto quell'arco di paragrafi di cui s'è detto veniva presentato, senza altre partizioni numeriche, sotto l'unitario titolo che, una volta per tutte, fissava il tema della prevenzione, inteso ed analizzato, dobbiamo precisarlo, secondo un'accezione piuttosto particolare.

2. *La generale funzione preventiva delle pene.*

Prima di affrontare il nostro specifico argomento sembra dunque opportuno sgomberare il campo da qualche possibile ambiguità.

Quando, infatti, in materia strettamente penale il giurista moderno sente parlare di prevenzione, egli pensa senz'altro, e comunque in primo luogo, ad una delle funzioni che, tradizionalmente, viene assegnata alla pena detentiva. Più precisamente, si tratta della funzione della pena detentiva rivolta verso il futuro, che, a differenza della funzione repressiva della pena medesima (rivolta

invece verso il passato, e che tende a ricomporre l'equilibrio violato dalla commissione del delitto), mira piuttosto, a delitto ormai compiuto ed accertato, ad evitare — e per l'appunto a prevenire — la sua reiterazione. Al riguardo si parla, in rapporto sia al momento della generale configurazione legislativa che al momento dell'applicazione in concreto della pena, di *prevenzione generale*, e invece, in rapporto al momento dell'applicazione in concreto nei confronti del singolo soggetto ritenuto responsabile, di *prevenzione speciale*.

Va allora ricordato che Beccaria non rifugge certo da questa tradizionale configurazione, vale a dire dalla prevenzione dei delitti che, programmaticamente, operando attraverso la pena, possiamo definire come *prevenzione penale*. Ed infatti, avviandosi a concludere il breve § XII, intitolato *Fine della pena*, si direbbe in linea di tesi generale egli così aveva scritto: « Il fine dunque non è altro che impedire al reo dal far nuovi danni ai suoi concittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali ».

Inoltre, ed ancor prima, nel § XI, dove si tratta « Della tranquillità pubblica », e pertanto della fase prodromica all'eventuale commissione di delitti, caratterizzata dal « pericoloso addensamento delle popolari passioni », l'autore di « Dei delitti » delinea tutta una serie di « mezzi efficaci » per la prevenzione di tale « addensamento », al livello generale della polizia preventiva, e cioè nell'esercizio di un'attività che noi oggi diremmo di prevenzione « diretta ».

Nei finali paragrafi della sua opera che verremo ora esaminando, rispetto a tutte le predette e varie prospettazioni di carattere generale Beccaria cambia nettamente registro.

Si direbbe che il filosofo, come altre volte, prenda qui il sopravvento sulla figura tradizionale del giurista, e piuttosto, occupandosi di forme e mezzi di una prevenzione di tipo *pre* ed *extra-penale*, si presenti, come meglio vedremo in seguito, nella veste di pioniere della moderna « politica del diritto ».

3. *La prevenzione dei delitti e l'obiettivo della felicità.*

L'attacco del § XLI ripropone un pensiero del grande maestro Montesquieu. Scriveva quest'ultimo, nell'*Esprit des lois* (libro VI, capit. IX) che, a differenza di quanto avviene sotto i governi

dispotici, ispirati al regime del terrore, negli Stati moderati il buon legislatore si adopererà meno nel punire i delitti che nel prevenirli; più a delineare dei costumi di vita che a infliggere dei supplizi.

Il pari esordio di Beccaria è anche più semplice, e così suona: « È meglio prevenire i delitti che punir(g)li ». Ma il nostro autore ci offre, si direbbe in sovrappiù, dei dati non poco significativi. Non si tratta — ci dice — di uno dei tanti fini che si raccomandano al buon legislatore, quanto piuttosto — e qui forse non manca una certa enfasi — addirittura del « fine principale » di « ogni buona legislazione ». La quale ultima, poi, altro non è che « l'arte di condurre gli uomini al massimo — si noti — di felicità », ovvero — si aggiunge con un tocco di realismo — « al minimo di infelicità possibile ». In sostanza si tratta, modulato in altri termini, del generale principio direttivo, altamente accreditato nella tradizione illuministica, della « massima felicità divisa nel maggior numero » (1), già profilato nell'« Introduzione » del capolavoro, e che il lettore contemporaneo può magari stupirsi di rinvenire anche nel primo articolo della Dichiarazione dei Diritti della Virginia, datata 1776, che così proclamava: « Tutti gli uomini sono da natura ugualmente liberi e indipendenti e hanno alcuni diritti innati », tra i quali appunto quello di « perseguire e ottenere felicità e sicurezza ». Che è come dire, a livello *excelsior*, c'è posto anche per il diritto alla felicità.

E l'obiettivo della felicità finisce per divenire, nelle prospettazioni di Beccaria, l'elevato *leit-motiv* che sottende ai vari paragrafi dedicati al nostro specifico tema della prevenzione.

Come egli ha scritto in diversi dei suoi precedenti paragrafi, l'infelicità può ben essere matrice di delitti (ricordiamo, dal § XXII, il caso dei furti senza violenza, che apparivano al Beccaria, in linea ordinaria, e nella realtà di allora, come « delitti della miseria e della disperazione »); a loro volta i delitti creano infelicità (a quei tempi,

(1) Francioni (v. la prefazione alle *Meditazioni sulla felicità* di P. VERRI, Como-Pavia, 2013², p. 26) ne parla come del principio (enunciato nel 1725 da Francis Hutcheson) destinato a diventare « celeberrimo come parola d'ordine dell'utilitarismo settecentesco ».

A suo tempo Aristotele, nella *Metafisica*, aveva definito la felicità — in quanto noi la « desideriamo sempre di per se stessa, e mai per qualche altro fine » — come un « bene perfetto » per eccellenza.

però, nella cultura giuridica non s'era ancora nettamente delineata la figura della vittima); l'*iter* di accertamento dei delitti, anche nelle forme molto ottimisticamente più blande, crea e diffonde infelicità, e altrettanto, e ben di più, avviene, nel momento terminale, ma spesso tutt'altro che breve, del circuito triste dell'infelicità, attraverso le esecuzioni delle condanne.

Beccaria interviene subito per rimarcare, in forma alquanto netta, che i « mezzi » per la prevenzione fino ad allora impiegati (ma senza entrare in molti dettagli), erano da ritenere « per lo più falsi ed opposti al fine proposto ». E da qui, ovviamente, l'impegno di lui per profilare dei « mezzi », per così dire, nuovi e più adeguati.

Il nostro autore comincia col dirci che non è misura idonea a prevenire i delitti, ma invece misura operante in direzione esattamente opposta, quella di « proibire una moltitudine di azioni indifferenti », mediante « male leggi », che vanno poi ad aggiungersi alla maggioranza di tutte le altre, le quali non fanno — il giudizio di Beccaria è alquanto netto e severo — se non dar corpo a una serie di privilegi (« un tributo di tutti al comodo di alcuni pochi »).

E il nostro ventiseienne autore, con qualche impegno si accinge poi, in positivo, a delineare i suoi suggerimenti strategici di prevenzione generale: « Volete prevenire i delitti? » (si tratta di un interrogativo, ad ampio spettro di destinatari ⁽²⁾, che ricorrerà anche in seguito): cominciate dalle leggi. Riprendendo il tema, già trattato nel § V, volto a contrastare la « oscurità delle leggi » ⁽³⁾, Beccaria raccomanda che le medesime — e a questo punto sta parlando delle leggi in generale, non solo di quelle penali — siano « chiare » e « semplici », e, quanto al loro contenuto, che esse favoriscano gli uomini, e non appunto i privilegi, cioè « le classi degli uomini »; auspica il dominio della legalità (si direbbe — in termini più moderni — della *rule of law*) e passa poi a delineare, e a distinguere, il profilo antropologico degli uomini schiavi, « più voluttuosi, più libertini, più crudeli degli uomini liberi », i quali ultimi « meditano

⁽²⁾ Nel generale avvertimento diretto « A chi legge », Beccaria parlava dei « direttori della pubblica felicità ».

⁽³⁾ A quel punto Beccaria già scriveva: « Quanto maggiore sarà il numero di quelli che intenderanno e avranno fralle mani il sacro codice delle leggi, tanto men frequenti saranno i delitti ».

sulle scienze, meditano sugli interessi delle nazioni, veggono grandi oggetti, e gl'imitano ». Divengono così quegli « uomini illuminati » di cui si fa l'elogio nel paragrafo seguente, prima di passare al quale viene però ancora ribadita la necessità di superare « l'incertezza delle leggi », causatrice di diversi e distinti effetti nefasti, nella « nazione indolente per clima » e, in forme diverse, nella « nazione voluttuosa ».

Si potrebbe magari dire che, in tal modo, nell'affrontare il tema dei nuovi e più adeguati « mezzi » della strategia della prevenzione il Beccaria parta un po' troppo da lontano, o per meglio dire un po' troppo dall'alto: ma a tanto lo porta proprio il livello alto della sua aspirazione alla salvaguardia della felicità.

4. *Le « scienze », i « lumi » e l'« uomo illuminato ».*

Allo stesso livello si sviluppa il successivo § XLII, intitolato « Delle scienze ».

« Volete prevenire i delitti? », incalza il marchese lombardo: « Fate che i lumi accompagnino la libertà ». E spiega poi subito, in termini più semplici, il raggio d'azione di codesti lumi.

Parla delle « cognizioni » — che sono poi base e sostanza delle « scienze » — e ne sottolinea tutte le virtualità positive. Esse, le cognizioni, moltiplicano i punti di vista sulla realtà; favoriscono il reciproco arricchimento dei sentimenti contrapposti; fanno tacere la « calunniosa ignoranza » — anche questo è un mezzo per prevenire dei delitti — e mettono in crisi « l'autorità disarmata di ragioni », e pertanto dispotica; portano — e Beccaria riprende la più radiosa menzione dei « lumi » — ad amare « i pubblici, chiari ed utili patti della comune sicurezza ».

Entro tutte queste espressioni, che oggi potremmo sintetizzare con quella di benefici — e quindi, anche anticriminosi — effetti della diffusione della cultura, noi sentiamo viva l'eco del grande libro di Montesquieu, laddove questi parlava (l. IV, capit. III) dell'ignoranza, insieme, degli uomini schiavi e dei despoti, e parlava anche (capit. V) della virtù politica, che in definitiva è una « rinuncia a se stessi », e che si manifesta come « amore delle leggi e della patria ».

Il capoverso del nostro paragrafo XLII chiaramente offre, nel suo avvio, uno spunto polemico nei confronti dell'« antico stato selvaggio », che sappiamo vagheggiato da Rousseau (« Non è vero — dice Beccaria — che le scienze sian sempre dannose all'umanità »), e si sviluppa quindi attraverso una serie di passaggi, con riferimenti e scansioni di tipo epocale, i quali delineano — come è stato detto ⁽⁴⁾ — un abbozzo di filosofia della storia, e che però non sembra qui il caso di riproporre.

Segue, a conclusione del paragrafo, l'apologia dell'« uomo illuminato », che Beccaria presenta come « il dono più prezioso » che il sovrano faccia « alla nazione ed a se stesso », e che dal sovrano è reso « depositario e custode delle sante leggi ». Abituato ad « amare la verità per se stessa » l'« uomo illuminato » è « privo della maggior parte dei bisogni dell'opinione non mai abbastanza soddisfatti [...], assuefatto a contemplare l'umanità dai punti di vista più elevati, avanti a lui la propria nazione diventa una famiglia di uomini fratelli, e la distanza dei grandi al popolo gli par tanto minore quanto è maggiore la massa dell'umanità che ha davanti agli occhi » ⁽⁵⁾.

Diceva bene Franco Venturi ⁽⁶⁾: « Mai ancora in Italia tanto chiaramente e appassionatamente era stata indicata la funzione dei riformatori illuministi — funzione riformatrice allo sbocco della quale Beccaria presentava una trasformazione profonda di tutta la società. Mai ancora i despoti illuminati e gli stessi filosofi erano stati tanto vigorosamente designati come strumenti e mezzi d'una rivoluzione insieme morale e sociale ».

⁽⁴⁾ Così ARMANI, nell'*Introduzione* al testo *Dei delitti e delle pene - Consulte criminali*, Milano, 1987, p. XXXIV.

⁽⁵⁾ Ci si consenta, per i riferimenti all'« uomo illuminato » Beccaria, il rinvio al nostro precedente scritto, dal titolo *Cesare Beccaria e la sua missione universale*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 2014, p. 2043. Nella sua *Réfutation*, pubblicata in Francia nel 1767, il tradizionalista Muyart de Vouglans attaccava appassionatamente quel « prétendu illuminé » di Beccaria, additandolo anche alle autorità responsabili perché si prendessero cura di esercitare il loro potere di censura e di dispiegare tutta la loro autorità al fine di impedirne il contagio (per i riferimenti v. GRAVEN, *Le livre « Des délits et des peines » et son influence en Suisse*, in *Secondo centenario della pubblicazione dell'opera "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, a cura di Accademia Nazionale dei Lincei, 1965, pp. 84-85).

⁽⁶⁾ *Settecento riformatore - Da Muratori a Beccaria*, Torino, 1969, p. 711.

5. *I magistrati e « l'usurpazione sulle leggi ».*

« Un altro mezzo di prevenire i delitti — così inizia il § XLIII, che oggi vediamo intitolato ai « Magistrati » — si è d'interessare il consesso esecutore delle leggi piuttosto all'osservanza di esse che alla corruzione ».

Beccaria così riprende un inciso formulato nel precedente e introduttivo § XLI, laddove, accanto a quello di leggi « chiare » e « semplici », aveva formulato l'auspicio « che tutta la forza della nazione sia condensata a difenderle, e nessuna parte di essa sia impiegata a distruggerle ».

Va da sé che, riferendosi ai magistrati, e alla corretta osservanza, per parte loro, delle leggi, il nostro autore intenda riferirsi non già alla loro semplice posizione di cittadini, ma piuttosto al loro specifico ruolo istituzionale di carattere pubblico.

Nel § VIII il nostro autore aveva già rilevato che i delitti « dei grandi e dei magistrati » — espressione, quest'ultima, verosimilmente da considerarsi in senso lato, cioè riferibile a tutti i titolari di un potere pubblico — sono da annoverarsi nell'ambito « de' maggiori delitti », in quanto la loro influenza « agisce ad una maggior distanza e con maggior vigore, distruggendo nei sudditi le idee di giustizia e di dovere, e sostituendo quella del diritto del più forte ».

Ma è chiaro, d'altronde, che la corretta applicazione delle leggi, a cominciare dalle leggi penali, da parte di quei magistrati, accompagnata dalla consapevolezza, diffusa tra i cittadini, dell'effettività di un tale *modus operandi*, non possono non essere dei validissimi mezzi di prevenzione dei delitti.

All'« osservanza » delle leggi Beccaria contrappone in negativo, la loro « corruzione », ovvero sia la trasgressione delle medesime. La deprecabile, e deprecata, « corruzione » delle leggi si può tradurre — e lo si dice con un'espressione forte — con atti di « usurpazione » operata nei loro confronti, la quale può assumere forme diverse: quella, di stampo corruttivo, avvantaggiata dalla venalità — si era ancora lontani dal pensare a un delitto di « corruzione in atti giudiziari » — che sarà « più difficile » quanto maggiore è il numero dei magistrati, perché essi si controllano reciprocamente (« si osservano tra di loro »); quella dell'autoritarismo, la cui tentazione è, del pari, scoraggiata dall'elevato numero dei

magistrati, perché comporterebbe una non conveniente ripartizione dell'autorità usurpata.

Nello sviluppo e nella conclusione del discorso torna poi in gioco — posto in prima persona tra coloro ai quali compete la prevenzione dei delitti — il ruolo del sovrano. Spetta a lui — scrive Beccaria — evitare, anche facilitando la possibilità di accesso alle tutele di giustizia, che, in definitiva, più che le leggi i sudditi temano i magistrati. La diagnosi dell'autore è netta e risoluta (oltre che pessimistica): in quel caso, infatti, si profilerebbe il forte rischio che i magistrati « profiteranno » della situazione, a svantaggio della « sicurezza » della collettività.

6. *Note minime sulle ricompense della virtù.*

Il § XLIV, intitolato alle ricompense, mette ancora in evidenza (v. anche il capoverso finale del § XXVIII) il ruolo del sovrano illuminato, e più in particolare la sua « benefica mano ».

E ciò perché anche « ricompensare le virtù » è, per Beccaria, un « mezzo di prevenire i delitti ». A suo modo di vedere i premi, elargiti dal sovrano, mediante « la moneta dell'onore » — così come quelli « proposti dalle accademie » agli scopritori delle « utili verità », che hanno moltiplicato « e le cognizioni e i buoni libri » — sono idonee a moltiplicare « le azioni virtuose ».

Come poi, in concreto, e cioè a grandi numeri, codesta moltiplicazione possa comprimere e neutralizzare, operando come forza del bene, le forze del male, e cioè la spinta verso il delitto, resta invece del tutto indeterminato. Così come resta indeterminata la specificazione della tipologia delle azioni virtuose e, insieme, quella del *modus operandi* cui debba conformarsi — a tale riguardo non solo il Facchinei ne aveva mosso rimprovero al nostro autore (7) — la saggezza del « distributore » dei premi.

(7) « Noi non abbisogniamo — scriveva il Facchinei a commento dell'« ottima riflessione » del Beccaria (*Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene*, nell'edizione Remondini, Bassano, 1789, di *Dei delitti e delle pene*, pp. 229-230) — né di maggiori premj, né di più grandi onori, ma solo è da desiderare che siano sempre ben distribuiti ». E, qualche anno dopo Facchinei, nella sua *Apologia della giurisprudenza romana, o note critiche al libro intitolato Dei delitti e delle pene*, Milano, 1784, il giurista Antonio Giudici, dopo aver ricordato, in particolare, il precedente dell'Ulpiano giusti-

Sotto altri, e non meno ragguardevoli, profili, già nel suo capolavoro il Beccaria aveva preso posizione in ordine a questa tematica, affrontando aspre e cruciali alternative in tema di premialità, con esiti d'ordine negativo (§ XXXVI) a proposito della promessa di premio per l'uccisione del colpevole transfuga, e d'ordine problematicamente positivo (§ XXXVII) a proposito dell'impunità da concedersi come premio nei confronti del collaboratore di giustizia che denuncia il suo complice. In tal modo, pur non privo di predecessori, egli può giustamente venire annoverato anche tra i pionieri del « diritto premiale » (e dunque tra i precursori di Jeremy Bentham e del nostro Melchiorre Gioia) (8).

7. *Perfezionare l'educazione.*

Giunto, col § XLV, alla fine del suo percorso in tema di prevenzione, Beccaria scrive che « il più sicuro » ma, al contempo, « più difficil mezzo di prevenire i delitti » è quello « di perfezionare l'educazione ». Il tema — aggiunge subito — è « troppo vasto », e, in quanto tale « eccede i confini » che l'autore si era proposto. Non solo: esso attiene « troppo intrinsecamente alla natura del governo » (9), perché non sia sempre fino ai più remoti secoli della pubblica felicità un campo sterile, e solo coltivato qua e là da pochi saggi ».

Tra questi, pur non nominandolo, secondo l'autore spicca la figura di Rousseau, definito « un gran'uomo che illumina l'umanità che lo perseguita ».

Le espressioni usate da Beccaria pongono all'interprete alcune piccole questioni, che meritano d'essere brevemente analizzate.

niano (Digesto, I, 1.1., § 1) — ben antecedente, dunque, rispetto a quello solitamente ricordato delle pertinenti trattazioni di Helvétius — passava a chiedersi: « Ma se non mancano i premj, quanti non sono gli ostacoli alla giusta distribuzione di essi? Sarebbe veramente un minor male il negarli, che il distribuirgli agli indegni ».

(8) Per tale prospettiva ci sia consentito rinviare a precedenti contributi, tra i quali: *Beccaria e il diritto premiale*, in *Attualità di Cesare Beccaria*, Milano, 1998, p. 43; *Studi di diritto premiale*, Milano, 2010²; *Beccaria, Dragonetti e l'« imitazione stentatissima »*, in « Jus », 2012, p. 517; *Beccaria e la politica dei premi*, in « Archivio storico lombardo », 2014, p. 75.

(9) All'idea che le leggi dell'educazione « doivent être relatives aux principes du gouvernement » Montesquieu dedica gli otto capitoli del suo libro IV.

Che la persona di cui si parla debba essere J.J. Rousseau, non sembra possa ragionevolmente costituire oggetto di dubbio. Di Rousseau, infatti, proprio nell'immediatezza della pubblicazione dell'opera, parla espressamente, nelle sue celebri e ipercritiche *Note* il monaco Facchinei, il quale, inoltre, dopo d'aver esaminato il « metodo » dell'*Emile* scrive e motiva d'averlo trovato del tutto « impraticabile » ⁽¹⁰⁾.

Sempre a ridosso della pubblicazione, nel 1764, dell'opera ancora anonima, il p. Lazzeri, relatore per la condanna di Beccaria da parte della Congregazione dell'*Index librorum prohibitorum*, fa proprio (e non verrà smentito) il nome dell'innominato « gran' uomo » — « Magnus hic vir est Johannes Jacobus Rousseau » — presentandolo come autore dell'*Emile*, cioè di un « pestilenziale » libro, a sua volta « a Sacra Congregazione proscripto » ⁽¹¹⁾.

Ed ancora: nel presentare « le principali massime di educazione veramente utile agli uomini », elaborate dal menzionato « gran' uomo », Beccaria offre proprio un'efficace sintesi dell'*Emile* ⁽¹²⁾.

Il perché, invece, Beccaria non faccia espressamente il nome di Rousseau — per tre volte, invece, risulta quello di Montesquieu — può essere ricostruito per via di illazioni: è stato lo scrittore di Ginevra a difendere la legittimità della pena di morte — il tema che più di tutti preme al Beccaria — sulla base del « patto sociale », ed è sempre lo stesso scrittore, come s'è già ricordato, proprio a

⁽¹⁰⁾ Aggiunge poi — v. le *Note*, qui *retro cit.*, p. 233 — che, quand'anche quel metodo « si potesse mettere in esecuzione, un giovine, educato con quel metodo tra di noi, sarebbe l'uomo il più inutile, il più disprezzato del Mondo ». Facchinei si industria quindi, (p. 238 e ss.), di delineare « il miglior piano d'educare la gioventù, [...] il più capace di prevenire i delitti e le trasgressioni delle Leggi dello Stato » (segue, articolata in sette punti, l'esposizione delle regole e dei metodi ritenuti idonei allo scopo).

⁽¹¹⁾ V. « Il voto del p. Lazzeri S.J. » in Appendice a PISANI, *Cesare Beccaria e l'« Index Librorum Prohibitorum »*, Napoli, 2013, p. 58.

⁽¹²⁾ Una felice consonanza con tale sintesi è offerta dalle prospettazioni analitiche di CASSIRER, *Il problema Jean-Jacques Rousseau*, riproposte come saggio introduttivo a un'edizione Mondadori (Milano, 2002) de *Il contratto sociale*, pp. XXXII e LXXXVIII. Per l'esaltazione del bisogno di « autenticità » che Beccaria attinge da Rousseau v. VIGORELLI, *Beccaria milanese cioè europeo*, saggio introduttivo a *Traité des délits et des peines*, Milano, Sciardelli, 1988, p. 26.

riguardo dell'antecedente e contiguo § XLII, il nostalgico e non condiviso evocatore dell' « antico stato selvaggio » (13).

E si direbbe poi che l'intenzionale omissione del nome, sia in qualche modo compensata dall'epiteto di grandezza che l'accompagna e la sorregge.

Quanto poi al seguito — il « gran'uomo », per l'appunto, « che illumina l'umanità che lo perseguita » — risulta piuttosto difficile pensare, com'è invece parso a più d'un interprete, che per effetto della già ricordata condanna all'Indice dell'*Emile*, il Pontefice di Roma (14) dovrebbe addirittura essere, non soltanto l'improbabile espressione dell'« umanità » illuminata, ma anche, al contempo, l'autore dell'ingrata persecuzione.

Oltretutto non dimentichiamo che nello stesso anno 1762, non soltanto l'arcivescovo di Parigi aveva condannato l'*Emile* (Rousseau gli inoltrerà una lettera di replica), ma lo faranno, anche, con la ben corposa appendice rappresentata dal rogo dei libri e da due distinti mandati di cattura, il Parlamento di Parigi, nonché, con estensione anche al « Contratto sociale », le autorità ginevrine (15).

Sembra pertanto più plausibile la prospettazione di una di-

(13) Badinter (v. la prefazione a una edizione Flammarion 1991 di *Dei delitti e delle pene*, p. 18, nota 4), aveva parlato di una influenza inconfessata (« inavouée ») di Rousseau su Beccaria, per il fatto che nella famosissima lettera 27 gennaio 1766 del secondo al suo traduttore francese Morellet (in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, vol. IV, *Carteggio*, I, 1758-1768, Milano, 1994, p. 219 e ss.) il nostro autore — v. p. 222 — « menziona calorosamente il tributo intellettuale ch'egli deve agli enciclopedisti, ma non ricorda Rousseau ».

(14) Così Venturi, nell'edizione del Beccaria da lui curata (Torino, Einaudi, 1965) ci ricorda appunto — p. 102, nota 13 — che l'*Emile* era stato condannato a Roma il 6 ottobre 1763. Nello stesso senso v. ARMANI, *Introduzione*, cit., p. 95, nota 1.

(15) Nell'annotare, per l'edizione nazionale delle opere di Beccaria, vol. I, Milano, 1994, p. 127, nota 2, il passo in questione, Francioni rileva che il « gran'uomo » con ogni probabilità deve identificarsi nel Rousseau, ricordando che l'*Emile* era stato bruciato pubblicamente, a Ginevra, nel 1762 (e cioè nell'anno stesso della pubblicazione). Si può aggiungere che, proprio perché il 19 giugno di quell'anno, insieme all'*Emile*, era stato bruciato anche il *Contrat Social*, dal suo esilio di Ferney — in una lettera del 14 luglio 1766 spedita a Damilaville — Voltaire si chiedeva: « At-on brûlé les délits et le peines? ». Nel riferire quanto sopra GRAVEN, *Le livre*, cit., p. 84 e nota 8, parla anche della potenza illimitata che, a suo tempo, le istituzioni di Calvino avevano rimesso nelle mani del *Petit Conseil* di Ginevra, che perseguiva, e perseguitava, Rousseau sette anni dopo che il Senato aveva festeggiato la sua *Dédicace à la République*.

versa ipotesi: e cioè che Beccaria faccia riferimento a quanto ebbe a scriverne, nelle sue *Confessioni*, lo stesso Rousseau, a cominciare dalla descrizione delle peripezie alle quali era stato sottoposto l'*Emile*, già nel corso della stampa. Riferendosi a Ginevra e alla stessa opera, Rousseau ci ricorda: « Il mio libro vi fu arso, e io colpito da decreto d'arresto il 10 giugno, ossia nove giorni dopo esserlo stato a Parigi [...]. Quei due decreti furono il segnale del grido di maledizione che si levò contro di me in tutta Europa con un furore senza precedenti [...] Ero un empio, un ateo, un forsennato, un indemoniato, una bestia feroce, un lupo » (16).

8. *Spunti riepilogativi e conclusivi.*

Avviamoci a concludere.

Con queste parole introduttive Voltaire tratteggia quella che era stata l'« occasione » che l'aveva portato a stendere il suo celebre « Commentario sul libro dei delitti e delle pene »: « quando — scrive — venni a sapere che da poco era stata impiccata, in una provincia, una giovane di diciotto anni, bella e ben fatta, dotata di utili qualità e di onestissima famiglia. Ella — specifica l'autore — era colpevole di essersi lasciata fare un figlio, ma ancor di più, di avere abbandonato la sua creatura ». Ed ancora: la legge in base alla quale la condanna era stata pronunciata, era « ingiusta, inumana e pernicioso ». Ma anche più importante è il rilievo che segue: « La carità non ha ancora creato in questo paese dei pii istituti in cui i bambini esposti possano essere allevati » (17).

(16) Ed ancora, ricordando il diverso trattamento che « il pubblico », distaccandosi dai « persecutori », aveva riservato al *De l'esprit* di Helvétius, aggiungeva: « Si confrontino il suo libro con i miei, la diversa accoglienza che riceverono, il trattamento usato ai due autori nei diversi Stati d'Europa; si trovino per queste differenze cause che possano soddisfare un uomo ragionevole: ecco quanto chiedo, poi tacerò ».

CASSIRER, *Il problema Jean-Jacques Rousseau*, cit., p. XLIX, ricorda le lettere nelle quali Rousseau prospettava a Voltaire il « tragico paradosso per cui egli, il figliastro della fortuna, il perseguitato e respinto dalla società, dovrebbe prendere la difesa dell'*ottimismo*, contro Voltaire, che viveva nello splendore della gloria e nel godimento di tutti i beni della fortuna ».

(17) VOLTAIRE (§ 1) aggiungeva e concludeva: « Dove manca la carità, la legge è sempre crudele. Era molto meglio prevenire queste disgrazie, che sono piuttosto comuni,

L'autorevolissimo filosofo « commentatore » in questo modo dimostra d'aver colto il generale messaggio di Beccaria per la prevenzione *extra-penale* dei delitti, e sui mezzi, di politica sociale, volti ad attuarla: un messaggio che, muovendo dalla prevenzione dell'« attica venere » e dell'infanticidio, il nostro autore piuttosto utopisticamente estende fino a ritenere (§ XXXI) « che non si può chiamare precisamente giusta (il che vuol dire necessaria) una pena di un delitto finché la legge non ha adoperato il miglior mezzo per prevenirlo ».

Ma perché — come avevamo anticipato — si tratta di questioni complesse, sarà il caso di passare a svolgere alcune considerazioni in certo modo riepilogative, oltre che conclusive.

In primo luogo, come già s'è ricordato, Beccaria delinea come debba attuarsi la funzione della pena detentiva. Ricordiamolo ancora: impedendo al reo di far nuovi danni (noi parliamo di prevenzione speciale) e scoraggiando i suoi concittadini — nel che noi facciamo consistere la funzione di prevenzione generale — dal causarne degli altri ⁽¹⁸⁾. Ma non parla testualmente di « prevenzione », come scopo della pena, se non per dire incidentalmente (§ XXVII) che « la crudeltà delle pene » è contraria « al fine medesimo di prevenire i delitti ».

In secondo luogo, con specifico riferimento alla pena perpetua, o « schiavitù perpetua » (§ XXVIII) di nuovo non parla di preven-

piuttosto che limitarsi a punirle. Il vero compito della giurisprudenza è di impedire i delitti e non di dare la morte a un sesso debole, quando è evidente che il suo errore non è accompagnato da malizia e che è costato caro al suo cuore. Garantite, per quanto è possibile, una via di scampo a chiunque sia tentato di far del male, e avrete meno da punire ». (Abbiamo riportato una traduzione italiana [Como-Pavia, 1994] con prefazione di Francioni, p. 31. Per il testo originale francese v. l'edizione Einaudi cit. a nota 14, p. 371).

⁽¹⁸⁾ « Concezione ristretta, se si vuole — osserva DELITALA, in *Secondo centenario*, cit., p. 78 — ma che coglie un momento ineliminabile della teoria della pena: che non può essere concepita, come pretenderebbero i retribuzionisti più intransigenti, solo per quel che essa indubbiamente è, di fatto, e cioè come sofferenza ». A tale riguardo VASSALLI (*Spunti di politica criminale in Cesare Beccaria*, in *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*, a cura di Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano, 1990, p. 28) parla di « passo centrale della filosofia di Cesare Beccaria », ma peraltro con l'avvertenza che nel di lui professato utilitarismo « soltanto in linee generalissime si può trovare la base per un sistema di politica criminale ».

zione, bensì di « freno più forte contro i delitti », di « salutare terrore che la legge pretende ispirare ». Ma soprattutto la funzione, che noi possiamo pur dire preventiva, propria di quel tipo di pena, è ispirata alla nozione ancora antica — si può parlare di prevenzione *negativa* — della deterrenza e dell'intimidazione. Ed in questo modo, com'è ben noto, il nostro autore paga un prezzo, alquanto elevato, e perfino eccentrico, a fronte della pur programmata « dolcezza della pena »: prezzo al quale è disposto ad accedere per acquisire forza e risorse d'ordine argomentativo e pragmatico alla sua fondamentale e prioritaria battaglia, che è quella contro la pena di morte ⁽¹⁹⁾.

Ma come s'è visto, nei paragrafi oggetto del nostro commento, l'autore crea uno stacco da tutto quanto sopra. E a questo punto parla espressamente di prevenzione, in una sua accezione — come avevamo anticipato — piuttosto particolare e specifica, che va meglio precisata. Si tratta di una prevenzione generale *positiva* ed indiretta, dei delitti, non come finalità intrinseca della pena nel momento legislativo e nel momento applicativo, ma come prevenzione ricercata e perseguita prima dei delitti (e del loro accertamento), vale a dire *al di fuori* e *prima* dell'entrata in funzione del sistema penale vero e proprio.

Abbiamo visto quali siano i « mezzi » di prevenzione da lui prospettati: va da sé, a fronte della ben minore (per qualità e quantità) criminalità del suo tempo. Così, all'incirca, li riassume Porret: « Scienze, istruzione, un giudice [*recte*: un « magistrato »] incorruttibile, civismo e virtù » ⁽²⁰⁾. Piuttosto impropriamente si è

⁽¹⁹⁾ Non va poi dimenticato che, sempre a giudizio del Beccaria del § XXVIII, il « secondo motivo per cui può credersi giusta e necessaria la pena di morte » — ma, si noti, nelle situazioni del tutto eccezionali di contesto da lui specificate — sarebbe correlativo all'ipotesi in cui la messa a morte del cittadino « fosse *il vero ed unico* freno per *distogliere gli altri* dal commettere delitti ». Nel seguito del paragrafo, però, il nostro autore sviluppa ed integra il suo pensiero, scrivendo tra l'altro: « Parmi un assurdo che le leggi che sono l'espressione della pubblica volontà, che detestano e puniscono l'omicidio, ne commettono uno esse medesime, e *per allontanare i cittadini* [i corsivi sono ns.] dall'assassinio, ordinino un pubblico assassinio ».

⁽²⁰⁾ PORRET, *Beccaria*, trad. ital., Bologna, 2013, p. 89. VASSALLI, *Spunti*, cit., p. 34, osserva che nei « famosi interrogativi » (« Volete voi... ») si compendia la politica criminale « ricostruibile » nell'opera di Beccaria.

detto che, con quella sua filosofia della prevenzione, la « modernità penale » di Beccaria trovi il suo culmine, in quanto « scopo supremo della giustizia criminale » (21).

Si tratta invero, ad ogni modo, di una modernità datata, mentre se mai, per Beccaria, a venire in gioco, è ben di più che la « giustizia criminale », ed anche qualcosa di ben diverso rispetto ad essa.

Beccaria per così dire anticipa la lotta contro la criminalità portandola, abbiamo detto, sulle trincee più avanzate delle precondizioni, istituzionali e culturali. E gli va riconosciuto che, andando, con sentimenti nuovi e nuovi presentimenti, al di là delle colonne d'Ercole del vecchio mondo del diritto costituito, egli ha acquistato l'indubbio merito storico del fare e del farci meglio intendere che il comparto infelice dei delitti e delle pene non è chiuso in se stesso, avulso dal contesto culturale, economico e sociale, e rappresenta piuttosto — il grande autore milanese così getta anche i semi per lo sviluppo della moderna criminologia — un macro-problema di politica generale dello Stato (22).

(21) PORRET, *Beccaria*, cit., p. 88. Ampie ed aggiornate prospettive in tema di prevenzione sono rinvenibili nel saggio di NUVOLONE, *La prevenzione nella teoria generale del reato* (1956), ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 269, e nel volume collettaneo *Teoria e prassi nella prevenzione generale dei reati*, a cura di Romano e Stella, Bologna, 1980, mentre poi, sulle più recenti teorie della prevenzione generale (negativa e/o positiva) v. l'intricatissimo quadro delineato da DE FRANCESCO, *La prevenzione generale fra normativa ed empiria*, in *Scritti in onore di A.M. Stile*, Napoli, 2013, p. 16. Ricordiamo anche NOLL, *La fondazione etica della pena*, in *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, a cura di Eusebi, Milano, 1989, p. 50, secondo il quale la pena è « solo l'ultimo, e per giunta il più rozzo, degli strumenti *generalpreventivi* ».

(22) Secondo Calamandrei, che ne scriveva (p. 381, nota 1) curando la 2^a ed. Le Monnier (Firenze, 1950) di *Dei delitti e delle pene*, al centro di tutto l'ampio « capitolo » finale dedicato alla prevenzione, « in mezzo a derivazioni dal Rousseau e dal Helvétius, si trova un'idea fondamentale, della quale la scienza penale dei secoli successivi è debitrice al B.: l'idea che, specialmente ha fruttificato nella scuola positiva italiana, che il problema dei delitti e delle pene è soprattutto un problema di prevenzione, più che di repressione; un problema di educazione, o di rieducazione morale, ossia di giustizia sociale ». Dato atto di una certa amplificazione entusiasta, da parte del non-penalista Calamandrei, del pensiero di Beccaria, il punto di vista del curatore sembra però apprezzabile soprattutto in quanto, al contempo, si tenga presente che, a sia pur aspro giudizio di Enrico Ferri, per l'appunto fondatore della « Scuola positiva », quelle di

Ma nell'andare oltre, la sua — ovviamente datata — modernità, ancora non gli fa intendere che la battaglia della prevenzione va realisticamente affrontata anche all'interno e dall'interno del sistema penale. In effetti egli non ci parla di pena detentiva quale mezzo di prevenzione speciale in quanto — come dice l'art. 27, comma 3°, del nostro testo costituzionale — pratica della rieducazione ⁽²³⁾, e insieme, come suggerisce il parallelo art. 25, comma 2° della Costituzione spagnola, del reinserimento sociale. E ancora egli non è in grado di presagire i nuovi percorsi sui quali dovrà avviarsi la modernità, per così dire, di nuova generazione, in direzioni anche apparentemente opposte. Per un verso, si vuol dire, all'interno del quadro della repressione e del castigo, non solo per escludere nella massima misura del possibile la perversione rappresentata dall'inumanità del trattamento, ma anche per potenziare le possibili virtualità positive dell'esecuzione penale; per l'altro verso, e quasi paradossalmente all'opposto, per tenere l'autore di reato per quanto ragionevolmente preferibile lontano dal carcere, e dalla sua innega-

Montesquieu e di Beccaria furono piuttosto — ma Ferri diceva « soltanto » — « dichiarazioni platoniche ed isolate, senza uno sviluppo sistematico », appoggiato alla sociologia e alla criminologia, e perciò « capace di pratiche applicazioni immediate ». A tale riguardo, e più in generale (sul tema v. anche *La prevenzione della criminalità*, in « Sc. posit. », 1926, I, p. 97) auspicando che « la prevenzione, anziché l'accessorio » dovesse divenire il principale presidio dell'ordine sociale, data la minima efficacia delle pene ad impedire i delitti (*Sociologia criminale*, Torino, vol. I, 1929⁵, p. 545 e ss.), Ferri, a decorrere dal 1880 presenterà la teoria, e la fitta rete, dei c.d. sostitutivi penali, volti ad eliminare o attenuare le cause, soprattutto sociali, del delitto (v. i *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 45 e ss.). Si trattava di provvedimenti « tutti al di fuori del Codice penale e consistenti nelle periodiche riforme di ordine educativo, familiare, economico, amministrativo, politico ed anche giuridico (di diritto privato e pubblico) », di programmatica ben maggior incidenza — a parte qualche ingenuità — rispetto ai mezzi della prevenzione extra-penale delineata da Beccaria.

⁽²³⁾ Questa lacuna può sembrare anche più ragguardevole per Beccaria, che, come s'è visto (§ XLV), indica il perfezionamento dell'educazione, *last but not least*, come il mezzo « più sicuro », anche se più difficile, di prevenire i delitti. Pare poi difficile poter dedurre, da un lato che *per implicito* (v. JACOMELLA, *L'actualité de la pensée de Cesare Beccaria*, in « Rev. int. de crimin. et de pol. techn. », 1964, p. 94), l'autore abbia considerato quel perfezionamento, insieme alla ricompensa della virtù, come un principio da attuare al momento dell'applicazione della pena e, per altro verso, ritenere che il menzionato comma della Costituzione sia, di per sé, frutto dell'insegnamento di Beccaria (così CALAMANDREI, *op. e loc. citt.*).

bile dimensione corrosiva e diseducatrice, e magari, ancor prima, lontano dalla stessa esperienza del processo. A tale riguardo il pensiero nostro di oggi può andare, ovviamente, ad istituti che, ai tempi del nostro grande autore, erano di là da venire: la liberazione condizionale della pena, la sua sospensione condizionale, il perdono giudiziale, le misure alternative, a tacere di altre e più recenti forme di risposta alla fenomenologia del delitto.

Ma noi non ci meravigliamo certo del fatto che il per davvero moderno e lungimirante Beccaria non abbia saputo vedere così lontano.

Non ce ne meravigliamo, si diceva, perché — come lo stesso Beccaria saggiamente ci ricorda proponendoci, in epigrafe, un pensiero di Bacone — nelle cose più difficili non è pensabile una troppo stretta contiguità tra la semina e il raccolto, in quanto è necessaria un'adeguata preparazione, per dar tempo, a quelle cose difficili, di maturare gradualmente (« per gradus »). In verità, i « gradi » della prevenzione dei delitti — comunque la si voglia intendere — sono vari, mutevoli e ben numerosi, ed anche praticamente inesauribili.

DOMENICO SICILIANO

IL POTERE DELL'INSETTO E
L'INSETTO DEL POTERE. OVVERO:
LA QUESTIONE DEMOCRATICA IN
« DEI DELITTI E DELLE PENE »
DI CESARE BECCARIA (*)

1. Il problema. — 2. « Non essere governati in tal modo ». — 2.1. Critica delle leggi. — 2.2. Della critica e relativizzazione del diritto di proprietà. — 2.2.1. Del « terribile, e forse non necessario diritto ». — 2.2.2. Della contingenza del diritto di proprietà ovvero: la proprietà come un mezzo per la realizzazione del fine del contratto sociale. — 2.3. Il privilegio dei pochi. — 2.4. Le leggi e lo « spirito di famiglia ». — 3. La « moderazione » della critica. — 3.1. La « assoluta necessità » del punire. — 3.2. Dal diritto a punire al diritto penale. — 3.3. Il criterio del « danno della società ». — 3.4. « Noblesse oblige »: dal potere dei delitti ai delitti del potere. — 4. Conclusioni.

1. *Il problema.*

Il tema di questo contributo è la considerazione o meglio: la non considerazione dei rapporti di potere nel diritto penale. Questo viene discusso esemplarmente analizzando il « classico » della filosofia del diritto penale, « Dei delitti e delle pene » di Cesare Beccaria. In una prima parte (*sub* 2.) si ricostruirà la concezione sviluppata da Beccaria per tematizzare in termini fortemente critici la condizione del sistema giuridico penale e più in generale del sistema giuridico del suo tempo sulla base di una visione che fa valere la differenza tra quelle che possiamo chiamare 'leggi reali', le leggi effettivamente esistenti, il *Sein* della situazione legislativo-normativa, e quelle che possiamo chiamare 'leggi ideali', il *Sollen* della situazione legislativo-normativa, cioè tra le leggi così come sono

(*) Ringrazio Massimiliano Gregorio, Luigi Lombardi Vallauri e Antonio Vallini per aver letto versioni precedenti di questo manoscritto e per aver dato preziosi consigli.

e le leggi come dovrebbero essere ‘secondo ragione’. Questa concezione comprende da una parte la critica radicale del diritto di proprietà che, diversamente dal diritto alla vita, non è considerato un diritto di natura e dall’altra parte la critica dello « spirito di famiglia » alla luce del suo contrario, lo « spirito repubblicano », che dovrebbe permeare di sé ogni sistema giuridico composto da uomini e cittadini e non da impauriti sudditi sottoposti al volere dei loro capifamiglia. Si mostrerà quindi (sub 3.) in che modo Beccaria non spinga la sua critica fino alle estreme conseguenze e proponga invece un modello di diritto penale *giusto* e quindi *legittimo*, basato sul contratto sociale, su di un utilitarismo egualitario e su di una concezione della società che tramite il criterio del « danno della società » gli consente di tematizzare all’interno del sistema giuridico penale e più in generale del sistema giuridico le relazioni asimmetriche di forza e di potere tra ricchi e potenti da un lato e poveri e deboli dall’altro.

2. « Non essere governati in tal modo ».

Elemento fondamentale di « Dei delitti e delle pene » è la critica. Beccaria tematizza la condizione attuale del diritto penale ovvero della giustizia penale. Egli evidenzia condizioni non ulteriormente tollerabili. Rifacendoci a Michel Foucault potremmo dire che Beccaria non solo giudica negativamente la condizione del diritto penale e del sistema penale dell’epoca, ma ne richiede pure un radicale cambiamento, considerato che « non si può essere governati in tal modo » ⁽¹⁾.

Da un punto di vista analitico possono essere evidenziate due componenti collegate tra di esse, che vanno a costituire la critica articolata e formulata da Beccaria in « Dei delitti e delle pene ». Si tratta della critica politica e della critica sociale del diritto penale. I mezzi con i quali vengono prodotte le differenze politiche e sociali sono « le leggi ».

⁽¹⁾ In questo contesto definisco con Foucault la critica in generale come « l’arte di non essere governati in tal modo ». Cfr. Michel FOUCAULT, *Qu’est-ce que la critique?*, in « Bulletin de la Société française de Philosophie », LXXXIV (Avril-Juin 1990), trad. tedesca *Was ist Kritik?*, Berlin, 1992, p. 7 e ss., in particolare 12, dove si definisce in generale come Kritik, critica, « die Kunst, nicht dermaßen regiert zu werden ».

2.1. *Critica delle leggi.*

Nell'*Introduzione* alla sua opera Beccaria inizia con la seguente osservazione:

Gli uomini lasciano per lo più in abbandono i più importanti regolamenti alla giornaliera prudenza o alla discrezione di quelli, l'interesse de' quali è di opporsi alle più provvide leggi che per natura rendono universali i vantaggi e resistono a quello sforzo per cui tendono a condensarsi in pochi, riponendo da una parte il colmo della potenza e della felicità e dall'altra tutta la debolezza e la miseria (2).

Due gruppi si contrappongono, o meglio: *non* si contrappongono nella società. Da una parte ci sono « gli uomini ». Essi di regola (« per lo più ») consentono che le più importanti materie vengano lasciate a disposizione della « giornaliera prudenza » ovvero alla « discrezione » di un non meglio definito gruppo di individui (« di quelli »), che in tal modo vengono contrapposti agli « uomini ». Qui possono venir evidenziate delle normatività implicite. In primo luogo l'espressione « lasciare in abbandono » evoca il comportamento di un contadino che consente che i suoi campi vadano in rovina e quindi che altri individui, che a ben vedere non ne hanno il potere, possano far valere delle pretese sui campi in questione. In secondo luogo la « giornaliera prudenza » e la « discrezione » possono a malapena essere intese come delle virtù. La giornaliera prudenza è la prudenza che non guarda lontano, e che quindi è solo concentrata a mantenere i rapporti esistenti, che è fissata a fini conservativi sul quotidiano (3). Un indizio in tal senso può darsi alla luce della prima versione di « Dei delitti e delle pene », intitolata con un'interessante inversione rispetto all'edizione definitiva « Delle pene e dei delitti ». Al passaggio corrispondente Beccaria parla espressamente di « indolente e giornaliera prudenza » o di « discrezione » (4). La « discrezione » è invece un'attività formulatrice di

(2) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in Id., *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, diretta da Luigi Firpo, Vol. I, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Gianni Francioni, Milano, 1984, p. 23.

(3) Cfr. qui i passi sullo spirito di famiglia, in: BECCARIA, *Delitti*, p. 80 e ss. Si veda al riguardo in dettaglio qui sotto *sub* 2.4.

(4) Il passo in questione recita: « Non vi è cosa più ordinaria negli uomini che i più importanti regolamenti per il loro bene siano piuttosto abbandonati o alla indolente

giudizi non verificabile razionalmente. Abbiamo a che fare con rapporti impregnati di potere se non direttamente autoritari ⁽⁵⁾. Gli altri, i « quelli » del testo di Beccaria non vengono definiti per il tramite della loro qualità umana, ma dei loro interessi. Si tratta precisamente dell'interesse a « opporsi alle più provvide leggi ». Queste leggi sarebbero le leggi che « per natura rendono universali i vantaggi ». Esse condurrebbero quindi a vantaggi per la collettività. Questi vantaggi consisterebbero nella circostanza che tali leggi svolgerebbero un effetto contrario rispetto a quella « forza », pressione o appunto « sforzo » che si sviluppa nella società. Quest'ultima forza condurrebbe a una redistribuzione polarizzante. Da una parte si verrebbe a condensare « il colmo della potenza e della felicità » e dall'altra andrebbero a posizionarsi « tutta la debolezza e miseria ». Subito a seguire Beccaria fonda implicitamente il suo giudizio sulle « leggi » che si sono imposte storicamente, nel momento in cui egli con riferimento alla storia descrive queste di nuovo in termini negativi alla luce del criterio dato da quelle che possiamo chiamare leggi 'ideali' o meglio da quella che possiamo chiamare 'legge ideale':

Apriamo le storie e vedremo che le leggi, che pur sono o dovrebbero esser patti di uomini liberi, non sono state per lo più che lo strumento delle passioni di alcuni pochi, o nate da una fortuita e passeggera necessità; non già dettate da un freddo esaminatore della natura umana, che in un sol punto concentrasse le azioni di una moltitudine di uomini, e le considerasse in questo punto di vista: *la massima felicità divisa nel maggior numero* ⁽⁶⁾.

Qui Beccaria ripete la sua strategia argomentativa, che si basa su due concetti contrari di leggi. In primo luogo viene illustrato il

e giornaliera prudenza o alla discrezione di quelli di cui è interesse l'opporvi ai più provvidi regolamenti, la natura dei quali è sempre di rendere universali i vantaggi e opporsi a quel niso che cerca sempre a ristingerli in pochi, mettendo da una parte il colmo della potenza e della felicità e dall'altra il sommo della imbecillità e della miseria ». BECCARIA, *Delle pene e dei delitti* (sic!), prima redazione, in Id., *Edizione nazionale*, cit., vol. I, p. 135 e ss., 135.

⁽⁵⁾ Questo viene suffragato se si confronta questo passo con un altro nel paragrafo centrale sullo « spirito di famiglia ». Qui Beccaria dice che nella repubblica che consiste di famiglie e non di uomini (liberi) « i figli, cioè la più gran parte e la più utile della società, sono alla discrezione dei padri ». Sullo « spirito di famiglia » vedi ampiamente qui sotto *sub* 2.4.

⁽⁶⁾ BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 23. Corsivo nel testo originale.

concetto connotato positivamente: le leggi *dovrebbero* essere « patti di uomini liberi ». In tal modo si rimanda alla posizione simmetrica ovvero paritaria degli uomini (liberi) nella società, che *dovrebbe* costituire il presupposto delle leggi. Le leggi vengono considerate dal punto di vista ideale, del *Sollen*, del *dover essere*. Ma questo di regola è il caso che non si dà. La realtà viene così ricostruita per negazione, come assenza di leggi che siano frutto dell'accordo di soggetti aventi la stessa dignità, di *uomini liberi*. Le leggi vanno piuttosto viste « per lo più » come « stromento delle passioni di alcuni pochi », mezzi impiegati al fine di soddisfare i desideri di una piccola minoranza, ovvero come effetti di una « fortuita e passeggera necessità ». Questo significa che esse non possono essere comprese razionalmente e quindi ricostruite come conformi a criteri di giustizia alla luce di chiari motivi che abbiano portato a esse. Subito a seguire le leggi affermatesi nella storia vengono nuovamente definite *in negativo*: esse non sono il risultato di un « freddo esaminatore della natura umana » che *more geometrico* provveda a massimizzare per gli uomini il bene della felicità, distribuendolo al maggior numero possibile di essi nel modo più egualitario possibile. In tal modo Beccaria propone già nella sua *Introduzione*, sulla scia delle « Meditazioni sulla felicità » pubblicate un anno prima dal suo mentore, Pietro Verri, una concezione utilitarista e al tempo stesso egualitaria del diritto che torna a più riprese, come un vero e proprio Leitmotiv, in « Dei delitti e delle pene » (7).

(7) Informata a tale concezione è la stessa definizione di diritto data da Beccaria nel § II. Cfr. in dettaglio qui sotto *sub* 3.1. Sull'importanza di tale passaggio e sul debito al riguardo di Beccaria nei confronti di Pietro Verri si veda Bernard E. HARCOURT, *Dei Delitti e delle pene di Beccaria: uno strumento di riflessione sulla storia delle fondamenta del diritto penale moderno*, trad. di Alessandro Corda, in « Criminalia », 2013, p. 149 e ss., 158. Gianni Francioni, oltre a ricordare che la formula di Beccaria echeggia « particolarmente » quella utilizzata da Pietro Verri nelle sue *Meditazioni sulla Felicità* (« La felicità pubblica o sia la maggior felicità possibile divisa colla maggiore uguaglianza possibile ». VERRI, *Meditazioni sulla Felicità* (1763), Milano, 1766 [Galeazzi], p. 84, cit. da Francioni, in Beccaria, *Delitti*, cit., p. 23, nota 2) ricorda che tale formula è stata coniata da F. Hutcheson, è stata impiegata da Helvétius e che, « con differente terminologia » Bacon e Hobbes « avevano espresso [...] [u]na simile idea ». FRANCIONI, in Beccaria, *Delitti*, cit., p. 23, nota 2.

2.2. *Della critica e relativizzazione del diritto di proprietà.*

Un ulteriore indicatore della fondamentale considerazione da parte di Beccaria all'interno del diritto penale degli elementi politico e sociali che determinano al delitto è dato dalla forte relativizzazione che riceve il diritto di proprietà.

2.2.1. *Del « terribile, e forse non necessario diritto ».*

Nel § XXII (« Furti ») ⁽⁸⁾ di « Dei delitti e delle pene » Beccaria si dedica alla questione del furto. Qui egli concentra la sua analisi sui furti « che non hanno unito violenza [...] » ⁽⁹⁾. Secondo Beccaria tali delitti dovrebbero venir semplicemente puniti con una pena pecuniaria. La ragione di ciò sarebbe data da una sorta di meccanismo sanzionatorio di tipo retributivo: « Chi cerca di arricchirsi dell'altrui dovrebbe esser impoverito del proprio » ⁽¹⁰⁾.

Tuttavia egli preferisce accantonare l'idea della pena pecuniaria e opta per il lavoro coatto ovvero per la « schiavitù per un tempo delle opere e della persona alla comune società » ⁽¹¹⁾. Tra l'altro egli fonda la sua concezione riferendosi alle cause sociali del furto. Questo secondo lui è di regola un delitto commesso da persone che si trovano a causa della loro povertà in una (disperata) condizione di miseria:

[...] [Q]uesto non è per l'ordinario che il delitto della miseria e della disperazione, il delitto di quella infelice parte di uomini a cui il diritto di proprietà (terribile, e forse non necessario diritto) non ha lasciato che una nuda esistenza [...] ⁽¹²⁾.

Il furto pertanto è di norma una reazione all'esclusione della classe inferiore della popolazione dalla distribuzione dei beni e con ciò dalla felicità. Poiché il contratto sociale significa per gli uni proprietà e per gli altri la « nuda esistenza », gli esclusi sono costretti dalla loro miseria a violare il diritto (penale). In tal modo la

⁽⁸⁾ Cfr. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in: Id., *Edizione nazionale*, cit., vol. I, p. 75 e ss., 75.

⁽⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹²⁾ Ivi, p. 75 e s.

definizione di Beccaria della proprietà come « terribile, e forse non necessario diritto » si spiega particolarmente bene. Si può asserire qui plausibilmente che il diritto di proprietà per Beccaria è « terribile » perché esso rappresenta una ‘sventura’ per la parte ‘sventurata’ della popolazione. Sebbene l’osservazione si trovi tra parentesi, essa non rappresenta alcun obiter dictum e ancor meno un lapsus. Si tratta — come è stato già notato ⁽¹³⁾ — di un passo che è stato modificato da Beccaria nella terza edizione. Nella prima redazione così come nella prima edizione del 1764 il passo corrispondente recita: « [...] terribile, ma forse necessario diritto » ⁽¹⁴⁾. Tramite l’immissione della negazione *non* si ha lo spostamento da un’ancora possibile fondazione del diritto di proprietà all’ipotesi della non necessità di questa. La tesi della precisa volontà di Beccaria di mettere in questione il diritto di proprietà è resa plausibile da un’importante lettera del 26 settembre 1766 di Isaak Iselin a Moses Mendelssohn. In essa Iselin comunica a Mendelssohn di aver fatto a Beccaria, per il tramite di un conoscente in Italia, la domanda da lui

⁽¹³⁾ Vedi la nota di Gianni Francioni al testo della terza edizione in Cesare BECCARIA, *Dei Delitti e delle pene*, a cura di Gianni Francioni, in Beccaria, *Edizione nazionale*, cit., vol. I, p. 75 nota 3. Nella discussione in lingua tedesca è esemplare la concezione di Gustav Radbruch, che parla di « Akzentverschiebung ». Gustav RADBRUCH, *Isaak Iselin über Cesare Beccaria*, in *Elegantiae juris criminalis*, Basel, 1938, p. 61 e ss., p. 67 e s.. Radbruch, partendo dal passo modificato e da una lettera di Isaak Iselin a Moses Mendelssohn ricostruisce a mio parere in modo convincente questo passo come un passo centrale nel pensiero di Beccaria e come espressione della sua radicalità democratica. Mentre Rousseau nel suo *Discours sur l'économie politique* alla fine avrebbe richiesto una « vernunftgemäß[e] Eigentumsverteilung, die allen etwas gibt und keinem zuviel [...] », Beccaria sarebbe stato « [...] in der Anzweiflung des Privateigentums weit radikaler als Rousseau ». RADBRUCH, *Iselin über Beccaria*, cit., p. 61 e ss., 68. Radbruch aggiunge: « Er erklärt in den angeführten Worten das Privateigentum für „vielleicht“ überflüssig, den Sozialismus oder, wie Iselin ihn nennt, die Gemeinschaft für durchaus erwägenswert ». Ivi, p. 61 e ss., 68. In tal modo Radbruch ascrive Beccaria alla « demokratische Lehre », che — contrariamente al liberalismo « [...] Bestand und Grenzen des Privateigentums aus dem Staatswillen ableitet und vom Staatswillen abhängig macht ». Ivi, p. 61 e ss., 69. Sulla lettera di Iselin a Mendelssohn si veda ampiamente in seguito.

⁽¹⁴⁾ Per la cd. « prima redazione » si veda qui BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 160; per la prima edizione si veda l’osservazione di Gianni Francioni, ivi, p. 75 n. 3; cfr. anche l’osservazione di ALFF, in Cesare Beccaria, *Über Verbrechen und Strafen*, Nach der Ausgabe von 1766 übersetzt und herausgegeben von Wilhelm Alff, Frankfurt am Main/Leipzig, 1998, p. 110, Fn * (sic!).

suggeritagli in una lettera precedente, e cioè se forse si sia trattato di un errore quando ha scritto « *propriété droit terrible et qui peut-être n'est pas nécessaire* » (15). Beccaria avrebbe risposto che non si è trattato « per nulla di un errore di stampa, ma [...] proprio della sua opinione » (16). Egli avrebbe anche fondato la sua opinione — così riferisce ancora Iselin — riferendosi alla messa in comune dei beni a Sparta e negli ordini monacali (17).

Il mutamento ovvero l'affinarsi della critica nei confronti del diritto di proprietà dalla terza edizione di « *Dei delitti e delle pene* » è sintomo a mio parere del paradosso in cui Beccaria si trova: da un lato egli sottolinea come causa ordinaria del furto l'esclusione di una parte della popolazione dall'accesso alla proprietà; dall'altro lato questo modo di vedere si trova in tensione teorica con il manteni-

(15) Citato dettagliatamente da RADBRUCH, *Iselin über Beccaria*, cit., p. 61 e ss., p. 61 e s. Questo passo aveva provocato la reazione indignata di Mendelssohn nella sua lettera a Iselin del 1° giugno 1766: « Was? Haben die Sophistereyen des grossen Weltweisen so weit durchgedrungen, dass man kein Bedenken trägt, von dem heilsamsten Rechte der menschlichen Gesellschaft so verächtlich zu sprechen! Man erlaubt es einem Genie, allenfalls zur Debauche des Geistes, einen paradoxen Satz durch alle seine Folgen durchzusetzen, und damit Künste und Wissenschaften nichts zum Besten des menschlichen Geschlechts gethan haben sollen, das Eigenthum und die ganze gesellschaftliche Einrichtung überhaupt für unnöthig auszugeben. Aber diese seltsamen Folgen zuversichtlich anzunehmen, und in einem Werke, das die Menschen von ihren Rechten und Obliegenheiten unterrichten soll, im Vorbeygehen als ausgemacht anzuführen, ver-räth meines Erachtens keine geringe Uebereilung. Wer die wilden Meinungen nicht kennt, die in unseren Tagen Aufsehen machen, muss diese ganze Zeile für einen Druckfehler halten ». MOSES MENDELSSOHN, *Gesammelte Schriften Jubiläumsausgabe*, vol. 12, 1, II, 1, Stuttgart-Bad Cannstatt, 1976, p. 108 e ss., p. 111 e s. Qui Beccaria viene tra lo altro « smascherato » come discepolo di Rousseau: « Der Italiäner hat den gar seltsamen, beleidigenden Ton des Rousseau angenommen, der immer so spricht, als wenn das ganze menschliche Geschlecht vor seiner Zeit gar nicht gedacht hätte ». Ivi, p. 108 e ss., p. 111. Nella sua risposta Iselin sottolinea rifacendosi a Mendelssohn i tratti rousseauiani di *Dei delitti e delle pene*. Cfr. qui RADBRUCH, *Iselin über Beccaria*, cit., p. 61 e ss., p. 61 e s.

(16) RADBRUCH, *Iselin über Beccaria*, cit., p. 61 e ss., 62.

(17) *Ibidem*. Il passo recita: « Er sagte, dies sei kein Druckfehler, sondern seine völlige Meinung; die Möglichkeit der Gemeinschaft und derselben Nutzen habe man an den Spartanern gesehen, und sehe sie noch an den Münchsorden, wo es doch leider die Natur wäre ». Sull'atteggiamento assai critico nei confronti della proprietà dei Certosini e dei Benedettini, marcata come *vitium proprietatis* ovvero *nequissimum vitium* (in questo senso la *Regola* di san Benedetto al capitolo 33) si veda Luigi LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 2012², p. 456 e ss., 459.

mento della sanzione penale prevista per il furto. Beccaria critica il diritto di proprietà e addirittura lo mette in discussione. Tuttavia resta dell'idea che il furto debba essere punito. La sua critica ha effetti solo sul piano del *quantum*, non dell'*an* ovvero del se punire⁽¹⁸⁾. Tuttavia, a differenza di autori come von Globig e Huster⁽¹⁹⁾, che forniscono espressamente una fondazione del diritto di proprietà, Beccaria non risolve il paradosso. La radicale messa in questione del diritto di proprietà resta al centro della sua opera. Questo può essere provato alla luce di altri passi di « Dei delitti e delle pene » nei quali le cause politiche e sociali del delitto ovvero del furto vengono evidenziate con gran forza.

2.2.2. *Della contingenza del diritto di proprietà ovvero: la proprietà come un mezzo per la realizzazione del fine del contratto sociale.*

Nel § XXXIV (« Dei debitori »)⁽²⁰⁾ Beccaria tratta il tema dell'impiego del diritto penale nei confronti dei debitori. Si tratta

⁽¹⁸⁾ Su di un livello più generale si posiziona l'argomentazione di Naucke, secondo il quale Beccaria sarebbe il tipo del politico criminale moderno, o meglio « das erste klare Beispiel für einen Wissenschaftler-Typus, der im 19. und 20. Jahrhundert ständig wiederkehrte ». Questo scienziato del diritto penale farebbe allo stesso tempo « critica del diritto penale » e « neo-fondazione del diritto penale immune alla critica ». Wolfgang NAUCKE, *Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria*, in *Cesare Beccaria. Die Anfänge moderner Strafrechtspflege in Europa*, Gerhard Deimling (ed.), Heidelberg, 1989, p. 37 e ss., 42. Vedi anche ID., *Einführung* a Cesare Beccaria, *Von den Verbrechen und von den Strafen*, Aus dem Italienischen von Thomas Vormbaum, Berlin, 2004, p. IX e ss., dove Naucke ricostruisce e critica il « Beccaria-Schema » che fonda « das säkulare, humane, rechtsstaatliche Strafrecht [...] ». Ivi, p. IX e ss., XV. Importante latenza della concezione di Naucke è qui la critica di Michel Foucault allo « spirito umanitario » ovvero alla « mittezza » dell'Illuminismo nel diritto penale sub specie della nuova « tecnologia del potere » nel suo libro *Sorvegliare e punire*. Esempiarmente, capovolgendo la formula dell'umanesimo: « L'«uomo», che i riformatori hanno eretto contro il dispotismo del patibolo è anch'esso un uomo-misura: non delle cose tuttavia, ma del potere ». Michel FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 1976, p. 81. Vedi in particolare la seconda parte, p. 77 e ss. In generale su Beccaria vedi anche i contributi in *Cesare Beccaria, La Pratica dei Lumi*, a cura di Vincenzo Ferrone e Gianni Francioni, Firenze, 2000. Su Beccaria e Foucault vedi da ultimo Bernard E. HARCOURT, *Strumento*, cit., p. 149 e ss., p. 173 e ss.

⁽¹⁹⁾ Mi permetto di rimandare sul punto al mio *Das Leben des fliehenden Diebes: Ein Strafrechtliches Politikum*, Frankfurt am Main, 2013², p. 308 e ss., p. 319 e ss.

⁽²⁰⁾ Vedi BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 109 e ss.

qui principalmente della garanzia della «sicurezza del commercio»⁽²¹⁾ ovvero della considerazione dal punto di vista del diritto penale del «fallimento». Nella quinta edizione Beccaria corregge la concezione fino ad allora da lui sostenuta, che aveva previsto una limitazione molto più profonda dei diritti del reo, e cioè l'utilizzo per il «fallito innocente» della pena del carcere al fine del risarcimento dei creditori. Ora Beccaria sostiene che non è possibile fare alcun rimprovero nei confronti di colui che incolpevolmente è diventato incapace di pagare:

[Q]ual sarà il pretesto legittimo, come la sicurezza del commercio, come la sacra proprietà dei beni, che giustifichi una privazione di libertà inutile fuori che nel caso di far coi mali della schiavitù svelare i segreti di un supposto fallito innocente, caso rarissimo nella supposizione di un rigoroso esame! (22).

Subito a seguire Beccaria propone una concezione di politica legislativa ispirata alla gravità e probabilità di verificarsi del danno e all'intensità dell'elemento soggettivo. Beccaria riconduce in una nota commercio e proprietà dei beni alla loro mera finalità strumentale rispetto ad altri beni nella prospettiva del contratto sociale: «Il commercio, la proprietà dei beni, non sono un fine del patto sociale, ma possono essere un mezzo per ottenerlo»⁽²³⁾.

Qui si percepisce nuovamente la tensione immanente alla concezione di Beccaria. Da un lato si parla di «sacra proprietà dei beni»; dall'altro Beccaria ricorda che la proprietà, come il commercio, non costituisce per nulla un fine del contratto sociale. Essa può essere un mezzo per ottenerlo, come pure non esserlo. In tal modo il diritto di proprietà viene notevolmente relativizzato e reso contingente⁽²⁴⁾.

(21) Ivi, p. 109.

(22) Ivi, p. 110.

(23) Ivi, p. 111, nota a. La netta differenza qualitativa alla luce del diritto naturale tra vita e beni viene ribadita da Beccaria nel § XXX: «La sicurezza della propria vita è un diritto di natura, la sicurezza dei beni è un diritto di società». Ivi, p. 99.

(24) Cfr. qui Alberto Burgio, che nel suo commento ritiene la parte del § XXXIV aggiunta da Beccaria nella V edizione «una delle pagine centrali dei *Delitti* [...] per il relevantissimo rifiuto di anteporre la sicurezza del commercio e della proprietà privata alle ragioni della giustizia, cioè al concreto soddisfacimento dei bisogni di 'tutti i membri della società'». A. BURGIO, in Cesare BECCARIA, *Dei Delitti e delle pene*, prefazione di Stefano Rodotà, cura di Alberto Burgio, Milano, 1991, p. 186, nota 135.

2.3. *Il privilegio dei pochi.*

La critica delle leggi come mezzo per la produzione e riproduzione di strutture ingiuste del vivere sociale ritorna in altri passi di « Dei delitti e delle pene ». Nel centrale, e per l'illuminismo del diritto penale, programmatico § XXVII (« Dolcezza delle pene ») ⁽²⁵⁾ Beccaria costruisce una concezione della legge con la quale egli può criticare severamente l'attuale condizione del diritto penale. Il passo recita:

Chi nel leggere le storie non si raccapriccia d'orrore pe' barbari ed inutili tormenti che da uomini, che si chiamavano savi, furono con freddo animo inventati ed eseguiti? Chi non può sentirsi fremere tutta la parte la più sensibile nel vedere migliaia d'infelici che la miseria, o voluta o tollerata dalle leggi, che hanno sempre favorito i pochi ed oltraggiato i molti, trasse ad un disperato ritorno nel primo stato di natura, o accusati di delitti impossibili e fabbricati dalla timida ignoranza, o rei non d'altro che di esser fedeli ai propri principii, da uomini dotati dei medesimi sensi, e per conseguenza delle medesime passioni, con meditate formalità e con lente torture lacerati, giuocando spettacolo di una fanatica moltitudine? ⁽²⁶⁾.

Qui ha luogo uno slittamento. Quello che nell'introduzione era un'evenienza probabile, in quanto si verificava « per lo più », quello che era il risultato di un'osservazione che *di regola* risultava fondata, e che quindi prevedeva anche la possibilità di eccezioni, acquista ora carattere universale: 'le leggi' e non 'la maggior parte delle leggi', hanno *sempre* preso le parti dei pochi ovvero di una piccola minoranza a sfavore della grande maggioranza. La conseguenza di ciò è stata la miseria per i molti, e — presumibilmente — la felicità per la (piccola) minoranza. Questa miseria sarebbe causata dalle leggi o direttamente (« voluta ») o per omissione (« tollerata »). Se si considera che secondo Beccaria il fine del contratto sociale consiste nel garantire sicurezza, libertà e la maggior felicità possibile al maggior numero possibile di esseri umani ⁽²⁷⁾, le leggi costituiscono l'ostacolo alla realizzazione del contratto sociale, sì, esse ne impediscono la realizzazione, nel momento in cui producono la

⁽²⁵⁾ Vedi BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 83.

⁽²⁶⁾ Ivi, p. 85 e s.

⁽²⁷⁾ Si veda l'*Introduzione*, trattata sopra *sub* 2.1., nonché la definizione di diritto di cui al § II, *sub* 3.1.

felicità della minoranza e non — come invece dovrebbe essere — della maggioranza.

Un simile risalto delle cause sociali e politiche del delitto ovvero di alcuni tipi di delitti viene dato da Beccaria nell'altrettanto importante § XXVIII intitolato « Della pena di morte ». Qui egli argomenta contro la pena di morte e per la pena detentiva — tra l'altro — da un punto di vista general-preventivo. Beccaria si chiede se la pena di morte sia più efficace della pena detentiva della « schiavitù perpetua », cioè dell'ergastolo. La sua risposta è negativa. Nell'argomentare per l'efficacia della pena detentiva Beccaria si rappresenta ideal-tipicamente il processo motivazionale di un ladro ovvero di un assassino che consideri i pro e contra della minacciata pena di morte:

Quali sono queste leggi ch'io debbo rispettare, che lasciano un così grande intervallo tra me il ricco? Egli mi nega un soldo che li cerco, e si scusa col comandarmi un travaglio che non conosce. Chi ha fatte queste leggi? Uomini ricchi e potenti, che non si sono mai degnati visitare le squallide capanne del povero, che non hanno mai diviso un ammuffito pane fralle innocenti grida degli affamati figliuoli e le lagrime della moglie. Rompiamo questi *legami fatali alla maggior parte ed utili ad alcuni pochi ed indolenti tiranni*, attacchiamo l'ingiustizia nella sua sorgente. Ritornerò nel mio stato d'indipendenza naturale, vivrò libero e felice per qualche tempo coi frutti del mio coraggio e della mia industria, verrà forse il giorno del dolore e del pentimento, ma sarà breve questo tempo, ed avrò un giorno di stento per molti anni di libertà e di piaceri. Re di un piccol numero, correggerò gli errori della fortuna, e vedrò questi tiranni impallidire e palpitare alla presenza di colui che con un insultante fasto posponevano ai loro cavalli, ai loro cani (28).

(28) BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 91 e s. Corsivo mio. Beccaria ricorre qui allo schema retorico della prosopopea. Si veda qui ampiamente sull'orazione del ladro/assassino che intende smascherare l'arroganza delle leggi ma che soprattutto smaschera la violenza, l'ingiustizia e l'inutilità della pena di morte Philippe AUDEGEAN, *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, 2011, tr. it. di Barbara Carnevali, *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Roma, 2014, p. 127 e ss., per esempio p. 127 e p. 129 e s.: « [E]ssa è non solo inutile, ma dannosa e criminogena, dal momento che, lungi dal dissuadere, incita a delinquere. [...] Annientando il criminale come un nemico, la società svela la distanza che separa i ricchi dai poveri, infrangendo la speranza di chi vorrebbe migliorare la propria condizione tramite il lavoro. Davanti alla prospettiva di una vita di miseria, i derelitti smettono di temere la morte per darsi al crimine. La violenza della punizione, mettendo in risalto la violenza dei rapporti sociali, suscita la loro violenza. Al contrario, incarcerando il criminale, e condannandolo al lavoro al quale pretendeva di sottrarsi, la società continua a trattarlo come una parte di sé: invece di

L'ultima spinta ad agire delittuosamente verrebbe fornita secondo Beccaria dalla religione con il suo effetto deresponsabilizzante e la promessa di vita eterna al di là della (pena di) morte: « Allora la religione si affaccia alla mente dello scellerato, che abusa di tutto, e presentandogli un facile pentimento ed una quasi certezza di eterna felicità, diminuisce di molto l'orrore di quell'ultima tragedia »⁽²⁹⁾.

Nel processo motivazionale di questo ladro ovvero assassino viene tra l'altro messa in questione la « legittimità » delle « leggi » sotto due profili. *In primo luogo* vengono evidenziate le conseguenze sociali di tali leggi e descritte come ingiuste. Si tratta di leggi che creano grandi differenze tra il ricco e il ladro/assassino, che viene connotato da un punto di vista sociale con la categoria della povertà. *In secondo luogo* « le leggi » vengono criticate per quel che riguarda il processo della loro posizione. Esse sono state poste dal gruppo degli individui « ricchi e potenti » che vivono irrimediabilmente separati dal gruppo dei poveri. Esse sono utili per « pochi e indolenti tiranni », per una piccola minoranza di soggetti che dominano non secondo democrazia ma secondo tirannia, la tirannia delle leggi in definitiva. Le leggi sono considerate qui come 'strutturalmente ingiuste', la forma per la creazione e la riproduzione di rapporti di potere ingiusti.

Qui è interessante notare che la giustificazione fornita dal ladro o assassino per il suo agire è sottoposta a ben pochi rilievi. La sola chiara riprovazione del pensiero e dell'agire del delinquente può essere letta nel passaggio in cui Beccaria dice che il delinquente è uno « scellerato, che abusa di tutto ». D'altro canto, la simpatia di Beccaria per il ladro/assassino pervade l'intero passo. Essa può essere ricostruita considerando *da un lato* la rappresentazione fatta da Beccaria del milieu del povero ovvero delle condizioni di miseria sue e della sua famiglia, che si trova *incolpevolmente* (le « innocenti grida degli affamati figliuoli e le lagrime della moglie ») a dover sopportare un grave stato di necessità. *Dall'altro lato* Beccaria ricorda che il lavoro, precisamente: « il travaglio » a cui i poveri

sfogare la sua collera gli propone un calcolo. Il condannato non soccombe a una guerra dichiarata contro di lui, ma diventa 'lo schiavo delle leggi' ».

(29) Ivi, p. 92.

vengono ‘costretti’ dai ricchi ai fini della loro inclusione nella società, è un lavoro che il ricco per definizione « non conosce ». Questa implicita presa di posizione a favore del povero viene rafforzata dalla successiva comparazione tra questo e i cavalli e i cani del ricco e potente, laddove la pretermissione del povero agli animali appartenenti alla classe privilegiata è connotata come espressione di un « insultante fasto ».

Complessivamente i ricchi e i poveri vengono considerati come mondi separati, a mala pena conciliabili, nei quali la « correzione » degli « errori della fortuna » viene attuata per il mezzo del delitto ovvero del furto o della rapina.

2.4. *Le leggi e lo « spirito di famiglia ».*

Un punto è chiaro. Il principio è il seguente: regolamentazioni giuridiche importanti per lo stato vengono poste da coloro che perseguono interessi particolari, e non generali. Si tratta di una piccola minoranza, l'interesse della quale si è imposto a detrimento degli interessi della grande maggioranza. Sulla strutturale antidemocraticità del diritto prodotto Beccaria torna ancora nel § XXV (« Bandi e confische »). Egli osserva:

Le confische mettono un prezzo sulle teste dei deboli, fanno soffrire all'innocente la pena del reo e pongono gl'innocenti medesimi nella disperata necessità di commettere i delitti. Qual più triste spettacolo che una famiglia strascinata all'infamia ed alla miseria dai delitti di un capo, alla quale la sottomissione ordinata dalle leggi impedirebbe il prevenirgli, quand'anche vi fossero i mezzi per farlo! ⁽³⁰⁾.

La miserabile condizione di sottomissione degli innocenti componenti della famiglia viene ricondotta da Beccaria allo « spirito di famiglia » che permea di sé la società. La caratteristica principale di tale « spirito di famiglia » consisterebbe nella circostanza che la società non viene trattata come un'unione di uomini, ma come un'unione di famiglie:

Vi siano cento mila uomini, o sia ventimila famiglie, ciascuna delle quali è composta di cinque persone, compresovi il capo che la rappresenta: se l'associazione è fatta per le famiglie, vi saranno ventimila uomini e ottanta-

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 80.

mila schiavi; se l'associazione è di uomini, vi saranno cento mila cittadini e nessun schiavo. Nel primo caso vi sarà una repubblica, e ventimila piccole monarchie che la compongono; nel secondo lo spirito repubblicano non solo spirerà nelle piazze e nelle adunanze della nazione, ma anche nelle domestiche mura, dove sta gran parte della felicità o della miseria degli uomini ⁽³¹⁾.

Due sono le concezioni della società repubblicana che qui si contrappongono. Il primo tipo di repubblica prevede una società formata da famiglie. Qui sono considerati cittadini della repubblica solo i « rappresentanti della famiglia » ovvero i « padri di famiglia ». Gli uomini (e le donne) restanti non vengono costituiti cittadini, ma schiavi.

Il secondo tipo di repubblica prevede soggetti che in forza del patto costitutivo della repubblica sono tutti pure uomini, cioè soggetti posti sullo stesso piano e quindi cittadini. Questo porta a una concezione della famiglia aperta rispetto alla restante parte della società, motore della repubblica stessa come prima sua fondamentale 'molecola'. Le relative conseguenze vengono evidenziate con nettezza da Beccaria:

Nel primo caso, come le leggi ed i costumi sono l'effetto dei sentimenti abituali dei membri della repubblica, o sia dei capi della famiglia, lo spirito monarchico s'introdurrà a poco a poco nella repubblica medesima; e i di lui effetti saranno frenati soltanto dagli interessi opposti di ciascuno, ma non già da un sentimento spirante libertà ed uguaglianza. Lo spirito di famiglia è uno spirito di dettaglio e limitato a' piccoli fatti ⁽³²⁾.

Diverso è il caso nella repubblica in cui aleggi ovunque lo « spirito regolatore delle repubbliche », il quale, « padrone dei principii generali, vede i fatti e gli condensa nelle classi principali ed importanti al bene della maggior parte » ⁽³³⁾. La contrapposizione viene ulteriormente declinata da Beccaria:

Nella repubblica di famiglie i figli rimangono nella potestà del capo, finché vive, e sono costretti ad aspettare dalla di lui morte una esistenza dipendente dalle sole leggi. Avvezzi a piegare ed a temere nell'età più verde e vigorosa, quando i sentimenti son meno modificati da quel timore di esperienza che chiamasi moderazione, come resisteranno essi agli ostacoli che il vizio

⁽³¹⁾ Ivi, p. 81.

⁽³²⁾ *Ibidem*.

⁽³³⁾ *Ibidem*.

sempre oppone alla virtù nella languida e cadente età, in cui anche la disperazione di vederne i frutti si oppone ai vigorosi cambiamenti? ⁽³⁴⁾.

Qui spira il vento della lotta di potere tra le generazioni. La società dominata dallo spirito di famiglia è catafratta dalla sua « moderazione », cioè dalla sua paura di sperimentare. Questa condizione di sottomissione è l'effetto di un processo di socializzazione ed educativo patriarcale. La « moderazione », la condizione di chi 'è moderato', soffoca lo spirito repubblicano e con esso già *la possibilità* della critica. In tal modo vengono resi altamente improbabili se non praticamente impossibili dei cambiamenti fondamentali della struttura della società ⁽³⁵⁾.

Se si collegano questi passi sullo spirito di famiglia con i passi sopra ricordati sulle « leggi », si pone presto la domanda circa la connessione delle *leggi* con la coppia concettuale *spirito repubblicano/spirito di famiglia*. *Da una parte*, se la caratteristica essenziale delle « leggi » che di norma vengono poste in essere consiste nella circostanza che esse perseguono gli interessi di una piccola minoranza e non del maggior numero dei soggetti in una società, allora esse vanno messe in relazione con lo spirito di famiglia. Le 'leggi

⁽³⁴⁾ *Ibidem*.

⁽³⁵⁾ Un pericolo per la repubblica e lo spirito repubblicano è dato secondo Beccaria dall'eccessivo ampliamento dei confini della repubblica stessa: « A misura che la società si moltiplica, ciascun membro diviene più piccola parte del tutto, e il sentimento repubblicano si sminuisce proporzionalmente, se cura non è delle leggi di rinforzarlo. Le società hanno come i corpi umani i loro limiti circoscritti, al di là de' quali crescendo, l'economia ne è necessariamente disturbata. Sembra che la massa di uno stato debba essere in ragione inversa della sensibilità di chi lo compone, altrimenti, crescendo l'una e l'altra, le buone leggi troverebbero nel prevenire i delitti un ostacolo nel bene medesimo che hanno prodotto ». Ivi, p. 82 e s. Il rimedio è dato secondo Beccaria qui dal 'dispotismo illuminato', cioè dall'intervento decisivo del potere di un singolo despota, quindi di un potere per definizione non repubblicano, a bloccare virtuosamente il processo di degenerazione, sorta di Baron von Münchhausen che si tira fuori dall'acqua facendo forza sul suo codino: « Una repubblica troppo vasta non si salva dal dispotismo che col suddividersi e unirsi in tante repubbliche federative. Ma come ottenere questo? Da un dittatore dispotico che abbia il coraggio di Silla, e tanto genio d'edificare quant'egli ne ebbe per distruggere ». Ivi, p. 83. Si vedano al riguardo le osservazioni di BURGIO, in Cesare Beccaria, *Dei Delitti*, cit., p. 172, nota 95, che ricorda, citando Venturi, come Silla fosse lo pseudonimo scelto da Pietro Verri per l'Accademia dei Pugni.

particolari' sono le leggi che perseguono gli interessi di una pars, di una parte o 'partito' all'interno di una società. E al contrario vale che lo spirito di famiglia ovvero tutto ciò che può essere a esso ricondotto e nasce secondo la sua logica, icasticamente: tutto ciò che sorge secondo le sue strategie e giochi di potere porta a leggi e regolamentazioni e più in generale a decisioni che attuano interessi particolari, e quindi privi di giustificazione dal punto di vista normativo. *Dall'altra parte* lo spirito repubblicano corrisponde all'interno della strategia discorsiva di Beccaria, che tematizza coppie di concetti contrari, alle « leggi ideali ». Esso è lo spirito dei « principi generali », che porta al « bene della maggior parte ». La sua declinazione sul piano giuridico è data dalle « più provvide leggi » ⁽³⁶⁾, quasi mai realizzate nella realtà storica.

3. *La « moderazione » della critica.*

La critica di Beccaria non si limita soltanto a segnalare le condizioni insopportabili del diritto penale che vengono causate dalle « leggi ». Essa è anche 'positiva' ovvero 'produttiva' nel momento in cui Beccaria propone un modello di 'diritto penale giusto'. Qui il punto di partenza è dato di nuovo dal concetto polarizzato di legge.

3.1. *La « assoluta necessità » del punire.*

Nel § I sull'« origine delle pene » Beccaria collega il concetto di *leggi* con quelli di *contratto* e *sovranità*:

Le leggi sono le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla. Essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità. La somma di tutte queste porzioni di libertà sacrificate al bene di ciascheduno forma la sovranità di una nazione, ed il sovrano è il legittimo depositario ed amministratore di quelle [...] ⁽³⁷⁾.

In tal modo viene fondata l'autorità del sovrano e con ciò viene

⁽³⁶⁾ BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 23. Vedi in questo testo sopra *sub* 2.1.

⁽³⁷⁾ *Ivi*, p. 25.

garantita la legittimazione del *diritto*. Resta ancora da fondare l'autorità *punitiva* del sovrano e con ciò da garantire la legittimazione del *diritto penale*. Questo si verifica con un passaggio ulteriore:

[M]a non bastava il formare questo deposito, bisognava difenderlo dalle private usurpazioni di ciascun uomo in particolare, il quale cerca sempre di togliere dal deposito non solo la propria porzione, ma usurparsi ancora quella degli altri. Vi volevano dei motivi sensibili che bastassero a distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommere nell'antico caos le leggi della società. Questi motivi sensibili sono le pene stabilite contro agl'infrattori delle leggi. Dico *sensibili motivi*, perché la speranza ha fatto vedere che la moltitudine non adotta stabili principii di condotta, né si allontana da quel principio universale di dissoluzione, che nell'universo fisico e morale si osserva, se non con motivi che immediatamente percuotono i sensi e che di continuo si affacciano alla mente per contrabalanziare le forti impressioni delle passioni parziali che si oppongono al bene universale [...] ⁽³⁸⁾.

Qui si può osservare quanto segue: *In primo luogo* in forza del contratto sociale viene ceduta della *libertà* contro la *sicurezza*. *Sicurezza* in forza del diritto penale vuol dire far percepire a ciascuno e cioè a ciascuno all'interno di un gruppo, di una moltitudine, che vorrebbe offendere la libertà scambiata contro la sicurezza presso il sovrano, che egli *non lo deve fare*. Il diritto penale, con il suo influsso meccanico, con la sua coazione sui corpi, crea le condizioni della possibilità per la presa su ciascuno, cioè su tutti i soggetti nella loro singolarità all'interno della società. Esso serve a consolidare i principii di condotta come norme per la condotta di vita. Con la concezione di Michel Foucault, che individua le tecniche pastorali come matrice delle strategie governamentali dello stato moderno, si potrebbe dire: vengono presi i soggetti « omnes et singulatim » ⁽³⁹⁾, nel loro insieme e singolarmente allo stesso tempo. *In secondo luogo*,

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 25 e ss. Corsivo nel testo originale.

⁽³⁹⁾ Vedi M. FOUCAULT, *Omnes et singulatim. Towards a Criticism of Political Reason*, in *The Tanner Lectures on Human Values*, a cura di S. McMurrin, Salt Lake City, 1981, p. 223 e ss., trad. it. a cura di Ottavio Marzocca, *Omnes et singulatim. Verso una critica della ragion politica*, in Michel Foucault, *Biopolitica e liberalismo. Detti e scritti su potere ed etica 1975-1984*, Milano, 2001, p. 107 e ss.; per la ricostruzione dell'analisi di Foucault della *gouvernementalité* fondamentale è Thomas LEMKE, *Eine Kritik der politischen Vernunft. Foucaults Analyse der modernen Gouvernementalität*, Hamburg und Berlin, 1997.

ancor più importante: Beccaria si muove all'interno di uno schema securitario, alla Hobbes (40), in cui la sicurezza è prioritaria rispetto alla libertà. Senza sicurezza, è questo l'implicito di Beccaria, non c'è libertà o meglio: la libertà non serve. Questo è confermato dalla circostanza che dalla concezione di Beccaria non è ricavabile il contrario, e cioè che senza la libertà la sicurezza non serve. La relazione tra sicurezza e libertà è dunque asimmetrica a favore della prima. *In terzo luogo*: non è chiaro che cosa succeda qualora le persone che per effetto della stipulazione del contratto sociale hanno dato parte della loro libertà in custodia al sovrano vogliano (solo) riottenere indietro la loro libertà, in breve: vogliano recedere dal contratto sociale. Qui sembra che lo stato non sia più autorizzato a intervenire per mezzo del diritto penale, a difendere diritti che non sono più affidati alla sua custodia. *In quarto luogo*, come possono distinguersi le sanzioni di diritto penale da quelle che non lo sono? La concezione del contratto sociale non fornisce un criterio per l'accertamento della differenza. Pure il criterio dei « motivi sensibili » mostra poca consistenza: come distinguere con una qualche certezza sanzioni che rappresentano agli occhi dei destinatari « motivi sensibili » da sanzioni che non posseggono tale qualità? Ricorre in aiuto un ulteriore criterio, dato dal principio della « assoluta necessità »:

Ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità, dice il grande Montesquieu, è tirannica; proposizione che si può rendere più generale così: ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità è tirannico (41).

Su questo presupposto fortemente libertario si può fondare secondo Beccaria il diritto del sovrano a punire:

(40) Si veda esemplarmente BURGIO, in Cesare Beccaria, *Dei Delitti*, cit., p. 127, nota 14: « enfasi 'hobbesiana' » nonché HARCOURT, *Strumento*, cit., p. 149 e ss., 156 e s., 157, che sottolinea la posizione marcatamente più liberale di Beccaria rispetto ad Hobbes: « egli [...] era in disaccordo con Hobbes medesimo sul fatto che gli individui cedessero tutte le loro libertà al Leviatano [...] ». E in una nota aggiunge: « Anche se gli individui conservano un diritto di autodifesa nella costruzione di Hobbes, essi tuttavia cedono un numero maggiore di diritti e poteri al sovrano ». Ivi, p. 149 e ss., 157, nota 38. La differenza quantitativa diviene quindi qualitativa.

(41) BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 29.

Ecco dunque sopra di che è fondato il diritto del sovrano di punire i delitti: sulla necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari; e tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra ed inviolabile è la sicurezza, e maggiore la libertà che il sovrano conserva ai sudditi (42).

Anche nella fondazione del diritto di punire si rispecchia la contrapposizione tra *particolare* (le « usurpazioni particolari ») e *generale* (il « deposito della salute pubblica »). Va inoltre osservato da un lato che il *particolare* nel discorso di « Dei delitti e delle pene » rimanda allo « spirito di famiglia » e alle leggi che non sono poste per la generalità dei consociati e per la loro felicità, e che sono quindi implicitamente 'leggi particolari' (43). Dall'altro lato il *deposito della salute pubblica*, cioè il *generale*, viene ricollegato con lo *spirito repubblicano* e « i più importanti regolamenti », cioè le materie che dovrebbero essere regolate con 'leggi universali'. In questo contesto Beccaria collega *giustizia delle pene, sicurezza e libertà*. La *giustizia delle pene* diviene variabile dipendente di *sicurezza e libertà* sotto un duplice profilo. Tanto maggiori sono la protezione e la libertà effettivamente garantite dallo stato, tanto maggiore sarà la giustizia delle pene irrogate dallo stato stesso. In quale relazione tra di loro stiano tuttavia *sicurezza e libertà* non è ricostruibile alla luce di questo passo. È tuttavia plausibile ricorrere a tal fine al passo sopracitato dal quale si è evinta un'*egemonia della sicurezza* nei confronti della libertà.

Indipendentemente da ciò, il criterio dell'*assoluta necessità* non viene concretizzato da Beccaria. La difficoltà a concretizzarlo, cioè a sottoporlo a criteri di controllabilità e verificabilità, si lascia ricostruire grazie a un altro passaggio nello stesso paragrafo:

Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzion possibile, quella sola che basti a indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia, è fatto, ma non già diritto (44).

La (assoluta) necessità, che distingue l'abuso e la tirannia dalla

(42) *Ibidem*.

(43) Vedi sopra rispettivamente *sub* 2.4. e *sub* 2.1.

(44) BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 31.

giustizia, si ha quando viene conferita « la minima porzion possibile » della propria ovvero delle libertà di tutti i consociati. Quando questo si verifichi può essere indicato alla luce della definizione di diritto data da Beccaria subito a seguire: « Osservate che la parola *diritto* non è contraddittoria alla parola *forza*, ma la prima è piuttosto una modificazione della seconda, cioè la modificazione più utile al maggior numero » (45).

Che cosa si debba intendere per forza tout court, questo non viene chiarito qui da Beccaria. Tuttavia alla luce della contrapposizione tra fatto e diritto in questo e in altri passi di « Dei Delitti e delle pene » è plausibile sostenere che qui Beccaria intende per forza la fattualità, la fisicità della violenza, escludendo la componente del potere (legittimo) (46).

In tal modo la pena è *assolutamente necessaria*, cioè conforme al diritto, se la forza di cui essa è espressione è stata impiegata per il maggior utile possibile per il maggior numero. Nel caso in cui la pena non soddisfi un tale criterio, essa è tirannica, un abuso o mera forza, mero fatto, in breve, essa è *ingiusta*, come confermato da Beccaria:

E per giustizia io non intendo altro che il vincolo necessario per tenere uniti gl'interessi particolari, che senz'esso si scioglierebbono nell'antico stato di insociabilità; tutte le pene che oltrepassano la necessità di conservare questo vincolo sono ingiuste di lor natura (47).

(45) Ivi, p. 31 e s. Corsivi nel testo originale.

(46) Nel commentare proprio tale passo Francioni sottolinea come in altri passaggi di *Dei Delitti e delle pene* « forza e diritto non si identific[a]no mai ». FRANCONI, in Beccaria, *Delitti*, cit., p. 32, nota 1. Corsivi nel testo originale. Francioni scrive: « La forza [...] non origina né legittima il diritto ma ne garantisce l'osservanza ai fini dell'utilità, se non di tutti, del 'maggior numero' ». *Ibidem*. Proprio i passi ricordati da Francioni e cioè il passo nel § XVI « Della tortura » (« 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? ». BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 62) e quello del § XXIX « Della cattura » (« [S]embra che nel presente sistema criminale, secondo l'opinione degli uomini, prevalga l'idea della forza e della prepotenza a quella della giustizia [...] ». Ivi, p. 96) mi sembrano rimandare a un concetto di forza come potere privo di legittimità e legittimabilità, come mero fatto, come « forza fisica », in ultima analisi « violenza ». Anche il passaggio nel § XXVIII « Della pena di morte » è interpretabile in tal senso: *forza* come contrario di *diritto* (*legittimo/giusto*): « Ah!, diranno essi, queste leggi non sono che i pretesti della forza e le meditate e crudeli formalità della giustizia ». Ivi, p. 93.

(47) BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 32.

3.2. *Dal diritto a punire al diritto penale.*

Questa forte presa di posizione viene articolata nel successivo § III, nel quale Beccaria deduce esplicitamente dai principi da lui formulati *quattro conseguenze*. La *prima conseguenza* consiste nel fatto « che le sole leggi possono decretar le pene su i delitti » (48). Una tale autorizzazione « non può risiedere che presso il legislatore » (49). Questo rappresenterebbe « tutta la società unita per un contratto sociale » (50). Beccaria sostiene inoltre che nessun magistrato possa « con giustizia infligger pene contro ad un altro membro della società medesima » (51). Ciò dipenderebbe dalla circostanza che anche il magistrato « è parte di società » (52). In tal modo viene formulato un principio di stretta riserva di legge: solo il legislatore può in forza della sua legittimazione ottenuta sulla base del contratto sociale concretizzare per mezzo delle leggi il legame tra delitti e pene. La *seconda conseguenza* concerne il contenuto del contratto sociale ovvero il suo effetto vincolante: « [...] se ogni membro particolare è legato alla società, questa è parimente legata con ogni membro particolare per un contratto che di sua natura obbliga le due parti » (53).

Questo avrebbe come conseguenza che al sovrano, « che rappresenta la società medesima » (54), sarebbe vietato giudicare della violazione del contratto sociale. A tal fine sarebbe necessario un soggetto « terzo », e cioè un giudice. A questa conseguenza si collega da un punto di vista sistematico niente meno che il divieto di interpretare la legge, trattato in un paragrafo ad hoc (55). A tale divieto, che Beccaria tratta come la *quarta conseguenza*, può in questa sede venir attribuito ben poco significato. Dal punto di vista conoscitivo si tratta infatti di un precetto che, a causa dell'ineliminabile vaghezza del linguaggio ordinario, non può essere accettato

(48) Ivi, p. 33.

(49) *Ibidem.*

(50) *Ibidem.*

(51) Ivi, p. 33 e s.

(52) Ivi, p. 33.

(53) Ivi, p. 34.

(54) *Ibidem.*

(55) Si tratta del § IV dedicato alla questione della « interpretazione delle leggi ». Vedi ivi, p. 36 e ss.

nei termini proposti da Beccaria. Anche il giurista convinto di non interpretare la legge ma di ‘coglierla’ così come essa è, sta interpretando la legge, a sua insaputa e quindi la sta necessariamente integrando alla luce di criteri extralegislativi ⁽⁵⁶⁾. Quanto asserito da Beccaria può assumere un contenuto di verità solamente nel caso in cui venga interpretato esclusivamente dal punto di vista storico come una strategia discorsiva di Beccaria tesa a limitare la giurisprudenza assai conservatrice del Senato milanese del tempo ⁽⁵⁷⁾ nonché più in generale dei giudici penali dell’epoca ⁽⁵⁸⁾ oppure come critica

⁽⁵⁶⁾ Vedi sul punto esemplarmente: Winfried HASSEMER, *Juristische Hermeneutik*, in « ARSP, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », 1986, pp. 195-212, rist. in Id., *Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001, p. 17 e ss., 24: « [D]as Gesetz [kann] seine Auslegung niemals ‘einholen’; der Auslegende findet im Gesetz eine nur unvollständige Entscheidungsinformation, die ihm Spielräume der Entscheidung beläßt ». Cfr. anche Id., *Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz*, in *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer, Ulfrid Neumann (Hrsg.), Heidelberg, 2011, p. 251 e ss.; si veda però il *Plädoyer* di Hassemer per l’interpretazione letterale in diritto penale nel suo *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Berlin, 2009, cura, note e trad. it. di Domenico Siciliano, *Perché bisogna punire. Difesa del diritto penale*, Bologna, 2013, p. 121 e ss., 132 e ss.; LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 79 e ss. sottolinea la decisiva importanza dei risultati dell’interpretazione e l’inevitabilità di una scelta di natura politica ovvero valoriale tra i possibili risultati interpretativi: esemplarmente si veda ivi, p. 80: « Quali i criteri per scegliere la soluzione ‘migliore’ tra quelle ‘possibili’? Se scartiamo i criteri particolaristici (scelta pro amico, come dicevano quei grandi esperti di vita giuridica che erano i giuristi di diritto comune), non restano che i criteri politici ». Corsivo nel testo originale. Cfr. Riccardo GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, in particolare p. 407 e ss., 431: « [Q]uasi tutti i documenti normativi sono — almeno parzialmente e almeno diacronicamente — equivoci. Ma d’altro canto, di nuovo, se tutti i testi normativi sono equivoci, allora l’interpretazione giudiziale esige una scelta tra significati confliggenti. E l’enunciato che esprime questa scelta ha necessariamente carattere decisorio (ascrittivo), non cognitivo ». Fondamentale sul tema resta Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt am Main, 1970, trad. it. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella pratica decisionale del giudice*, Napoli, 1983.

⁽⁵⁷⁾ Sulla giurisprudenza penale milanese dell’epoca vedi Adriano CAVANNA, *Giudici e leggi a Milano nell’età di Beccaria*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l’Europa*, Milano, 1990, p. 168 e ss., in particolare p. 170 e ss.

⁽⁵⁸⁾ Vedi Marco Nicola MILETTI, *Beccaria e la fondazione della scienza penale. Origine settecentesca di un equivoco*, in « Criminalia », 2013, p. 195: « corrosive considerazioni, certo non originali [...] ma comunque collidenti con le aspirazioni ‘creative’

dell'interpretazione teleologica a favore dell'interpretazione letterale ⁽⁵⁹⁾. La *terza conseguenza* dedotta da Beccaria formula in nuce una sorta di principio di proporzionalità ovvero di sussidiarietà ⁽⁶⁰⁾ per l'intervento dei pubblici poteri:

[Q]uando si provasse che l'atrocità delle pene, se non immediatamente opposta al ben pubblico ed al fine medesimo d'impedire i delitti, fosse solamente inutile, anche in questo caso essa sarebbe [...] contraria [...] alla giustizia ed alla natura del contratto sociale medesimo ⁽⁶¹⁾.

Anche pene che (in un qualche modo) non si pongono direttamente in conflitto con il bene pubblico ovvero con il fine di prevenire il crimine, per esempio: pene la cui atrocità/violenza non è criminogena, che ciononostante si rivelano (*solamente*) *inutili* perché il loro fine potrebbe essere ugualmente raggiunto ricorrendo a mezzi meno atroci o violenti violano il contratto sociale e sono da considerarsi *ingiuste*, mero *fatto* ed esercizio di tirannia e non *diritto*.

In tal modo Beccaria indica gli elementi che le pene debbono avere per valere come *giuste* ovvero come *non tiranniche*. Ma *der Teufel steckt im Detail*, il diavolo si nasconde nel dettaglio: chi è tenuto a ovvero chi è in grado di provare che la pena è inutile ovvero tirannica? Dal momento che non viene proposta alcuna forma di giuridicizzazione ovvero di controllo di questo criterio da parte di Beccaria, la possibile prova ha poche chances di imporsi contro la razionalità che la macchina punitiva con la sua fatticità può far valere. Resta però il fatto, e questo non è certo di poco conto, che

della giurisprudenza d'*ancien regime* ». Si veda sempre Miletta sulla recezione da parte dei giuristi e filosofi italiani della fine del Settecento. Ivi, p. 195 e ss.

⁽⁵⁹⁾ Dopo aver sostenuto in modo davvero poco sostenibile che il giudice nell'applicare la legge penale deve « fare un sillogismo perfetto » (« In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena »), Beccaria aggiunge subito: « Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni ». BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 36. Vedi sul punto a mio parere giustamente Fausto GIUNTA, *Addio Beccaria?*, in « La Giustizia penale », 2014 (parte prima; I presupposti), col. 248 e ss., col. 250.

⁽⁶⁰⁾ In questo senso Marilisa D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in « Rivista di diritto costituzionale », 1996, p. 3 e ss., p. 15.

⁽⁶¹⁾ BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 35.

Beccaria pone la condizione di possibilità di (meta-)rimedi giuridici per verificare ‘empiricamente’ la conformità o meno a giustizia delle leggi poste dal sovrano.

3.3. *Il criterio del « danno della società ».*

Parametri centrali per la concezione del diritto penale di « Dei delitti e delle pene » vengono forniti nei §§ VI (« Proporzione fra i delitti e le pene ») e VII (« Errori nella misura delle pene »). Qui Beccaria formula un principio di proporzionalità che collega delitti e pene tramite la quantità del danno causato e la spinta che porta i soggetti a delinquere:

Non solamente è interesse comune che non si commettano delitti, ma che siano più rari a proporzione del male che arrecano alla società. Dunque più forti debbono essere gli ostacoli che rispingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al ben pubblico, ed a misura delle spinte che gli portano ai delitti. Dunque vi deve essere una proporzione fra i delitti e le pene ⁽⁶²⁾.

Quanto più forte l’offesa del bene pubblico e quanto più probabile la commissione del delitto, tanto più forti debbono essere le corrispondenti pene e ostacoli, per portare al minimo la frequenza del crimine. Abbiamo a che fare con la problematizzazione del rapporto strategico che sussiste tra delitti e pene, con una ‘fisica delle pene’ il cui perno decisivo è dato dal danno inflitto alla nazione ovvero alla società ⁽⁶³⁾. Beccaria propone una classificazione a seconda della gravità ovvero del rilievo del delitto commesso. In un *primo passaggio* egli tematizza la categoria dei delitti di lesa maestà, che « distruggono immediatamente la società, o chi la rappresenta » ⁽⁶⁴⁾. In un *secondo passaggio* egli individua la classe dei delitti che « offendono la privata sicurezza di un cittadino nella vita, nei beni, o nell’onore » ⁽⁶⁵⁾. In questo contesto Beccaria sottolinea che la sicurezza dei cittadini (« di ciascun particolare ») è « il fine

⁽⁶²⁾ BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 40.

⁽⁶³⁾ Ivi, p. 44: « [L]’unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione »; p. 46: « Abbiamo veduto qual sia la vera misura dei delitti, cioè *il danno della società* ». Corsivo nel testo originale.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, p. 47.

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*.

primario di ogni legittima associazione » (66). Da ciò segue per Beccaria, ancora in una prospettiva à la Hobbes, che « non può non assegnarsi alla violazione del dritto di sicurezza acquistato da ogni cittadino alcuna delle pene più considerabili stabilita dalle leggi » (67). Ora Beccaria può formulare il centrale principio di legalità e certezza del diritto:

L'opinione che ciaschedun cittadino deve avere di poter fare tutto ciò che non è contrario alle leggi senza temerne altro inconveniente che quello che può nascere dall'azione medesima, questo è il dogma politico che dovrebbe essere dai popoli creduto e dai supremi magistrati colla incorrotta custodia delle leggi predicato; sacro dogma, senza di cui non vi può essere legittima società [...] (68).

La libertà 'naturale' che è stata sacrificata per ottenere la sicurezza ritorna nell'ambito del diritto penale come libertà 'giuridica', che viene contrapposta alla sicurezza. Il suo ruolo strategico viene sottolineato da Beccaria alla luce dei suoi effetti sociali sul piano della costituzione di soggetti virtuosi:

Questo forma le libere anime e vigorose e le menti rischiaratrici, rende gli uomini virtuosi, ma di quella virtù che sa resistere al timore, e non di quella pieghevole prudenza, degna solo di chi può soffrire un'esistenza precaria ed incerta (69).

Con una conclusione lapidaria Beccaria fa emergere discorsivamente la libertà accanto alla già ricordata sicurezza: « Gli attentati dunque contro la sicurezza e libertà dei cittadini sono uno de' maggiori delitti » (70).

All'interno dello spazio del diritto penale non tirannico costruito tramite il contratto sociale e tramite la legge viene contrapposta da un punto di vista discorsivo la 'libertà giuridica', cioè la libertà garantita dal diritto alla 'sicurezza giuridica', alla sicurezza garantita dal diritto. Essa viene costruita come mezzo insostituibile per l'educazione dell'uomo ovvero del cittadino alla virtù, per la costituzione degli uomini ovvero dei cittadini come soggetti morali.

(66) Ivi, p. 48.

(67) *Ibidem.*

(68) *Ibidem.*

(69) Ivi, p. 49.

(70) *Ibidem.*

La virtù promossa nella società per mezzo della libertà crea le condizioni di possibilità per agire contro il timore. Essa viene definita tramite *negazione* e cioè tramite il suo *non essere* « pieghevole prudenza ». L'aggettivo « pieghevole » richiama l'atteggiamento di colui che non sa stare in piedi, con la schiena dritta, e quindi « si piega ». Questo atteggiamento è quello di colui che « può soffrire un'esistenza precaria ed incerta », che cioè è in grado di sopportare un'esistenza 'insicura' perché rimessa all'arbitrio di leggi che non sono certe e calcolabili, e quindi in definitiva ridotte a espressione degli interessi dei gruppi dominanti.

Se mettiamo a confronto questo passo con i passi sopra analizzati sulle coppie concettuali contrarie *spirito di famiglia/spirito repubblicano* e *leggi/legge*, si può sostenere quanto segue: *da un lato* la « pieghevole prudenza » connotata in termini negativi rimanda al comportamento dei giovani membri della famiglia dominata dallo « spirito di famiglia ». Questi già alla loro età vengono abituati « a piegare ed a temere [...] » (71). Anche qui viene utilizzata la metafora del piegarsi. Essi si piegano e hanno paura. E tramite i rapporti familiari sono costretti ad attendere la morte dei vecchi. La loro situazione non è quella dei cittadini, ma degli schiavi, che non possono condurre una « esistenza dipendente dalle sole leggi ». In tal modo da un punto di vista discorsivo la loro situazione non è lontana da quella di coloro che si riducono a dover sopportare « un'esistenza precaria ed incerta ». *Dall'altro lato* la « pieghevole prudenza » si riallaccia alla « giornaliera prudenza » ovvero alla « discrezione » di coloro che a sfavore della generalità impongono e assicurano i loro interessi particolari. In tal modo essa si posiziona nell'arena discorsiva dalla parte degli uomini che lasciano le materie importanti della vita alla piccola minoranza dei 'giornalmente prudenti'.

Ma torniamo a quanto dice Beccaria sulla (sicurezza e sulla) libertà. Secondo Beccaria la messa in pericolo della sicurezza e della libertà costituisce « uno de' maggior delitti » (72). Quanto viene aggiunto subito a seguire è degno di attenta considerazione:

(71) Ivi, p. 81.

(72) Ivi, 49.

[E] sotto questa classe cadono non solo gli assassini e i furti degli uomini plebei, ma quelli ancora dei grandi e dei magistrati, l'influenza dei quali agisce ad una maggior distanza e con maggior vigore, distruggendo nei sudditi le idee di giustizia e di dovere, e sostituendo quella del diritto del più forte, pericoloso dei pari in chi lo esercita e in chi lo soffre ⁽⁷³⁾.

In tal modo all'interno della classe dei delitti « contro la sicurezza e libertà dei cittadini » vengono tematizzati i delitti che hanno maggiori effetti. In particolare viene problematizzato il danno maggiore arrecato dai delitti (assassini e furti) compiuti dai « grandi » e dai « magistrati », in breve: dai potenti in confronto con quelli commessi dagli « uomini plebei », dalla 'gente comune'. I delitti commessi dai soggetti delle classi dominanti sarebbero più gravi per due ragioni. *In primo luogo* essi distruggerebbero « le idee di giustizia e di dovere », oggi potremmo dire con gli strumenti della teoria della prevenzione generale positiva: distruggerebbero le aspettative dei consociati nell'osservanza del diritto e di conseguenza la loro fiducia nel sistema giuridico ⁽⁷⁴⁾. *In secondo luogo* essi porterebbero alla distruzione del diritto stesso, introducendo la logica del « diritto del più forte ». In tal modo viene posta da Beccaria la questione del rilievo dei rapporti di forza e di potere nel diritto penale. Come si può considerare da un punto di vista del diritto penale la circostanza che i rei dispongano di posizioni e rendite di potere di diverso calibro?

3.4. « *Noblesse oblige* »: dal potere dei delitti ai delitti del potere.

Il problema della considerazione dei rapporti di forza e di potere all'interno del diritto penale viene trattato da Beccaria in un altro luogo di « Dei Delitti e delle pene ». Dopo aver elencato i principi che dovrebbero animare il diritto penale non tirannico, Beccaria si dedica esemplarmente alla concretizzazione di questi principi con riferimento ad alcuni tipi di delitti. Qui vengono nuovamente applicati principi che stabiliscono i contenuti del diritto

⁽⁷³⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁴⁾ Paradigmaticamente HASSEMER, *Plädoyer*, cit., trad. it. cit., p. 96 e ss.

penale alla luce della considerazione delle differenze sociali e in termini di potere. Nel § XX (« violenze ») Beccaria scrive:

Altri delitti sono attentati contro la persona, altri contro le sostanze. I primi debbono infallibilmente esser puniti con pene corporali: né il grande né il ricco debbono poter mettere a prezzo gli attentati contro il debole ed il povero; altrimenti le ricchezze, che sotto la tutela delle leggi sono il premio dell'industria, diventano l'alimento della tirannia ⁽⁷⁵⁾.

I crimini contro la persona ovvero le violenze debbono venir puniti con pene corporali, non con sanzioni pecuniarie. Questo viene giustificato con un argomento basato sull'autonomia del diritto penale rispetto all'economia. Viene così problematizzato il potere del denaro all'interno del sistema del diritto penale. Non si tratta qui dell'influsso diretto del sistema economico sul sistema giuridico e in particolare sul sistema di diritto penale tramite il denaro, in breve: della 'corruzione'. Si tratta piuttosto di una conformazione del sistema giuridico che permetta di sovvertire il codice *Recht/Unrecht*, ragione/torto con un programma a sua volta conforme a diritto, e che tuttavia consenta la colonizzazione del sistema giuridico da parte di quello economico ⁽⁷⁶⁾. Il mezzo che permette di sovvertire il diritto penale tramite il denaro è dato dalle leggi stesse. Esse possono premiare la diligenza e l'impegno, lo spirito di intrapresa così come pure rappresentare un punto di appoggio per l'emergere e l'imporsi della tirannia, appunto a seconda del programma normativo di volta in volta applicato. Si può ricostruire che cosa si debba intendere per tirannia in base a quanto detto a seguire da Beccaria:

Non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser *persona* e diventi *cosa*: vedrete allora l'industria del potente tutta rivolta a far sortire dalla folla delle combinazioni civili quelle che la legge gli dà in suo favore. Questa scoperta è il magico segreto che cangia i cittadini in animali di servizio, che in mano del forte è la catena con cui lega le azioni degl'incauti e dei deboli. Questa è la ragione per cui in alcuni governi, che hanno tutta l'apparenza di libertà, la tirannia sta nascosta o s'introduce non prevista in qualche angolo negletto dal legislatore, in cui

⁽⁷⁵⁾ BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 72.

⁽⁷⁶⁾ Paradigmaticamente si veda: Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993 e Id., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, vol. 2, Frankfurt am Main, 1997.

insensibilmente prende forza e s'ingrandisce. Gli uomini mettono per lo più gli argini più sodi all'aperta tirannia, ma non veggono l'insetto impercettibile che gli rode ed apre una tanto più sicura quanto più occulta strada al fiume inondatore (77).

Due sono i sistemi che Beccaria ricostruisce e implicitamente contrappone. Il primo è un sistema in cui domina la libertà e l'uomo è *persona* (78). Nel diritto penale questo viene operazionalizzato nel senso che i delitti contro la persona, e cioè le « violenze », non

(77) BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 72 e s. Corsivi nel testo originale. Francioni indica in una nota come possibile fonte ispiratrice di questo passo di Beccaria un passaggio di Vattel: « [...] c'est contre les attaques sourdes et lentes que la nation devoit être particulièrement en garde. Les révolutions subites frappent l'imagination des hommes: on en développe les ressorts; on néglige les changements qui arrivent insensiblement, par une longue suite de degrés peu marqués ». VATTEL, *Le droit des gens*, I, III, 30, cit. da Francioni, in Beccaria, *Delitti*, cit., p. 73, nota 2. Tra le possibili latenze sia permesso indicare anche un passo di Erasmo in un *Adagium* contro la guerra, *Dulce bellum inexpertis*. Qui Erasmo si chiede per quale motivo nonostante la guerra sia considerata evidentemente un male si sia nondimeno arrivati a uccidere i propri simili: « [...] [Q]uis deus, qui morbus aut qui casus primum in humanum pectus immiserit, ut letale ferrum in hominis stringeret viscera. Multis gradibus ad tam insignem vesaniam ventum sit oportet. Nemo siquidem repente fuit turpissimus, ut inquit poeta satyricus. Semperque malorum maxima sub umbra ac specie boni subreperunt in vitam hominum ». ERASMO DA ROTTERDAM, *Dulce Bellum inexpertis*, in *Adagia. Sei saggi politici in forma di proverbi*, a cura di Silvana Seidel Menchi, Torino, 1980, p. 196 e ss., 212, par. 270 e ss. Corsivo nel testo originale.

(78) Sottolinea con forza l'irriducibilità del momento giusnaturalistico nei confronti di quello utilitaristico in « Dei Delitti e delle pene » proprio alla luce del principio di dignità umana formulato da Beccaria nel § XX Piero Calamandrei nella sua Prefazione del 1943/1944 all'edizione da lui curata di « Dei Delitti e delle pene »: « Ecco l'argomento etico, di origine giusnaturalistica, che, precorrendo l'imperativo kantiano, impone in ogni caso il rispetto della persona umana nella sua insopprimibile dignità morale ». Piero CALAMANDREI, *Prefazione*, in Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Piero Calamandrei, seconda edizione, Firenze, 1965, p. 17 e ss., p. 121. Vedi anche con riferimento alla pena di morte e all'indisponibilità del diritto alla vita p. 126 e ss.: « Tutti gli argomenti utilitari che il Beccaria porta contro la pena di morte non hanno, messi insieme, il peso di un'osservazione che sembra sfuggita alla sua prudenza e che apre uno spiraglio sul suo pensiero più profondo: '... gli uomini, nel più segreto dei loro animi... hanno sempre creduto non essere la vita propria in potestà di alcuno, fuor che della necessità, che col suo scettro di ferro regge l'universo'. Questa era, anche nel sentimento più intimo del Beccaria, la vera ragione per cui la pena di morte non può mai esser giusta, neanche se lo stato la proclami necessaria per i suoi fini. [...] Qui sta, a ben guardare, la vera novità del Beccaria: in questa rivendicazione, di fronte agli spietati rigori della

debbono essere puniti con pene pecuniarie, ma con pene che si rivolgono al corpo. Il secondo sistema, che rappresenta la negazione del primo, è un sistema in cui l'uomo non è più persona e viene ridotto a una cosa ovvero a un animale. Beccaria distingue implicitamente tra due forme di tirannia. La prima forma, la meno pericolosa, è la «aperta tirannia». Contro di essa gli uomini costruiscono «gli argini più sodi». La sua caratteristica principale sta nel fatto che il suo emergere può essere osservato e quindi combattuto. La caratteristica principale della seconda sta invece nel fatto, che la rende più pericolosa della prima, che essa può a mala pena essere percepita. In tal modo Beccaria formula il problema dell'osservabilità dei rapporti di forza nella società. La questione del potere diviene un problema di 'sensi' ovvero della capacità di vedere. Con riferimento a Foucault si potrebbe andare più in là: si tratta di *savoir* sul *pouvoir* e di *pouvoir* del *savoir*. Ma c'è di più. Beccaria evidenzia due possibili posizionamenti della « [non] aperta tirannia ». Essa può da un lato « introdu[rsi] non prevista » in un luogo non osservato, « negletto dal legislatore ». Essa proviene da un « fuori », da una non meglio definita regione della « non-libertà » e pertanto implicitamente del *Nicht-Recht*, del *non-diritto*. In questo caso il governo ha solo l'apparenza dell'essere ispirato a libertà. Dall'altra parte la tirannia può essere già presente, solo « nascosta » in un qualche luogo. In questo caso essa si muove all'interno della società ovvero dello stato stesso. In tal modo viene toccato il problema della sicurezza dell'ordinamento giuridico libertario nei confronti di interventi effettuati contro il diritto non da un 'nemico' visibile ma da un 'nemico' interno non visto, e cioè dal diritto stesso. Da che cosa dipende che vi sia una tirannia « non aperta » ovvero « nascosta », una tirannia a malapena percettibile? La risposta data dal testo di Beccaria è semplice: gli « uomini », che dovrebbero notare l'ingresso dell'insetto, si trovano evidentemente nel luogo sbagliato. Essi sono dietro agli argini che hanno fabbricato per la « aperta tirannia ». Protetto da tali argini si trova il territorio del 'diritto'. Da qui essi non sono in grado ovvero possono a mala pena vedere dove si trovi l'insetto (la tirannia

giustizia punitiva, della inviolabilità morale dell'uomo, il quale, anche sul patibolo, rimane persona non cosa ».

nascosta) che « apre una tanto più sicura quanto occulta strada al fiume inondatore », cioè alla « aperta tirannia ». Se si segue ancora la metafora impiegata da Beccaria, allora si può porre la domanda sulla posizione dell'insetto della 'tirannia nascosta'. Si può escludere *in primo luogo* che esso si trovi fuori, lontano dagli argini, in breve: che si trovi nell'*Umwelt*, nell'ambiente esterno del diritto. Se così fosse, potrebbe essere osservato e cioè tramite il programma giuridico, che impiega il codice *Recht/Unrecht*, ragione/torto ⁽⁷⁹⁾, essere giudicato come estraneo a questo, e cioè né *Recht* né *Unrecht*, né ragione né torto, ma come *Nicht-Recht*, non diritto. Il diritto potrebbe insomma riconoscerlo come non facente parte del proprio territorio, al di fuori dei propri confini ⁽⁸⁰⁾. *In secondo luogo*, al contrario, esso non si trova all'interno del diritto, come chiara violazione del diritto, come *Unrecht*, *torto* riconoscibile come tale alla luce del Code *Recht/Unrecht*, in forza dell'applicazione dei relativi programmi giuridici, e nemmeno a più forte ragione come *Recht*, come *ragione*, perché in tali casi esso potrebbe essere osservato, e ciò sembra essere per definizione escluso nel passo in questione. L'insetto allora si trova esattamente al confine tra diritto e non-diritto, proprio là dove sono stati eretti gli argini, sotto di essi, come pericolo strutturale per il funzionamento del sistema giuridico stesso. In altri termini, l'insetto è un programma che sovverte il funzionamento del programma, oggi diremmo: è un virus che minaccia il funzionamento del software e dell'hardware allo stesso tempo. Come lo si può vedere? Come si può garantire il corretto funzionamento della differenza *Recht/Unrecht*, ragione/torto, nonostante la contingenza dei programmi che la implementano ⁽⁸¹⁾?

⁽⁷⁹⁾ Così la traduzione italiana del 'classico' lessico di teoria dei sistemi Claudio BARALDI, Giancarlo CORSI, Elena ESPOSITO, *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, prefazione di Niklas Luhmann, Milano, 1996, voce *Diritto (Recht)*, p. 96. Cfr. ID., *GLU, Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie Sozialer Systeme*, Frankfurt am Main, 1998, Stichwort *Recht*, p. 147.

⁽⁸⁰⁾ Vedi LUHMANN, *Das Recht*, cit., p. 15: « Das Recht selbst bestimmt, was die Grenzen des Rechts sind; bestimmt also, was zum Recht gehört und was nicht ».

⁽⁸¹⁾ La teoria dei sistemi 'classica' di Niklas Luhmann tematizza, in senso tecnico: *osserva* il problema nel momento in cui descrive la pressione alla quale il sistema giuridico viene sottoposto dal sistema politico. Vedi LUHMANN, *Das Recht*, cit., p. 550 e

Se si collega questo passo di « Dei Delitti e delle pene » con il passo sovracitato sul diritto di punire e sulla sua relazione con la forza, allora scopriamo un possibile criterio per la differenza. La forza, il potere può essere diritto oppure tirannia. Il criterio della differenza è dato dall'impiego della forza a favore del maggior numero possibile: la forza, il potere diviene diritto solo nel momento in cui viene 'trasformata' in modo tale da essere « la modificazione più utile al maggior numero » (82). La libertà così viene garantita nel sistema giuridico tramite il principio utilitaristico-democratico.

Ma nel testo di Beccaria può essere trovata anche un'altra risposta. Una volta concluso il § XX con la metafora dell'insetto a malapena percettibile, Beccaria inizia senza soluzione di continuità il § XXI come segue: « Quali saranno *dunque* le pene dovute ai delitti dei nobili, i privilegi dei quali formano gran parte delle leggi delle nazioni? » (83).

In tal modo Beccaria tematizza la diseguaglianza strutturale nella società a favore della classe privilegiata dei nobili. Per poter osservare ciò che non può essere osservato Beccaria ricorre qui al criterio del « pubblico danno »:

A chi dicesse che la medesima pena data al nobile ed al plebeo non è realmente la stessa per la diversità dell'educazione, per l'infamia che spande su di un'illustre famiglia, risponderai che la sensibilità del reo non è la misura delle pene, ma il pubblico danno, tanto maggiore quanto è fatto da chi è più favorito [...] (84).

Il « pubblico danno » dipende dalla misura del privilegio garantito al reo nella società. Non la colpevolezza, ma la posizione

ss. che ipotizza anche con riguardo al diritto della *Weltgesellschaft*, della società mondiale, segmentato nei vari sistemi politici nazionali, l'indebolirsi della differenza fondamentale *Recht/Unrecht* alla luce del *Metacode* rappresentato dalla (meta)differenza *Inklusion/Exklusion*: « Es kann [...] durchaus sein, dass die gegenwärtige Prominenz des Rechtssystems und die Angewiesenheit der Gesellschaft selbst und der meisten ihrer Funktionssysteme auf ein Funktionieren des Rechtscodes nichts weiter ist als eine europäische Anomalie, die sich in der Evolution einer Weltgesellschaft abschwächen wird ». Ivi, p. 585 e s.

(82) BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 31 e s.

(83) BECCARIA, *Delitti*, cit., p. 73. Corsivo mio.

(84) Ivi, p. 74 e s.

sociale del reo deve rilevare. Beccaria formula così l'idea che il principio del danno arrecato alla società dovrebbe portare non soltanto ad affermare, ma anche a correggere il principio di eguaglianza. Se il danno per la collettività deve essere proporzionato con il privilegio ovvero con la posizione di potere del reo nella società, allora il diritto penale deve agire con maggior durezza nei confronti delle classi superiori. In altre parole: Beccaria introduce dei 'controprogrammi', degli 'antivirus' per controbattere l'effetto negativo sul sistema dato dai privilegi dei nobili ovvero dei « ricchi e potenti », che permettano di rendere il sistema giuridico immune nei confronti dell'attacco ovvero dell'eccessiva influenza del sistema politico e di quello economico (85).

Perlomeno già Alberto Burgio nel suo commento a « Dei delitti e delle pene » ha messo in relazione questo passaggio sul trattamento sanzionatorio dei nobili con i passi sopra ricordati del § VIII (« Divisione dei delitti ») e del § XX (« Violenze »), tematizzando il nesso tra questo passo e quello sopraricordato del § VIII, che distingue con forza i diversi e più gravi effetti dei delitti compiuti dai potenti rispetto a quelli compiuti dai deboli:

La ripresa del concetto di eguaglianza giuridica (eguale dipendenza dalle leggi) enunciato dal § XVI non è dunque soltanto l'occasione per esplicitare

(85) Un altro 'controprogramma' teso a rendere il diritto maggiormente democratico è abbozzato da Beccaria nel § XIV (« Indizi e forme di giudizi ») con la proposta della giuria e con la critica della scienza (giuridica) come sapere riproduttivo di diseguaglianze: « Perciò io credo ottima legge quella che stabilisce assessori al giudice principale presi dalla sorte, e non dalla scelta, perché in questo caso è più sicura l'ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per opinione. [...] Felice quella nazione dove le leggi non fossero una scienza! Ella è utilissima legge quella che ogni uomo sia giudicato dai suoi pari, perché, dove si tratta della libertà e della fortuna di un cittadino, debbono tacere quei sentimenti che inspira la disuguaglianza; e quella superiorità con cui l'uomo fortunato guarda l'infelice, e quello sdegno con cui l'inferiore guarda il superiore, non possono agire in questo giudizio. Ma quando il delitto sia un'offesa di un terzo, allora i giudici dovrebbero essere metà pari del reo, metà pari dell'offeso; così, essendo bilanciato ogni interesse privato che modifica anche involontariamente le apparenze degli oggetti, non parlano che le leggi e la verità ». Ivi, p. 58 e s. Chiaramente si pone ora il problema di come distinguere il 'programma' dal 'controprogramma'. A tal fine è necessario il 'metaprogramma' dato dal diritto giusto.

l'importante principio dell'eguaglianza delle pene 'pel primo e per l'ultimo cittadino': serve anche a fissare — confermando le indicazioni emerse nel § XX — un limite invalicabile al 'buon uso' delle ricchezze. 'Premio dell'industria', [...] esse sono pronte a divenire 'alimento della tirannia' quando si consenta che l'uomo diventi 'cosa', quando — ribadirà il § XXVIII — le ricchezze comprino 'autorità' e non solo 'piaceri'. Essere 'più felice o più onorato' non dispensa dall'obbedienza della legge: genera, semmai, obblighi più gravi, se è vero che la ricchezza è misura di potere, e questo fonte di responsabilità. È in tale contesto — quanto rilevante non è necessario dire — che si pongono le premesse per un rovesciamento in senso *ineguagliario* (a favore dei più deboli) del principio di eguaglianza giuridica, in virtù del quale si traggono le conseguenze dell'affermazione conclusiva del § VIII, ove Beccaria sottolineava la maggiore influenza negativa degli 'attentati contro la sicurezza e la libertà dei cittadini' ad opera 'dei grandi e dei magistrati'. Pene eguali 'pel primo e per l'ultimo cittadino' significa, certo, pene eguali per reati eguali: ma non cambia il reato a seconda di chi lo commette, a misura del potere di cui il 'reo' dispone in società? ⁽⁸⁶⁾.

Con riferimento a Franco Cordero, Burgio osserva che « tali ardite posizioni » furono abbandonate da Beccaria nelle successive riflessioni su di un codice penale generale per la Lombardia ⁽⁸⁷⁾. Mentre Beccaria nell'ambito di quelli che egli chiama « delitti criminali », dei delitti che tendono « alla distruzione della società », avrebbe tematizzato la maggior gravità dei crimini commessi dai componenti delle classi più alte della società, per i « delitti politici », che consistono in « semplici colpe e trasgressioni » egli avrebbe distinto nuovamente a seconda dello status, ma questa volta a favore delle classi più alte, facendo valere questa volta il criterio della « diversità dell'educazione » ⁽⁸⁸⁾. In tal modo Burgio sembra

⁽⁸⁶⁾ BURGIO, in Cesare Beccaria, *Dei Delitti*, cit., p. 165, nota 83. Corsivo nel testo originale.

⁽⁸⁷⁾ Secondo Cordero il Beccaria che affronta nel 1790/1791 la questione criminale di nuovo nell'ambito della discussione del Progetto di un codice penale per la Lombardia sarebbe « guarito dal radicalismo che i Verri gli avevano inoculato temporibus illis ». Cfr. Franco CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, 1986, p. 548, ripreso da BURGIO, in Cesare Beccaria, *Dei Delitti*, cit., p. 165, nota 83.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. BURGIO, in Cesare Beccaria, *Dei Delitti*, cit., p. 165 e s., nota 83, con riferimento alle *Brevi riflessioni intorno al codice generale sopra i delitti e le pene, per ciò che riguarda i delitti politici*, in Cesare Beccaria, *Opere*, a cura di Sergio Romagnoli, vol. II, Firenze, 1958, p. 705 e ss., p. 707 e ss.

neutralizzare implicitamente la forza del criterio del « pubblico danno » formulato in « Dei delitti e delle pene ».

Burgio si spinge più in là in un testo successivo del 2000. In esso egli sottolinea come con l'affermazione del principio di eguaglianza nei passi del § XX sulle violenze e del § XXI in tema di « pene dei nobili » Beccaria si contrapponga con forza al Montesquieu dell'*Esprit des lois* ⁽⁸⁹⁾:

Altro che tribunali e codici particolari! [...] La parola d'ordine è generalità, cioè, appunto, eguaglianza, almeno in linea di principio. E, per ciò stesso, riforma, mutamento nel senso di una maggiore razionalità (validità generale) delle norme. La battaglia per l'eguaglianza giuridica e per la codificazione [...] ha questo obiettivo al di sopra di ogni altro. Di qui la polemica contro la 'venerata ruggine' dei secoli, cara ai celebratori del tempo passato, ai fautori di consuetudini e tradizioni, ai difensori del diritto romano ⁽⁹⁰⁾.

Burgio chiude poi il suo contributo esaltando di nuovo l'elemento radicalmente critico, eminentemente 'politico' di « Dei delitti e delle pene » da lui evidenziato, marcando come 'delitti per eccellenza' i 'delitti dei politici', nel momento in cui questi mettono in questione le basi stesse della convivenza, il patto sociale. Il delitto più grave è la violazione giuridica del diritto naturale, potremmo dire, con semantica ispirata a Radbruch, il *gesetzliches Unrecht*, il diritto legale ingiusto prodotto dal legislatore come 'criminale supremo':

Se costretti entro argini troppo angusti, i sentimenti 'indelebili' degli uomini (il bisogno di libertà e giustizia) non tardano a riaffermare i propri diritti. In un certo senso anche così potrebbe leggersi il titolo del capolavoro beccariano: fra tutti i 'delitti', il più grave è proprio l'offesa alla 'natura', l'amministrazione iniqua della società. Inevitabilmente ne discende la pena più severa, benché non contemplata in nessun codice: la rottura del patto e il ritorno in stato di natura, premessa della ricerca di un nuovo ordine sociale, più rispettoso delle necessità e legittime aspirazioni di ciascuno ⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁹⁾ A. BURGIO, *L'idea di eguaglianza tra diritto e politica nel Dei delitti e delle pene*, in Cesare Beccaria. *La pratica dei lumi*, Atti del convegno 4 marzo 1997, a cura di Vincenzo Ferrone e Gianni Francioni, Firenze, 2000, p. 79 e ss., 90 e ss., 95 e 96.

⁽⁹⁰⁾ Ivi, p. 79 e ss., 95 e s.

⁽⁹¹⁾ Ivi, p. 79 e ss., 98.

4. *Conclusioni.*

Indipendentemente da come vadano comprese le affermazioni di Beccaria nella sua *Consulta* ⁽⁹²⁾ e soprattutto rapportate da un punto di vista interpretativo con i passi corrispondenti di « Dei delitti e delle pene », un elemento resta senz'altro fermo: « Dei delitti e delle pene » è molto di più di un manifesto del garantismo penale ⁽⁹³⁾. Esso offre possibilità e vie di fuga in abbondanza per una filosofia e una corrispondente scienza del diritto veramente critica che tratti nel diritto e, perché no, con estrema cura e attenzione

(92) La cesura rispetto a « Dei Delitti e delle pene » sembrerebbe ancora più accentuata, se si considera che nel caso dei « delitti criminali » il criterio della maggiore 'maliziosa intenzione' del delitto commesso dai *nobili* rispetto allo stesso delitto commesso dai *plebei* viene controbilanciato dalla maggiore sensibilità dei primi, arrivando così a mantenere l'eguaglianza del trattamento penale. Beccaria scrive nella sua *Consulta*: « Io non trovo un grande inconveniente, che nei delitti criminali, i quali per lo più suppongono grande malizia e scelleratezza, e per conseguenza partoriscono grandi infamie, i nobili egualmente siano soggetti ad un'egual pena de' plebei. Le persone di più elevata condizione si degradano da se stessi commettendo simili delitti, e per conseguenza può stare la pena infamante, quantunque sia vero che le pene afflittive e durevoli sostituite alla pena di morte hanno più lunga e più sensibile influenza sull'innocente famiglia del delinquente, alla quale ne deriva necessariamente infamia. Di più le persone, a misura che sono più elevate in condizione, partecipano dei maggiori vantaggi della società, e commettendo un istesso delitto criminale di un plebeo, lo commettono maggiore: perciò dandosi l'istessa pena, si viene realmente a darla maggiore, com'è giusto, perché nel nobile si suppone maggiore malizia, e così la pena si proporziona di sua natura al delitto. Ma nei delitti politici, che non suppongono malizia, ma danno volontario recato, e che non tendono direttamente a distruggere la società, né offendono il diritto naturale, che sono mere colpe e non doli; che, per parlare secondo i termini del Gius Romano, non sono *Maleficia* ma *quasi Maleficia*, si deve avere moltissimo riguardo alla condizione delle persone, perché il bastone, che può correggere un facchino, avvilisce ed annienta un nobile, un onesto negoziante, e qualunque civile persona, e involge tutta la loro famiglia nella più luttuosa ignominia. La pena non è più proporzionata al delitto, ma di gran lunga maggiore, posto che il danno della pena è incomparabile col danno della colpa ». Cesare BECCARIA, *Brevi riflessioni intorno al codice generale sopra i delitti e le pene, per ciò che riguarda i delitti politici*, in Id., *Opere*, cit., p. 705 e ss., 710 e s.

(93) Si veda in questo senso BURGIO, *L'idea di eguaglianza*, cit., p. 79 e ss., 79, che sottolinea come « non manc[hi] un che di ironico nella vicenda interpretativa del capolavoro beccariano, anche in Italia — almeno sino alla svolta impressa agli studi dall'edizione Venturi del 1958 — letto in primo luogo, se non soltanto, come un 'classico' del 'garantismo' penale ».

anche nel *pericolosissimo diritto penale* ciò che è eguale in modo eguale e ciò che non è eguale in modo diverso, tramite il riferimento alle differenze strutturali tra *ricchi e potenti* da una parte e *poveri e deboli* dall'altra. Questo significa *da un lato* confrontarsi sia al livello della società globale che a quello degli stati nazionali con il fatto che molti uomini e donne vengono ridotti per mancanza di accesso alla proprietà e più in generale ai diritti fondamentali ovvero al sistema giuridico *tout court* a quella che già Beccaria con la sua critica del diritto di proprietà chiama « nuda esistenza ». *Dall'altro lato* significa ampliare lo sguardo dalle relazioni di potere propriamente 'politiche' a quelle di altri sistemi o *Teilrationalitäten*/razionalità parziali altrettanto attraversati da rapporti di forza e potere, come i sistemi ovvero le razionalità parziali dell'economia, della scienza o della tecnologia ⁽⁹⁴⁾. È compito di una filosofia e di una scienza del diritto all'altezza del loro tempo ⁽⁹⁵⁾ affrontare tale sfida nel modo più adeguato possibile.

⁽⁹⁴⁾ In questo senso Gunther TEUBNER, *Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch "private" transnationale Akteure*, in « Der Staat: Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht », 44 (2006), p. 161 e ss. e soprattutto ID., *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin, 2012, p. 215 e ss., 216 con tematizzazione della « Gefährdung durch anonyme kommunikative Matrices (Institutionen, Diskursen, Systemen) für die Integrität von Institutionen, Personen und Individuen ». Ne segue che i diritti fondamentali si contraddistinguerebbero come « sociale und rechtliche Gegeninstitutionen zu Expansionstendenzen von Sozialsystemen ».

⁽⁹⁵⁾ Tuttora esemplare e, *mutatis mutandis*, ancora attuale Rudolf Wiethölter nel suo leggendario Funk-Kolleg a proposito del progetto di riforma del codice penale tedesco degli anni 1960/1962/1965: « Ein Jahrhundertgesetz muß auf der Höhe seiner Zeit stehen, nicht in der Tiefe seiner Vorzeit ». Rudolf WIETHÖLTER, *Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1968, p. 77. E a proposito della filosofia, citando Hugo von Hofmannsthal, sempre nello stesso luogo, Wiethölter ammonisce: « Die Philosophie ist die Richterin eines Zeitalters; es steht schlimm, wenn sie stattdessen sein Ausdruck ist ».

Lecture

THOMAS CASADEI, *Tra ponti e rivoluzioni. Diritti, costituzioni, cittadinanza in Thomas Paine*, Torino, Giappichelli, 2012 (*).

Ideatore di ponti e di rivoluzioni: traendo spunto da una notazione di Bertrand Russell, così Thomas Casadei presenta ai lettori italiani l'autore trattato nel suo lavoro monografico. Uno studio, questo, che si pone come una compiuta ricostruzione del pensiero e dell'opera di Paine, contribuendo in tal modo a richiamare l'attenzione attorno a una figura forse troppo a lungo passata in secondo piano o messa in ombra da altri pensatori dell'epoca dello scrittore inglese ben più celebrati. Merito della ricerca di Casadei è perciò, innanzi tutto, quello di dare lustro all'opera suddetta e porla accanto a quelle di altri « classici » del pensiero filosofico-politico e giuridico.

Proprio sfruttando il parallelismo tra i progetti di ponti, cui Paine si dedicò nel corso della sua vita, e i progetti di rivoluzioni (l'altra grande passione dell'intellettuale inglese ⁽¹⁾) l'autore raffigura il costituzionalismo painiano come informato da una logica ingegneristica: una ingegneria « civile » — come quella tipica dei ponti — in tutti i sensi, perché « civile » è l'impegno di Paine come pensatore e « civile » la destinazione che egli intende dare alla sua opera; e soprattutto perché quel costituzionalismo implica una modalità nuova di concepire il rapporto tra governanti e governati, nonché il modello politico della cittadinanza e tutte le questioni ad esso connesse: pensarle, cioè, con la stessa forza immaginativa, con lo stesso « genio » che occorre per ideare un ponte, un'opera che sfida leggi ferree, come la gravità, e creare una comunicazione, un passaggio là dove — e in un modo in cui — nessuno lo avrebbe mai immaginato; così, anche il modello teorico e istituzionale

(*) L'occasione per recensire il volume in questione è stata offerta dall'incontro *Diritti e costituzione in Thomas Paine*, tenutosi a Pisa il giorno 11 aprile 2014 e organizzato dalla Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche (programma di Giustizia costituzionale e diritti fondamentali — curriculum in « Teoria dei diritti fondamentali ») presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa nell'ambito del ciclo di incontri *Lo stato dei diritti. Un percorso storico e teorico*.

(1) Passione, peraltro, non meramente « speculativa »: oltre a proporre progetti di rivoluzioni, Paine partecipò attivamente da protagonista sia alla rivoluzione americana sia, su posizioni girondine, alla rivoluzione francese.

progettato da Paine sfida leggi consolidate della (tradizione) politica, sovverte la logica *statica* della cittadinanza, crea uno spazio nuovo, una possibilità inedita per la politica e il diritto.

Già l'idea del « libero volere politico » di un popolo (p. 49), di una sovranità popolare totalmente auto-riferita e auto-costituitasi (fino alla possibilità di costituirsi popolo separandosi dal popolo cui storicamente si appartiene, a ciò bastando solo « una razionale spiegazione al resto dell'umanità »), come pure l'idea di una generazione di individui che affermano una loro costituzione senza vincoli di sorta né con le generazioni del passato né con quelle che verranno dopo, valgono a delineare, con tratti marcati, una dottrina costituzionale di ispirazione rivoluzionaria e un radicalismo democratico che si pone come una sfida teorica e una prassi politica senza precedenti.

In tal senso, Casadei mostra come appaia quanto mai originale il tipo di repubblicanesimo delineato da Paine, alternativo anche a quello di ispirazione 'federalista', perché, lungi dall'essere inteso nel senso del *bilanciamento* dei poteri e della forza continua di una *ancient constitution* — dunque, in sostanza, come un freno alla spinta delle passioni del popolo — è tutto teso a valorizzare l'*unicità* della volontà popolare espressa nella « legge ». Ma l'orizzonte del costituzionalismo non è in tal modo spazzato via in un colpo solo né la posizione di Paine può essere pertanto ridotta a quella di chi vede nel costituzionalismo qualcosa di *paralizzante* ⁽²⁾: su questo punto la lettura più equilibrata proposta dall'autore è animata dall'intento, rinvenibile nella pagine painiane, di coniugare democrazia e costituzionalismo, con una soluzione che è stata ripresa anche nel dibattito contemporaneo (in particolare, da James Tully, che ha avanzato l'idea di una costituzione periodicamente modificabile per mezzo della modalità *groping towards*, ovvero procedendo per tentativi ed errori ⁽³⁾): una costituzione intesa come *esperimento*, come una « *grammatica comune* » (p. 121), dunque sempre « aperta »; un costituzionalismo *progressivo*, secondo la formula impiegata da Casadei.

Anche la tradizione filosofica e la storia delle idee vengono sovvertite con un movimento, nota l'autore, che non è tanto (o solo) di « rottura » quanto di « superamento », di innovazione e ri-pensamento profondo degli assunti teorici e degli esiti, ovvero delle implicazioni politiche, delle dottrine consolidate. Un risultato, questo, che si pone come ancora più eclatante se riferito al caso di un pensatore quale è stato Paine, che pure confessava candidamente di non aver letto libri né

⁽²⁾ Si veda, per tutti, M. SHAPIRO, *Introduction*, in *The Constitution of the United States and Related Documents*, Id. (ed.), New York, Appleton-Century-Crofts, 1968, la cui posizione viene richiamata e discussa anche da Casadei nel suo volume (p. 118 e ss.).

⁽³⁾ Cfr. J. TULLY, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 60 e ss.

di aver « studiato le idee degli altri » (p. 22); e opportunamente Casadei osserva come in questo caso la qualifica di « scienziato delle idee », al di là dell'apparente paradosso, possa valere a maggior ragione per un autore come Paine (pp. 22-23). Prova ne è la « democratizzazione » del pensiero lockiano che questi compie nella direzione di un egualitarismo che si articola in una riformulazione del 'giusnaturalismo dei diritti' e in un'innovativa concezione della proprietà.

È infatti un diritto naturale — quello che risalta dalle pagine painiane — che si nutre di una dimensione « popolare », essendo inteso e condiviso a livello del *common people* e che dunque non resta nel cielo delle teorie né tanto meno nei gangli di una legge oggettiva che può essere solo « filosoficamente » intesa. Un diritto naturale *dal volto democratico*, si potrebbe dire, storicamente connotato e perciò sempre « al passo con i movimenti della società » (p. 75). Concepito in tal modo, il giusnaturalismo rafforza ancora di più la propria portata di istanza *critica* nei confronti del diritto « posto », quasi fosse una sorta di *public opinion* di contro al potere costituito, e diviene strumento di mutamento, « pensiero e azione », scrive Casadei, « dinamica apertura, che incontra l'esigenza painiana della partecipazione politica quale diritto per ogni individuo [...] e del continuo sforzo ad andare avanti » (p. 75).

In questa declinazione *popolare* del giusnaturalismo non potevano non trovare posto delle « tipologie » di diritti naturali molto più *comuni* e, al tempo stesso, più *universali* rispetto a quelle delle catalogazioni tradizionali: i « diritti intellettuali, o diritti della mente », ad esempio (p. 126); e d'altronde, non poteva non essere ripensato anche il rapporto tra i diritti naturali così concepiti e i diritti civili, nonché il ruolo del potere politico nel « supportare » il potere naturale degli individui e nel colmarne le insufficienze; ma soprattutto, non poteva non venire maggiormente in evidenza la dimensione dei *doveri* correlati ai diritti, ossia la condizione di *reciprocità* e il momento *solidaristico* che strutturano un « fondo comune » (p. 131) dei diritti naturali nella società civile. Su questi aspetti il libro di Casadei si sofferma in modo particolare, perché è da essi che si può evincere la « novità » rappresentata da Paine nel moderno « discorso dei diritti », ovvero la forte spinta alla democratizzazione delle dottrine del diritto naturale e l'apertura a sviluppi futuri e imprevedibili (eco della riflessione di Paine sono, ad esempio, le teorie sul *basic income* ⁽⁴⁾).

Accanto a questo peculiare aggiornamento del giusnaturalismo, nel corso della trattazione vengono messi in risalto i tratti di un'innovativa concezione dell'istituto proprietario, che serve, appunto, a « superare » — democratizzandola — la dottrina lockiana dell'appropri-

(4) Allo sviluppo di questo tema è dedicata la parte conclusiva del capitolo III del volume (cfr. p. 202 e ss.).

zione. Se Paine è infatti disposto, da un lato, a riconoscere il « diritto personale » sui beni ricavati dal lavoro della terra, e dunque la legittima appropriazione del « valore » in tal modo prodotto, dall'altro lato, *contra* Locke, non riconosce la legittimità dell'appropriazione dei mezzi naturali che hanno consentito tale produzione. La terra rimane, pertanto, proprietà comune del genere umano — e ciò, nota Casadei, « fa trasparire una chiara dimensione *collettiva, pubblica* nel pensiero di Paine, che ridimensiona notevolmente il carattere 'possessivo' del suo liberalismo — e per il suo uso esclusivo il proprietario è debitore agli altri uomini di un 'risarcimento', di un 'indennizzo' » (p. 190). Come per i progetti di costruzione dei ponti, anche qui Paine propone un progetto « rivoluzionario » per la sua epoca, che avrebbe potuto senz'altro segnare una strada diversa della proprietà moderna: attraverso l'istituzione di un suffragio universale non censitario e la previsione di una tassazione delle eredità terriere volta a costituire un *fondo nazionale* si sarebbero create le basi, secondo Paine, per un vero e proprio modello di *welfare*. Quest'ultimo avrebbe reso possibile il versamento a favore di ciascun individuo, che avesse compiuto ventuno anni, di una somma *sociale* a titolo di « indennizzo », appunto, per la perdita originaria del diritto naturale alla proprietà comune; e, oltre a ciò, con il fondo sociale, sempre a titolo di « risarcimento », si sarebbe potuto soccorrere gli anziani e gli inabili al lavoro. Sullo sfondo è l'argomento della « povertà » che si staglia e che Paine intende affrontare e discutere pubblicamente, trattandolo — al pari della « proprietà » — come un *fatto collettivo*: una « visione *morale* delle relazioni economiche » (p. 175) tende dunque a profilarsi nelle opere più mature del pensatore inglese e ciò vale senz'altro a sgomberare il campo da alcune interpretazioni, che pure sono state avanzate, tese a presentare la figura di Paine come quella di un « radicale-borghese » o di uno « smithiano » a tutto tondo ⁽⁵⁾.

Casadei sottolinea questi passaggi — che Paine compie soprattutto negli scritti successivi a *Common Sense*, e cioè in *Rights of Man* e in *Agrarian Justice* — come indice di una « embrionale, ma decisiva, giustificazione teorica dei 'diritti sociali' » (p. 195); ed è un'opinione

⁽⁵⁾ Si vedano, in tal senso, tra le altre, le letture dell'opera painiana offerte da I. KRAMNICK, *Republicanism and Bourgeois Radicalism. Political Ideology in Late Eighteenth-Century England and America*, Ithaca-London, Cornell University Press, 1990 e, per certi versi, anche da T. MAGRI, *Thomas Paine e il pensiero politico della rivoluzione borghese*, saggio introduttivo a Th. Paine, *I diritti dell'uomo e altri scritti politici*, a cura di T. Magri, Roma, Editori Riuniti, 1978; per l'interpretazione del pensiero di Paine in chiave « smithiana » cfr. E.P. THOMPSON, *Rivoluzione industriale e classe operaia in Inghilterra*, Milano, Il Saggiatore, 1969, p. 97 e ss. Queste letture, come nota Casadei, si soffermano in particolar modo (se non quasi esclusivamente) su opere di Paine quali *Common Sense* e la prima parte di *Rights of Man*.

indubbiamente condivisibile, soprattutto alla luce, come già detto, della *innovatività* del pensiero dello scrittore inglese su questi aspetti. Ciò che desta qualche perplessità — e che qui si propone quale motivo di riflessione e di confronto, a partire dalla stimolante lettura offerta da Casadei — è invece una criticità che proprio il tentativo, da parte di Paine, di « superare » Locke rischia di ingenerare, se non altro perché tale superamento non sembra essere effettivamente tale.

Quello che viene elaborato da Paine su questo punto può verosimilmente costituire un tentativo di risoluzione dei cosiddetti « conflitti tra diritti »: in tal caso, i due diritti in conflitto sono quello a *divenire* proprietari e quello di chi è già *divenuto* proprietario e rivendica l'*esercizio* del proprio diritto. La soluzione prospettata dallo scrittore inglese non pare, tuttavia, essere in grado di risolvere il problema alla radice: indennizzare qualcuno per la lesione di un suo diritto *potenziale* a divenire proprietario di un determinato bene non finirà mai con il porre costui nella condizione *effettiva* di poter acquisire ed esercitare *quel* diritto (su *quel* bene). Nel caso della proprietà questa circostanza appare in tutta la sua evidenza e problematicità, ponendo peraltro in questione la validità della distinzione tra « diritti fondamentali » (diritto a *divenire* proprietari) e « diritti patrimoniali » (diritto di proprietà) ⁽⁶⁾, ovvero la dicotomia *inclusive claim-rights/exclusive rights* ⁽⁷⁾. D'altronde, una volta che un diritto *esclusivo/escludente* venga ammesso nel novero dei diritti naturali/fondamentali — seppure con molti « accorgimenti », come sembra fare Paine — appare arduo mantenere fondamentale anche la pretesa/diritto di quanti sono rimasti esclusi. Questa criticità potrebbe, tra l'altro, far scaturire un problema intergenerazionale, che rende più complicato sciogliere il 'nodo delle generazioni', secondo quanto prevede, invece, il costituzionalismo painiano: si consideri il caso di una generazione precedente che esaurisce le risorse e viola i diritti *inclusivi* all'appropriazione della generazione successiva (questa è la sua « costituzione », fondata evidentemente sull'istituto proprietario); se la generazione successiva volesse fondare la giustizia su un criterio distributivo diverso, non avrebbe allora alcun diritto ad essere indennizzata?

In realtà, la radice del problema sembra risiedere altrove, come altrove potrebbe pertanto risiedere la sua soluzione: l'aspetto problematico è costituito infatti dalla circostanza per cui l'atto *trasformativo* è sempre un atto *proprietario* (è qui che viene in ballo in tutta la sua

(6) Si tratta, come è noto, della distinzione tracciata da L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 13 e ss. (poi ripresa in *Id.*, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 759 e ss.).

(7) Su cui si veda J. TULLY, *An Approach to Political Philosophy: Locke in Contexts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

sconcertante evidenza l'argomento lockiano); non sarebbe dunque più opportuno porre limiti alla proprietà nel momento *generativo* della stessa, piuttosto che in quello *successivo* (come risarcimento sociale)? Lo stesso Locke aveva prospettato una soluzione, prevedendo, come è noto, quali contenuti della legge naturale le clausole del divieto di spreco e dell'obbligo della sufficienza; salvo, poi, tradire questi nobili intenti della sua teoria con l'introduzione della moneta. Resta, tuttavia, un'indicazione importante: è agendo *ex ante* sul momento *appropriativo/trasformativo* che si prevengono quei problemi sperequativi e quelle disuguaglianze economico-sociali che i modelli *a là* Paine cercano di rimuovere (o quanto meno di attutire) *ex post*.

Ma tutto ciò non fa che rendere ancora più attuale e « contemporaneo » un « classico » come Paine, perché pone la sua riflessione al centro dei dibattiti correnti, al cuore di questioni oggi discusse pubblicamente, come quella dei beni comuni (che rappresentano, forse, proprio una delle possibilità di azione *ex ante*) oppure quella del *basic income*, che viene puntualmente richiamata da Casadei in pagine dense ed estremamente interessanti. Senza tralasciare, poi, le tematiche che a tali questioni vengono inevitabilmente a legarsi, e che lo stesso Paine aveva trattato, in una interconnessione costante appunto (in un « originale intreccio », come lo definisce Casadei) dei contenuti del suo attivismo politico e dei temi delle sue riflessioni: tra questi, il ripensamento di un'idea di progresso, civile e materiale, della società e la proiezione su scala globale di un « governo dei diritti dell'uomo » teso a creare le condizioni per una « fioritura » dell'essere umano e per una pace universale tra i popoli ⁽⁸⁾.

ILARIO BELLONI

Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches 1, Global Perspectives on Legal History, Thomas Duve (ed.), Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2014, pp. 1-568.

I contributi che compaiono nella collettanea edita da Thomas Duve sono stati presentati nel 2012 in occasione del Convegno di Studi *Entanglements in Legal History. Conceptual Approaches to Global Legal History* (Francoforte sul Meno) e della 39. *Deutscher Rechtshistorikertag* (Lucerna), e raccolgono tutti la sfida di un nuovo modo di fare la storia

⁽⁸⁾ All'approfondimento di queste tematiche è dedicato il capitolo conclusivo (IV) del volume di Casadei.

del diritto. Si può e, forse a questo punto, si deve assumere una prospettiva globale nella conduzione della propria indagine storiografica? Ha ancora un senso porsi dei limiti spazio-temporali nell'articolazione di una riflessione giuridica? E quindi, si possono scrivere delle storie del diritto transnazionali? Qual è il limite di una lettura di ritorno delle prospettive locali sulle storie globali? Come si combina il solismo della sovranità statale e la sua proiezione internazionale con l'emersione e il consolidamento di nuovi attori (anche e soprattutto privati) transnazionali? Esiste un nuovo ordine giuridico da risalire e raccontare?

Nel suo saggio introduttivo, Thomas Duve dà le direttrici di un percorso avviato e non concluso, riconosce l'attualità delle dinamiche del *Transnational Law* e, pur restando prudente sui nuovi ordini normativi, apparentemente indipendenti dal diritto statale e internazionale, individua come temi comuni quelli del *Global Constitutionalism* e del *Global Legal Pluralism*, e saggia i processi legati ad una *Regulatory Hybridization*. Gli storici del diritto non possono più ignorarlo, sarebbe imbarazzante continuare a far riferimento a studi in cui la nozione di 'stato moderno' resta prevalente e condizionante. Un primo passo si è fatto guardando al diciannovesimo e al ventesimo secolo: l'attenzione dedicata ai fenomeni 'recettivi' del diritto europeo in aree non-europee, alle forme di *transfer* piuttosto che alla *dissemination* di *expert-knowledge* e *ideas*, ne è una prova tangibile. Si è approdati, così, ad una dimensione 'transnazionale' in senso stretto, come riflessione congiunta sui nazionalismi in Europa. Ed è in questa direzione che ci si propone di andare. « The globalization of law, and of legal thought — sottolinea Duve — is not a new phenomenon »; « the gaps and cracks » derivano dall'appuntamento mancato con i *Global Studies* e la *Global* o *Transnational History*, piuttosto che con la *Legal Theory* o il *Comparative Law*. Ciò che emerge è una difficoltà oggettiva di pervenire ad un lavoro di sintesi, difficoltà complicata oltretutto dall'uso indiscriminato (e spesso confuso) di paradigmi comuni solo in apparenza. È necessario dunque chiedersi: « What are the methods and theories legal historians are using to reconstruct historical processes of interaction of different normative orders? Why are they using these concepts and not others? What are the individual strengths and weaknesses of these methodological tools? ». La direzione in cui si muove il lavoro è appunto quella di fornire nuovi spunti metodologici utili all'indagine delle dinamiche di quei *normative orders* frutto, in particolare, di intensi *cross-border communication processes*. Un contributo che parte perciò dall'analisi dei risultati, per spostare l'attenzione dalla stasi al dinamismo dei processi, reinterpretando la metafora del 'movimento' e delle sue declinazioni di scambio, comunicazione e riproduzione e, al tempo stesso, per osservare come le *transnational legal histories* sono state finora scritte. Nella convinzione che non esista un solo « key concept appropriate for all legal historical research », resta l'approccio critico, il più utile a mettere

in evidenza punti di forza e debolezza della nuova riflessione sulle « entangled legal histories ». La riflessione metodologica in alcuni ambiti delle scienze umane e sociali, nonché dei *cultural studies*, soprattutto in tema di indagine storiografica, è cosa abbastanza recente, come abbastanza recente è la consapevolezza dei « pitfalls » giocati dall'approccio eurocentrico-occidentalistico. Come si può smettere di proiettare le nostre categorie e i nostri concetti su realtà completamente differenti da quelle che hanno portato alla loro stessa definizione? Un quesito che non ha nulla di originale, se si considera che la *Transnational* e la *Global History* si sono già interrogate sui metodi comparativi e sulle recenti storie di *transfer*, denunciandone i limiti, tutti grossomodo individuati nei paradigmi di partenza, nelle categorie e nei concetti d'osservazione, prevalentemente 'europei'. Nuovi approcci sono stati proposti, enfatizzando la necessità di vagliare interconnessioni con 'altre' storie, anche di remote aree del globo, che non fossero quelle (o comunque non solo) delle periferie coloniali. « The main claim — sottolinea Duve — is that categories, periodization, epistemic foundations of our scholarship would have to be reconsidered, and a self-conscious, reflexive scholarship was the only way to overcome our epistemic positionality, at least partially, in a sort of a dialectic movement between the images of ourselves and the others ». L'approccio proposto è quello della *Verflechtung* (o *entanglement*), « useful — dice Duve — namely to transform the matrix of inquiry [...]: entangled situations do not offer the luxury of a single point of departure ». Si deve cominciare a ragionare di « complex intertwined networks, with no beginning and no end, and a difficulty to fix the own point of departure ».

La prima sezione del volume, *Traditions of Transnational Legal History*, ripercorre risultati e difetti della tradizionale ricerca storiogiuridica sul consolidato scenario dei *Postcolonial* e *Global Studies*. In *European Legal History — Concepts, Methods, Challenges*, Thomas Duve ritorna a mettere in forse la bontà dell'approccio tradizionale della storia del diritto europeo. Riprende la lettura grossiana di un'« Europa del diritto » alla quale sicuramente riconoscere il merito della definizione di una cultura giuridica autrice di uno strumentario di diritto complesso e articolato, poi promosso inevitabilmente nell'approccio con l'« altro ». Questa posizione di forza è stata messa alla prova dalla *Global History* e dai *Postcolonial Studies*: la storia europea non è solo una storia di libertà, uguaglianza e fraternità; è anche una storia di violenza, oppressione, sottrazione. È la storia di un'ambizione egemonica consolidata nei secoli, è anche la storia del suo « dark side ». L'eurocentrismo è stato criticato, ridimensionato e contrastato da ragionamenti provincializzanti. Ecco come la storia del mondo si è potuta riscrivere, sganciandola da categorie e paradigmi storiografici europei cristallizzanti. La promessa della prospettiva globale è stata quella di migliorare la storiografia. La storia del diritto europeo ha dovuto fare i

conti con questa sfida, interrogandosi su Europa e non-Europa, sull'effetto di ciò che non è europeo sulla testualità giuridica europea, sull'influenza di un approccio *global*. La questione si complica se si considera che anche l'atteggiamento transnazionale della storia del diritto è stato pesantemente criticato. A questo punto, si chiede Duve, ha senso continuare ad usare concetti e metodi maturati dalla dottrina nella convinzione dell'esistenza di una sola spazialità giuridica europea? O sarebbe più opportuno immaginare e ricostruire « entangled histories »? Ecco perché è necessario verificare l'impostazione tradizionale della storia del diritto europeo, dai suoi assunti fondanti alle scelte metodologiche. È necessario un atteggiamento critico, di retrospettiva e prospettiva. Partendo da un'indagine sulla storia della disciplina a partire dagli anni del dopoguerra, Duve si interroga sulla storia della storiografia sull'Europa, per comprenderne le tradizioni che ne hanno condizionato il passo fino ad oggi. Ciò che emerge nelle storie del diritto è intanto un percorso binario Europa/Non-Europa, ed è chiara dunque la necessità di intervenire: quello che auspica è un'apertura metodologica della storia transnazionale alla prospettiva globale, con un ridimensionamento dell'Europa a « global region ».

Intimamente legata alla lettura, dunque, di questi 'intrecci' nella storia del diritto è l'intenzione ferma di considerare la storia del diritto « as a constant diachronic and synchronic process of 'translation' », e di ripensare le spazialità giuridiche. Dall'indagine sulla definizione di 'Europa', dalle radici romane ed ebreo-cristiane alla sua concettualità più storica che geografica, ai suoi confini 'flessibili', dall'ipotesi di una cultura giuridica europea alla presa di coscienza che la storia del diritto 'europea' « is not — and cannot be — written in a single book ». La storia del diritto europeo si conferma come luogo dell'« interplay of unity and diversity ». Si ritrova il motto dell'Unione, *in varietate concordia*, e si ragiona sulla costruzione dell'appartenenza per partecipazione ai modelli tipici (come può essere stato quello codificatorio). Parlare di 'europeizzazione del mondo', dando credito così alle teorie diffusioniste, non può essere considerato, comunque, politicamente corretto perché, per definizione, escluderebbe qualsiasi interconnessione globale e negherebbe i risultati dei dettagliati studi in materia di *reception*, *transfer* o *transplant*. Occorre interrogarsi invece sulle origini metodologiche della storia del diritto europeo, e Duve lo fa richiamando Weber e Toynbee, per quanto senza presunzione di esaustività. Si tratta poi di ripensare lo spazio, di parlare di aree giuridiche fluide, meglio intese come spazi transnazionali; di abilitare concetti come 'multinormatività' o 'traduzione culturale'. I processi di appropriazione e acculturazione di normatività in aree diverse sono stati riferiti al lessico della recezione, del trapianto, del *transfer*, o ancora dell'ibridità piuttosto che del *métissage*, tutti termini polisemici che Duve taccia di un'illusoria concretezza operativa: « They promise explanations, but only provide descriptions ». È da ripensare dunque il loro contributo

alla storia del diritto, senza mai rinunciare ai suoi riferimenti fondanti o, peggio, minare alla sua identità. Aprire a discorsività intra- e interdisciplinari, significa piuttosto confrontarsi con strumentari diversi; inquadrare nuove definizioni, prima fra tutte quella di 'multinormatività'; leggere il diritto come un processo continuo di traduzione culturale e scegliere come punto di vista privilegiato quello del conflitto. Così la storia del diritto può combinarsi agli studi locali in diverse aree, analizzarli con concetti e un dizionario utile ad una comunicazione interculturale, e cercare di integrare i risultati in un dialogo globale sulla normatività. Questo non significa condurre tutto ad una ricerca generalista: « Good 'Global history' is by no means *total* history, but the combination of local histories, open for global perspectives ». Bisogna cambiare abitudini, riflettere su metodo e teoria, lavorare con solidità sulle fonti con gli strumenti tipici delle aree coinvolte. Sarà questo l'approccio migliore per i nuovi studi di *Transnational Law*, che indagheranno « the entangled normative orders ».

L'articolo di Inge Kroppenber e Nikolaus Lindner, *Coding the Nation. Codification History from a (Post-) Global Perspective*, è dedicato ad un tema centrale della moderna storiografia giuridica, la codificazione, la stessa che Wieacker definiva una « delightful possession of the peoples of modern Europe ». Il funzionalismo strutturale dello stesso concetto di 'codificazione' determina inevitabilmente un approccio 'culturalista' all'analisi giuridica. Si prenda ad esempio il caso svizzero. Esso mostra chiaramente come identità collettive e gli stessi processi di *nation-building* si siano ottenuti attraverso codici, e come, dunque, la storia della codificazione debba essere riscritta da una prospettiva diversa, magari globale.

Un'altra analisi critica è quella offerta da Geetanjali Srikantan nel suo *Towards New Conceptual Approaches in Legal History: Rethinking "Hindu Law" through Weber's Sociology of Religion*. Dopo aver manifestato un'eloquente insoddisfazione per l'inconsistenza e la scarsa chiarezza concettuale degli approcci storiografici attuali, Srikantan riprende l'analisi critica di Gordon e le affianca quella di Frankenberg per concludere sulla necessità di reimmaginare gli studi di diritto comparato, riesaminare le relazioni così come emergono nell'uso dei concetti giuridici e delle categorie del *legal transplant*, dei *transfers*, dei *borrowings* o della *diffusion*, e dare nella nuova agenda della disciplina maggior spazio allo studio delle società. Ripercorre, dunque, la storia del *transfer*, in particolare, dalle intuizioni di Watson alle criticità così come evidenziate da Legrand e Cotterell, e premette l'impostazione di Said alla riflessione per cui « concepts such as 'religion', 'society' and 'community' have to be interrogated in order to understand how they operate in a milieu that is different from the West ». Il punto di partenza resta dunque utile allo studio del caso indiano. Srikantan guarda, in particolare, alla costruzione del diritto indù a partire dalla metà del diciannovesimo secolo, nel momento in cui cioè l'amministra-

zione coloniale inglese definiva il suo *body of law*, individuando nelle maglie di quel diritto molte più categorie 'familiari' al diritto europeo di quante non ne sapesse percepire il diritto indù stesso.

Segue l'analisi di Gerge Rodrigo Bandeira Galindo e del suo *Legal Transplants between Time and Space*. Muovendo dalle premesse dei *Postcolonial Studies*, l'autore conferma lo spazio a principio ordinante e irrinunciabile per la sua riflessione comparatistica, ma non si ferma qui. Il punto della sua indagine si sposta verso una dimensione temporale: « a legal transplant can be viewed as a collection of *experiences* that happened in one legal system and are *expected* to be realized in the future in a different legal system ». In particolar modo la storia, intesa come scienza giuridica o storiografia, può disporre metodologie e verifiche per comprendere al meglio i *legal transplants* nel doppio tempo, quello dell'*experience* e quell'altro dell'*expectation*. L'attenzione si rivolge, dunque, agli attori del *transplant*, e a quell'idea di 'progresso' e di tentate 'prognosi' sullo stato di salute dei sistemi donante e ricevente, idea che coinvolge inevitabilmente tanto il diritto comparato, quanto la storia del diritto.

Nella seconda sezione, *Empires and Law*, particolare attenzione viene rivolta ai *normative frameworks* così come appaiono in particolari contesti multiculturali, eredità degli imperi 'antichi', 'premoderni' e 'moderni', risultato comunque di processi di « diffusion and hybridization » operati dagli 'artigiani del transfer'. Il riferimento all'impero ritorna come ad una categoria *destruens* le storiografie nazionali, per rileggere gli *spaces of governance*. Il confronto con temporalità precedenti resta comunque fondamentale. L'impero emerge come spazio formale o informale, comunque come spazio di comunicazione utile all'evoluzione del diritto.

Emiliano J. Buis, in *Ancient Entanglements: The Influence of Greek Treaties in Roman "International Law" under the Framework of Narrative Transculturation*, rilegge la complessa interazione tra diritto dei greci e sistema giuridico dei romani alla luce dei trattati, in un'ottica che egli stesso definisce di « narrative transculturation ». L'osservazione è dunque volta a veri e propri fenomeni di 'ibridizzazione' tra identità diverse, funzionali alla creazione di una « single and complex society based on the adaptation of colliding (or complementary) perspectives ». L'idea di una *narrative transculturation* nasce e si sviluppa negli anni Settanta del secolo scorso, nel contesto emergente di una critica ai *Postcolonial Studies*, e ritorna utile a rappresentare le strategie di adattamento in contesti politici e culturali asimmetrici. Buis cita due intellettuali latinoamericani, Ortíz e Ramas per dimostrare come il loro contributo si sia rivelato significativo nella narrazione di storie di « entangled worlds », certo conseguenza dell'approccio *global* dell'impero spagnolo premoderno.

È rivolto all'impero spagnolo, « an empire built on law », è anche il contributo di Ana Belem Fernández Castro. Nel suo *A Transnational*

Empire Built on Law: The Case of the Commercial Jurisprudence of the House of Trade of Seville (1583-1598), l'autrice guarda alla giurisprudenza e riconosce le radici 'transnazionali' del governo e della giustizia della « composite monarchy »: la transnazionalità non deriva soltanto dal contributo di più nazioni (tutte parti della monarchia spagnola), ma anche e soprattutto, guardando all'attività giurisdizionale della *Casa de Contratación de las Indias*, al servizio reso ai mercanti non cittadini di Castiglia, vale a dire dall'assorbimento di pratiche giudiziali diverse, incorporate nella cultura locale. Fernández Castro parla di una forma emergente di « world trade » che contribuì alla diffusione delle pratiche giudiziali europee molto al di là dei confini del Vecchio continente. Il declino e la successiva implosione dell'impero spagnolo non solo spianarono la strada ai movimenti indipendentisti del diciannovesimo secolo e alla formazione dei nuovi ordinamenti giuridici nazionali, ma anche alla ricomposizione di nuovi assetti politici e territoriali tra vecchie e nuove potenze europee e i nuovi protagonisti americani.

Nel suo contributo su *Entangled up in Red, White, and Blue: Spanish West Florida and the American Territory of Orleans, 1803-1810*, Sean Patrick Donlan si interroga preliminarmente sulla bontà di un'analisi impostata sulle *entangled histories*, comunque diverse da quelle semplici *comparative histories* che finiscono con l'ignorare importanti dinamiche trans -territoriali e -nazionali, e i connessi discorsi sulle influenze. Impostato come un *case study* sull'esperienza giuridica e normativa della Florida occidentale spagnola agli inizi del diciannovesimo secolo, il saggio di Donlan non sottovaluta gli aspetti teorici legati alla costituzione dei *mixed legal systems*, assumendo un punto di vista transdisciplinare che coinvolge nella riflessione il diritto comparato, la storia del diritto, la filosofia del diritto e le scienze sociali. Si parla di *hybridity*, *diffusion* e resta forte l'approccio pluralista, devoto a dinamiche spazio-temporali ora acquisite, ora in costante cambiamento.

Il lavoro di Jakob Zollman, *German Colonial Law and Comparative Law, 1884-1919*, ripercorre l'atteggiamento 'd'ascolto' della Germania nei confronti delle esperienze coloniali delle altre potenze su questioni centrali nella gestione della cosa coloniale, dalle istituzioni di governo alle categorie speciali (come quella del protettorato o, in relazione al soggetto, del nativo), il tutto in un'ottica di diritto coloniale comparato che mette in evidenza acquisizioni e deviazioni del 'diritto coloniale tedesco'.

La terza sezione, *Analyzing transnational law and legal scholarship in 19th and early 20th century*, è dedicata più dettagliatamente ai *case studies*. Guardando al diritto transnazionale e alla dottrina giuridica tra diciannovesimo e ventesimo secolo, il diritto comparato emerge a « natural practice », acquisita nei processi di osservazione, imitazione, traslazione, anche negli studi sulla formazione degli ordinamenti giuridici, nazionali e internazionali. Il mondo stava cambiando. Aumenta-

vano i contatti internazionali, il vero volano della creazione di quella « global knowledge » nel campo del diritto. In Europa, ma non solo, si registrava un incremento dell'attività legislativa che raccoglieva tutte le esperienze ed eredità, anche coloniali, del passato, combinandole a specifici percorsi in ambito economico, sociale e politico. Una trasformazione epocale, dunque, determinata anche dal peso delle migrazioni dei gruppi elitari il giorno dopo le rivoluzioni e (da non trascurare) delle innovazioni della tecnica, con la conseguente maggiore velocità di scambio delle informazioni. Ordinamenti dapprima esclusi, o comunque, fuori portata come il Giappone o la Cina, intensificavano la loro comunicazione transnazionale grazie ai processi di *law-making*, all'osservazione, ai viaggi, alla mediazione diplomatica, allo scambio di oggetti, informazioni e libri. Guardando ora ai *case studies*, ora all'emergere di una comunità scientifica transnazionale, i contributi dell'ultima sezione vanno a indagare come queste storie di cambiamento siano state scritte. Nel saggio di Francisco J. Andrés Santos, *Napoleon in America?*, per esempio, si guarda al 'viaggio' del codice civile napoleonico in America latina dal punto di vista europeo. La scommessa che giuristi e politici dovettero affrontare in quel momento fu quella della scarsa preparazione e delle grandi responsabilità. Era necessaria una certa versatilità d'azione in ambito politico, economico e diplomatico. Il processo codificatorio in America latina viene ricostruito nell'ambito di una complessa ed eterogenea situazione politica: sicuramente il codice portò (e in breve) una serie di benefici, sia sul piano linguistico, che tecnico-giuridico, causa il profondo senso di ammirazione nei confronti di Napoleone e del suo progetto codificatorio, considerato di gran prestigio. Questo giustificava le due ondate d'approccio alla codificazione, meramente di traduzione la prima, più maturo e consapevole quello della seconda, a ridosso del quale è più facile azzardare il riferimento ad una fusione tra la tradizione spagnola e il modello francese.

Nell'articolo di Agustín Parise, *Libraries of Civil Codes as Mirrors of Normative Transfers from Europe to the Americas: The Experiences of Lorimier in Quebec (1871-1890) and Varela in Argentina (1873-1875)*, in una « veneration of the words » del diritto scritto, si continua a parlare di codificazione nelle Americhe. Particolare attenzione è rivolta ai processi di comparazione, traduzione e adozione di soluzioni normative per la codificazione del diritto civile, nonché al ruolo determinante dei giuristi negli studi preparatori, preziosi nell'operazione che Parise definisce di *bricolage* di pezzi europei e latinoamericani utili alla costruzione dei codici nazionali. Il contributo pone in risalto il lavoro di due giuristi, de Lorimier e Varela, che, in luoghi diversi, Quebec e Argentina, e negli anni Settanta dell'Ottocento, ricostruiscono l'apparato di fonti formali di diversa natura e origine sulla codificazione, *libraries* di codici civili che funzionano un po' a « mirror of normative transfers »,

specchi cioè, capaci di restituire « a true description of something else ».

Eduardo Zimmermann, in *Translations of the "American Model" in Nineteenth Century Argentina: Constitutional Culture as a Global Legal Entanglement*, continua il percorso latinoamericano guardando alla costruzione del diritto argentino e al dialogo transnazionale in campo costituzionale, e ricostruisce la produzione letteraria degli 'artigiani del transfer' in termini di traduzioni e manuali, tutti testimoni di una graduale acquisizione del linguaggio del costituzionalismo liberale e, di conseguenza, di una cultura costituzionale frutto dell'incontro del modello originale con i tanti adattamenti e interpretazioni prodotti dai traduttori locali. Mosso dalla convinzione per cui « exchange is not linear, but a complex, process of knowledge creation brought into being by international networks, communication processes as well as local conditions », Zimmermann arriva a ricreare il mondo in cui questi modelli vengono letti, interpretati e trasformati in America, non mancando di sottolineare lo 'spirito' del giurista argentino, frutto di quel « global legal entanglement », così come vien fuori dalle traduzioni piuttosto che dai manuali, e di proporre lo studio del costituzionalismo latinoamericano come utile a denazionalizzare la prospettiva storica di ogni paese.

Stesso approccio si ritrova nel contributo di Bram Delbecke, che in *Modern Constitutionalism and Legal Transfer: The Political Offence in the French Charte Constitutionnelle (1830) and the Belgian Constitution (1831)* mette in dialogo le storie del costituzionalismo belga e francese. Il costituzionalismo moderno è assunto a « the most important element in recent history of public law ». Il *transfer* del modello costituzionale franco-belga apre e guida l'impostazione del caso studio e prova a fornire un'interpretazione del costituzionalismo moderno nell'ambito di una storia globale che, senza tagliare fuori la 'vecchia storia del continente', non si limiti semplicemente ad evidenziare i punti di contatto tra una costituzione ed un'altra, ma provi ad individuarne ed enfatizzarne le differenze, guardando soprattutto al rapporto tra società civile e istituzioni politiche.

Il saggio di Lea Heimbeck, *Discovering Legal Silence: Global Legal History and the Liquidation of State Bankruptcies (1854-1907)*, partendo dall'assunto per cui la storia del diritto globale offre diversi strumenti per affrontare lo studio di questioni *cross-border*, propone il tema della liquidazione degli stati in bancarotta tra diciannovesimo e ventesimo secolo, tema ignorato dalla storiografia giusinternazionalistica, se non per alcune sporadiche riflessioni di autori cittadini di stati creditori europei (Gran Bretagna, Francia, Germania). Ecco la ragione della necessità di usare una storia del diritto globale, nota Heimbeck, partendo dai casi studio dell'Impero ottomano, dell'Egitto e del Venezuela (tutti stati debitori non-europei), e dall'evidenza di un limite, quello dell'approccio eurocentrico della riflessione sul tema del debito

pubblico. Guardando al diciannovesimo secolo, in particolare, un primo ostacolo all'analisi fu sicuramente la difficoltà da parte del diritto internazionale di riconoscere il problema dei fallimenti (sensibilmente economico) come interno alla disciplina e, allo stesso tempo, la volontà chiara e precisa dei governi di conservare una certa libertà d'azione nei confronti degli stati debitori. Cosa decidere e come comportarsi era e doveva rimanere una prerogativa dello stato, rimessa alla valutazione del singolo caso, e comportava l'azione politica o militare. Questo demotivava l'impegno della giusinternazionalistica. Nel tempo poi, l'assenza di una riflessione globale, ha finito col lasciare scoperto il tema. Resta ora l'urgenza di uno studio che non si limiti ad una prospettiva statocentrica, e che finalmente superi questo « blind spot » nel diritto internazionale.

E di superare le tradizionali storie del diritto internazionale di prospettiva statocentrica dice anche Clara Kemme nel suo *The History of European International Law from a Global Perspective: Entanglements in Eighteenth and Nineteenth Century India*. Il lavoro ripercorre la storia del diritto internazionale come diritto degli stati sovrani (e civili) d'area euro-americana. Facendo sua la tesi di Becker Lorca, Kemme abilita l'appropriazione a atteggiamento utile e necessario ad una universalizzazione della disciplina, a partire dal ventesimo secolo. Il suo sguardo è rivolto all'India, abitualmente marginalizzata dal diritto internazionale, al suo percorso d'adozione del diritto internazionale europeo e a come esso è stato finalizzato. La linea è dunque quella di ritenere indispensabile ai fini della costruzione di una prospettiva globale della storia del diritto l'attenzione alle prassi locali, utile a regionalizzare e, dunque, ridimensionare, l'approccio eurocentrico del diritto internazionale. Da una prospettiva asiatica, prima dell'egemonia europea, le interazioni tra realtà politiche erano regolate tenendo fede ad una specifica visione del mondo, dove ad avere la meglio erano il diritto internazionale islamico, quello indù e quello confuciano. Individuato un altro nervo scoperto della storia del diritto internazionale, quello relativo ai primi processi di partecipazione del diritto internazionale europeo ai sistemi giuridici locali in Asia, Kemme ricostruisce questa fase delle origini del controllo britannico sugli stati indiani fino alla loro sostituzione con un nuovo sistema regionale, ed evidenzia le caratteristiche del periodo di transizione monopolizzato dal ruolo mediano della *East India Company*.

Del rapporto tra « globalizing models » e traduzioni locali tiene conto anche il contributo di Michele Pifferi a proposito di *Global Criminology and National Tradition: The Impact of Reform Movements on Criminal Systems at the Beginning of the 20th Century*, nel momento in cui si potevano apprezzare le prerogative scientifiche di uno specialismo che condivideva la dimensione globale perché fondato sull'idea di una conoscenza scientifica progressiva e universale, ma differentemente applicata in differenti contesti. Nell'assunto della « global dimension »,

riconoscere le diverse mentalità, assieme al diritto costituzionale e alle tradizioni del pensiero giuridico, contribuisce infatti al processo di differenziazione e formazione delle peculiarità nazionali in campo criminologico, specie nei primi decenni del ventesimo secolo. Ancora una volta, uno studio sulla dimensione transnazionale del diritto finisce, come attraverso un prisma, col proiettare storie locali su storie globali e con l'ammettere il bisogno di una maggiore consapevolezza delle traduzioni di questa circolazione di idee e modelli.

ELIANA AUGUSTI

Paradoxes of Peace in Nineteenth Century Europe, edited by Thomas Hippler, Miloš Vec, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 304.

La rappresentazione dell'allegoria della guerra e della pace realizzata dall'artista americano Adam Rake incornicia il volume, riassumendo visivamente e anche con molta efficacia il suo contenuto: quando la pace è guerra e quando la guerra è pace. Due concetti opposti, antitetici, pericolosamente interscambiabili e intimamente attratti, attorno ai quali la storia dell'uomo ha costruito la sua intera esistenza.

In una società in cui oggi domina costantemente un abuso della terminologia « pace » tanto nelle relazioni umane quanto a livello internazionale e in cui si assiste alla mistificazione di essa, attraverso cieche logiche di mercato e politiche, spesso nascoste dietro le sembianze di estremismi religiosi, etnici e culturali, è necessario un approccio storico che (ri)costruisca in modo critico, metodologicamente corretto e preciso, un aspetto della storia che spesso si preferisce non vedere o rilegare nel silenzio.

Thomas Hippler e Miloš Vec offrono in questo senso un'analisi dettagliata, privilegiando sfaccettature, intrecci e zone d'ombra del XIX secolo, per cui la pace, in modo paradossale, molto spesso significava qualcosa d'altro. La ricerca è articolata sullo studio delle relazioni tra la pace e i concetti cardine dell'Europa ottocentesca, quali la sovranità, l'umanità, l'impero, la civiltà, la cristianità e il colonialismo.

Se è vero che « raccontare la storia della guerra e della pace in bianco e nero è, sul piano teorico, non solo discutibile, ma semplicemente sbagliato », allora si potrà senz'altro affermare che essa debba essere sempre contestualizzata, storicizzata a livello europeo e anche a livello globale (p. 10). L'esigenza di fare chiarezza sulla pace come « concetto polemico » riveste un profondo significato che affonda la sue radici nella storia dell'umanità e nella storia del concetto stesso. La

storia della pace ha i suoi limiti perché tende ad essere a-storicizzata, idealizzata e privata di qualsiasi quadro storico, culturale e sociale. Infatti, il rischio che si corre è quello di scrivere una storia in cui la pace abbia una sola definizione, con analoghe caratteristiche nel tempo e nello spazio.

L'obiettivo del libro è, invece, quello di discostarsi dal presupposto che esista «la pace» come entità stabile, fissa, duratura e immutabile, al contrario, guerra e pace si relazionano necessariamente l'una all'altra in un rapporto instabile e conflittuale. La pace, come argomentato dai curatori, è un «valore qualificato», identificato in una determinata forma, che implica una stretta connessione con l'ordine nazionale e internazionale, entrambi a loro volta legati. Ed è per questo motivo che i vari contributi all'interno del testo si calano nella realtà dell'Ottocento, attraverso uno studio che contestualizza la terminologia, l'uso e la sua concreta applicazione. Nel XIX secolo si assiste ad un numeroso panorama di norme sociali, giuridiche, politiche che delineano una propria rappresentazione della pace; vi sono una pluralità di attori che ne definiscono la portata; valori per i quali debba essere «esportata» e questioni economiche che prendono le sembianze della pace.

Quattro sono, dunque, le macroaree su cui si snoda l'indagine.

La prima area è dedicata al diritto internazionale, al ruolo rivestito dagli avvocati internazionalisti per la definizione della pace, per i tentativi di codificazione ottocenteschi e per la concreta attuazione degli arbitrati internazionali. I saggi presenti mettono in rilievo quanto lontane fossero le elaborazioni teoriche rispetto alle esigenze che venivano avvertite dall'opinione pubblica, sia riguardo alla pace sia riguardo alla guerra.

Miloš Vec, utilizzando come fonti principali le enciclopedie politiche e giuridiche pubblicate nell'Ottocento in Germania, in Francia e in Italia, illustra la drastica riduzione del termine pace alla sola sfera delle relazioni e dei trattati internazionali. Ciò che viene dimostrato è la mancanza di una filosofia della pace all'interno della corrente principale del diritto internazionale e, al tempo stesso, la constatazione che essa non fosse un concetto chiave su cui si fondavano i sistemi giuridici internazionali. Viceversa, non vi era alcuna interdizione generale della forza, che era vista come naturale e proveniente dai principi del dogma della sovranità. L'influenza, tuttavia, della dottrina kantiana contribuì alla creazione di specifiche voci all'interno delle enciclopedie giuridiche dedicate alla pace perpetua e alla combinazione della stessa con la pace. Il risultato di queste posizioni è stato l'emergere di un dualismo: la «pace» rientrante all'interno del diritto positivo e del diritto internazionale e la «pace perpetua» legata, invece, alla filosofia del diritto, al diritto naturale e alla teoria del diritto. Il riduzionismo e l'unilateralità della pace incontrarono un limite quando gli internazionalisti si resero conto che la loro formulazione non rispondeva alle

esigenze avvertite dal crescente dibattito pubblico: è stato solo allora che gli avvocati stessi hanno iniziato ad impegnarsi in molteplici programmi e ciò che « had seemed impossible for the formalistic jurists of the early nineteenth century had thus become an option for international lawyers around 1900-peace as a juridical 'justification narrative' for imperialism and aggression in international law » (p. 36).

La codificazione è stato un segno distintivo durante tutto il corso del XIX secolo e cercò di coinvolgere, seppur in ritardo rispetto alle altre discipline, anche il diritto internazionale. Gli avvocati internazionalisti intravidero nel codice e nella risoluzione delle controversie tramite l'arbitrato, specifici strumenti per realizzare e costruire la pace all'interno delle relazioni internazionali. I limiti, le debolezze e gli aspetti critici di un codice di diritto internazionale sono analizzati da Eliana Augusti, la quale si concentra sull'apporto italiano, mettendo in rilievo luci e ombre della disciplina internazionalistica. Partendo dalle riflessioni elaborate da Jeremy Bentham in *Principles of International Law*, vengono presi in considerazione i primi progetti di codice elaborati da Lorenzo Collini, Augusto Paroldo, Pasquale Fiore e Girolamo Internoscia. Mentre la situazione europea a livello politico, geografico, sociale e nazionale lungo il corso dell'Ottocento assumeva connotati differenti, il diritto internazionale si allontanava sempre più dal diritto naturale e dalla diplomazia, aspirando alla sua più completa professionalizzazione e scientificizzazione. L'Autrice, all'interno di questo complesso contesto, esamina le problematiche inerenti ai tentativi di codificazione, che si inseriscono in una ottica molto particolare, perché accanto alle istanze positivistiche che emergevano nel diritto internazionale, bisognava tener conto anche del carattere universale della disciplina e delle relative peculiarità.

Il contributo di Kristina Lovrić-Pernak ha invece ad oggetto l'arbitrato internazionale, il problema della sua attuazione e dell'imposizioni di sanzioni internazionali. In modo particolare la ricerca si snoda su due aspetti specifici presenti nella dottrina internazionalistica del XIX secolo: in primo luogo viene analizzato in che modo l'istituzionalizzazione dottrinale dell'arbitrato abbia conseguentemente portato all'inclusione della guerra, per cui si realizzava la corrispondenza (quasi matematica) del fine identificato nella pace e della sanzione individuata nella guerra. In secondo luogo viene illustrato quanto la crescente giustificazione giuridica dell'arbitrato e la necessità delle sanzioni fossero dettate da norme che dipendevano dalla morale. La dottrina rappresentata da diversi autori quali, ad esempio, Carlos Calvo, Edouard Eugène François Descamp, Heinrich Lammasch, si serviva, al fine di rivendicare l'autorità dell'arbitrato internazionale nei confronti degli stati, argomenti legati squisitamente ai modelli naturalistici della moralità. Il paradosso che si realizza è l'affermazione della comunità internazionale, in cui la guerra non solo era un ulteriore

mezzo della politica, ma era il mezzo risolutore per il perseguimento di obiettivi pacifici.

La seconda macroarea del volume è dedicata all'economia. Le posizioni di Adam Smith, di Friedrich List ed alcuni aspetti della pace anche all'interno commercio internazionale sono al centro del saggio di Thomas Hopkins, il quale, dopo una introduzione sulle teorie economiche tra la fine del XVIII e il XIX secolo e, in particolare, sul pensiero di Constant, si sofferma sulle sostanziali differenze tra i due celebri economisti, illustrandone il loro impatto all'interno della comunità internazionale. L'investigazione si concentra sugli sviluppi del commercio internazionale attraverso la visione di Adam Smith riguardo all'economia cosmopolitica o universale e quella di List sull'economia politica o nazionale. Il liberismo economico, teorizzato da Smith, veniva considerato da List come uno strumento di dominio dei paesi industrializzati su quelli più arretrati. Solo attraverso un intervento protezionistico dello stato anche i paesi più in difficoltà avrebbero potuto affrontare la prima fase dell'industrializzazione, al riparo della concorrenza straniera. Per List, infatti, gli stati che non avessero ancora raggiunto la piena efficienza industriale, avrebbero dovuto difendersi dalla concorrenza mediante dazi protettivi, e soltanto dopo aver conseguito questo intento avrebbero potuto, senza pericolo, adottare un libero scambio che realizzasse l'ideale economico del maggiore benessere. Al tempo stesso questa posizione conservava però un paradosso nei riguardi della pace perché « it would not lead to a world in which trade negated international rivalries, but rather reshaped them, and with them the very form and purpose of the state. The future may not belong to the nation states of List's imagination, but the difficulties of integrating unequally situated states into international trade regimes remain as a potent challenge to the political imagination » (p. 91).

Con Niels P. Petersson la ricerca si sposta, in prospettiva europea, verso il libero commercio nell'economia globalizzata. Uno degli argomenti principali del pensiero liberale e radicale dell'Ottocento era fondato sulla stretta connessione tra il libero commercio e la pace internazionale. Nonostante alla fine del XIX secolo si fosse assistito alla globalizzazione dell'economia internazionale e all'intenso sviluppo della comunità internazionale, il collegamento tra il libero scambio e le relazioni internazionali era diventato progressivamente sempre meno semplice. Partendo da queste premesse, l'Autore illustra alcune teorie storiche e attuali che collegano il libero scambio alla pace, analizza la tensione tra geopolitica e diritto internazionale e le diverse concezioni di stati, mercati e la loro dinamica controversa. Ampio spazio è dedicato alla disamina di concreti esempi del binomio « pace e commercio », in cui emergono i rapporti ambivalenti tra l'imperialismo e i contraccolpi protezionistici, tra la globalizzazione economica e le diverse teorie sull'interazione tra il potere statale e il commercio nell'età del naziona-

lismo. In alcuni casi, infatti, il libero commercio diventava un motivo di conflitto armato, piuttosto che un rimedio contro la guerra.

Debiti statali e insolvenza sovrana sono analizzati da Lea Heimbeck, la quale sottolinea come la relazione tra queste due patologie abbia costituito la creazione di una idea di pace contraddittoria e più incline all'intensificazione del potere e della forza. Durante i secoli XIX e XX, l'aumento dei *default* statali era direttamente proporzionale al crescente numero di transazioni commerciali internazionali. L'assenza di una precisa normativa nel diritto internazionale era causata dal mancato riconoscimento da parte dei giuristi dell'istituto dell'insolvenza sovrana, che, rilegato alla sfera squisitamente economica, non trovava spazio all'interno del diritto internazionale. Di conseguenza si registrava una flessibilità per quanto riguarda la regolamentazione delle transazioni finanziarie e la decisione sulla gestione delle insolvenze sovrane. Gli stati creditori spesso utilizzavano diverse forme di rappresaglia e talvolta, paradossalmente, fecero ricorso alla forza e agli occhi della comunità internazionale: « New problems arising out of cross-border financial relations did not simply pacify state relations or foster power structures. In fact, they did both: yet, they did not lead to either the one or the other result but to both consequences at the same time—they constituted each other. Hence, such financial transactions and the measures dealing with their failure were Janus-faced, forming a paradox of peace » (p. 127).

La terza sezione è dedicata agli attori dell'Ottocento, coloro che hanno costruito e agito all'interno del panorama internazionale: il Concerto europeo, la Santa Alleanza, i Congressi di Pace di Parigi del 1849 e di Ginevra 1867, le associazioni pacifiste e il Consiglio internazionale delle donne. Matthias Schulz delinea come a seguito delle guerre napoleoniche, l'ordine egemonico delle grandi potenze europee abbia associato e ricondotto la pace ad una sorta di codice accettabile per un'ampia maggioranza di attori statali. L'analisi che viene proposta si articola attraverso una disamina storica e politica del Concerto europeo e del suo ruolo per il mantenimento della pace. Esso, infatti, si poneva contro l'egemonia e l'aggressione e a favore della protezione degli stati più piccoli. Tuttavia il Concerto agiva da un lato per ragioni inerenti alle ambizioni politiche e alle rivalità statali e dall'altro aveva come scopo la tutela e la responsabilità degli stati stessi. Ben presto, però, si svilupparono fini che non erano visibili immediatamente: il Concerto sostenne, per motivi strategici, cause apparentemente umanitarie, diventando successivamente uno strumento per le mire imperialistiche ed espansionistiche in nome della missione civilizzatrice europea.

La ricostruzione della Santa Alleanza effettuata da Adrian Brisku, dà rilievo ad elementi ideologici, laici e religiosi che s'intrecciano con le logiche di potere, facendo emergere il vero carattere nascosto dietro l'obiettivo del mantenimento di una pace duratura. L'Autore articola il

saggio attraverso uno studio che coinvolge una pluralità di livelli, tenuti insieme dal fine della pace. La Santa Alleanza, infatti, intesa come progetto di pace in Europa, basata sull'unità e sulla solidarietà cristiana, era paradossale, alla luce soprattutto dell'esperienza storica europea e delle reali mire espansionistiche che gli stati dell'epoca conservavano. Senza dubbio, essa è stata anche un'articolazione suggestiva di intenzioni, ambizioni, potere geopolitico della Russia con gli altri firmatari. Combinando strategicamente vocaboli laici e religiosi, i termini, i metodi liberali e reazionari, il progetto di pace della Santa Alleanza dello zar Alessandro I, si palesava nella sua interezza come una sorta di « isola » attraente sia per l'impulso di autoconservazione, sia per quello egemonico.

Il desiderio della pace non veniva tuttavia solo sentito a livello internazionale, ma anche a livello di associazionismo civile e di manifestazioni pacifiste. Tuttavia l'attivo impegno per pace assumeva rilievi molto singolari. Nel XIX secolo si è assistito, come dimostra Thomas Hippler, ad un vigoroso movimento transnazionale di pacifismo liberale che ha generato il grande paradosso della guerra contro i nemici della democrazia. Prendendo in considerazione la formazione delle prime associazioni pacifiste, i congressi per la difesa della pace, quale *in primis* il Congresso di Pace di Parigi del 1849 e quello di Ginevra del 1867, l'Autore mette in relazione quanto il principio di nazionalità abbia influenzato il concetto di pace stessa, per poi divenire progressivamente sostituito dal principio democratico. Ciò significa che nel corso dell'Ottocento all'interno della nozione di democrazia vi erano aspetti tipicamente riconducibili e riferibili alla nazione, ma al tempo stesso si generava un concetto pace legato al tema della persona singola, alle sue capacità morali e intellettuali, alla ragione e alle sue aspirazioni naturali, politiche ed economiche. Gli obiettivi dei movimenti pacifisti liberali, per arginare la drammaticità della guerra, si trovano così ben riassunti nel motto di Charles Lemonnier secondo cui la pace nasceva dalla libertà e la libertà dall'istruzione.

La pace investigata attraverso le logiche di inclusione ed esclusione delle donne nell'Ottocento è il tema del saggio di Susan Zimmermann, la quale illustra e sviluppa i passaggi che hanno portato alla fondazione nel 1888 a Washington dell'*International Women's Council*, con l'obiettivo di sostenere gli interessi femminili in tutti i campi della vita associata. L'investigazione predilige la ricostruzione di « some of the silences, recurrent discursive strategies, tensions, and conflicts in the peace work and the institutional policies of the ICW » (p. 213). Il ruolo delle donne, infatti, all'interno della società si intreccia inevitabilmente con i concetti di pace e di guerra che vengono dall'Autrice approfonditi attraverso la partecipazione attiva delle donne nei movimenti pacifisti. Questa presa di coscienza aveva un duplice impatto: a livello internazionale come eco della presenza delle donne nelle dinamiche politiche e a livello nazionale per far sentire la propria voce nei complicati

meccanismi e dinamiche relative « al genere » nei differenti contesti statali.

La quarta macroarea si rivolge ai valori della civilizzazione che risultavano essere un fertilissimo terreno per l'esportazione della pace e per la realizzazione di un fine squisitamente coloniale. In quest'ultima sezione sono presenti contributi che analizzano molteplici aspetti del rapporto tra l'Europa e il resto del mondo quali: il concetto di « barbaro », la missione civilizzatrice europea e americana, le complicate relazioni tra la religione, gli aspetti culturali e il diritto internazionale. Oliver Eberl, ricostruisce la figura dei « barbari » attraverso un *excursus* storico-filosofico che inizia dell'antica Grecia. Nello specifico viene presa in considerazione la posizione di Aristotele, secondo cui i barbari sono « schiavi di natura », sino ad arrivare alle teorie di Adam Smith e Adam Ferguson, allo sviluppo del termine « civilizzazione », dedicando ampio spazio alla posizione di John Stuart Mill, alle sue riflessioni sulla dominazione coloniale e sul diritto internazionale. Lo studio prende in considerazione il cosiddetto *Indian Removal Act* degli Stati Uniti d'America, che venne emanato nel 1830, con il preciso scopo di perseguire una pacifica missione civilizzatrice attraverso l'espropriazione della terra, il trasferimento forzato degli indiani dalle regioni sudorientali degli Stati Uniti verso quelle meno ospitali dell'Ovest e di conseguenza la progressiva sistemazione dei nativi nelle riserve.

L'obiettivo del saggio di Stefan Kroll è, invece, di indagare sul passaggio tra il diritto naturale e la positivizzazione del diritto internazionale nell'Ottocento, illustrando il vivo dibattito che nasceva attorno alla percezione, da parte degli avvocati internazionalisti, della disciplina intesa come positiva e la natura ibrida delle dottrine giuridiche. Con l'espressione « guerre culturali » l'Autore chiarisce la tensione tra le due epistemologie legali, dimostrando che il conflitto tra il diritto naturale e il diritto positivo non fosse un dibattito puramente giuridico, ma fosse incorporato nella controversia più ampia riguardante lo scontro tra i governi liberali-protestanti e la Chiesa cattolica. Successivamente la ricerca si articola sull'analisi del cambiamento del modello del diritto internazionale nel momento in cui si sono instaurate le relazioni tra l'Europa e gli stati non-Europei, argomentando che dinnanzi alla sfida di integrare i rapporti giuridici per le società non europee, gli internazionalisti, nel loro pensiero giuridico squisitamente eurocentrico, preferirono ripiegare su identità culturali e religiose, invece di confidare nel loro impegno positivista. Lo studio privilegia le posizioni della dottrina del diritto internazionale e le logiche politiche e imperialistiche dell'Europa dell'Ottocento, per mettere in evidenza tutte le profonde e strutturali contraddizioni del missione civilizzatrice europea.

I complessi rapporti tra l'Impero Ottomano e l'Europa sono studiati da Mustafa Aksakal, il quale ripercorre l'*iter* che ha condotto la Sublime Porta a conformarsi progressivamente sempre più ai canoni europei, al fine di partecipare al mantenimento della pace internazio-

nale, sino ad arrivare alla costituzione della forma repubblicana nei primi anni del Novecento. Il meccanismo adottato dall'Impero rispondeva ad una sorta di « europeizzazione » che coinvolse diversi settori: militare, educativo, legislativo, culturale e amministrativo. Tuttavia il processo fu attuato con l'uso della militarizzazione e dell'islamizzazione come rimedi politici forzati, contribuendo così alla formazione di uno stato molto più centralizzato. Attraverso tale sistema l'Impero Ottomano entrava a far parte del Concerto europeo: « Only once the empire had participated in an internationally sanctioned population exchange and transformed itself into an ethnically homogeneous, European-style nation state, was it permitted to reassert its sovereignty and independence as the Republic of Turkey and become part of the international system » (p. 257).

Questo viaggio all'interno del concetto pace nell'Ottocento, che ha visto coinvolte diverse sfere quale quella politica, internazionale, sociale, culturale, religiosa si conclude con le lucide riflessioni di Bo Stråth. La sua analisi prende in esame il concetto di pace perpetua nella sua multiforme veste ironica, utopica e politica. L'Autore, partendo dai progetti di pace settecenteschi, tra cui quello dell'abate Saint-Pierre, si sofferma sul pensiero kantiano per poi illustrare le contraddizioni ottocentesche, dove i congressi di pace dell'Aia nel 1899 e nel 1907 hanno rappresentato l'*acme* del progetto del diritto internazionale e del tentativo degli internazionalisti di « canalizzare il sogno utopico di pace all'interno di direzioni pragmatiche » (p. 281). La storia del XX secolo insegna quanto tali intenzioni abbiano, invece, dovuto scontrarsi con un panorama internazionale ben diverso che ha portato drasticamente all'instaurazione dei totalitarismi e al drammatico epilogo dei due conflitti mondiali.

Il richiamo a George Orwell, al suo *1984* e ad uno dei tre celebri slogan del Soving, « la guerra è pace » è calzante e racchiude perfettamente l'obiettivo fondante del volume. I differenti contributi che da numerosi punti di vista, tematiche e argomentazioni indagano sulle complesse relazioni e sui reali significati attribuibili alla « pace » nell'Ottocento, sono un terreno fertilissimo per aprire un dialogo sulla contestualizzazione storica della pace e sugli incredibili significati che essa può assumere. La pace è simile ad un prisma dalle innumerevoli sfaccettature che si infrange nei molteplici e contraddittori intrecci tanto nazionali quanto internazionali, e riflette la realtà dinamica dell'uomo, per cui essa si genera, si costruisce e assume determinati valori e contenuti in ogni stagione e civiltà umana.

ELISABETTA FIOCCHI MALASPINA

FASCISMO E DIRITTO
(a cura di IRENE STOLZI)

FERRAN GALLEGÓ, *El evangelio fascista. La formación de la cultura política del franquismo (1930-1950)*, Barcelona, Crítica, 2014, pp. 979.

Pocos terrenos como la historia política contemporánea de España para corroborar la validez de aquel aforismo orwelliano a tenor del cual la historia la escriben los vencedores. Llama la atención cómo, en el imaginario popular, ha conquistado un arraigo casi irrevocable la imagen de la dictadura franquista como una suerte de régimen autoritario, paternalista y tradicional, pero bien alejado de los totalitarismos europeos de referencia, ante todo del alemán. Se llega a admitir que los comienzos pudieron ser violentos, pero el alcance de la aceptación queda de inmediato moderado al matizarse que se trató de una guerra civil, donde la violencia fue ejercida de forma brutal por ambos bandos. Y se reconoce la evidencia del radicalismo de los arranques, pero a costa de entender que las inclinaciones totalitarias del primer franquismo no fueron más que emulación refleja de las otras dictaduras europeas, una especie de máscara que, mudado el contexto internacional, cayó por el suelo dejando al descubierto la esencia católica y nacional que siempre había tenido el régimen, en el interior del cual el fascismo auténtico no había sido más que una familia minoritaria, insignificante y muy pronto arrinconada. Y dicho núcleo católico y nacional imperecedero, colocado ya en el escenario de la Guerra Fría, no haría sino demostrar de forma retrospectiva la anticipación de los contrarrevolucionarios españoles en la principal tarea para preservar la cultura occidental: la de combatir el comunismo.

No han faltado los autores que, desde las ciencias sociales y con apariencia de rigor, han prestado fundamento indirecto a este relato, insistiendo en la diferencia entre la dictadura de Franco, mero régimen autoritario con cierto espacio para las libertades, y los sistemas verdaderamente totalitarios. La diferenciación tipológica llega a servir incluso para sustraer la condición totalitaria al régimen fascista ita-

liano ⁽¹⁾, que presentaría estos rasgos solo al final de su andadura, pero ya mediando el deletéreo influjo germánico ⁽²⁾. Con semejante dicotomía, el totalitarismo terminaría siendo un fenómeno muy acotado, circunscrito a la Alemania del III Reich y a la Rusia de Stalin, o a la soviética sin más, y vinculado a la intensidad de la represión y a la cifra concreta de sus víctimas. Sin embargo, a nadie escapa que, cuando de clasificar las experiencias históricas en modelos teóricos se trata, los resultados se encuentran predeterminados por las referencias e índices escogidos para la clasificación. Diríase que en el caso que nos ocupa, solo la existencia extendida de campos de exterminio, el consiguiente reguero interminable de víctimas y un pretendido control total de la sociedad por parte del poder estatal expedirían la autorización correspondiente para hablar de totalitarismo. Todo lo demás caería en el terreno de las dictaduras tradicionales y los regímenes autoritarios.

Las cosas pueden incluso complicarse hasta desde este punto de vista. Bien nota es la valiosa reconstrucción del Estado nacionalsocialista, no cual *Leviathan* omnipotente, sino como *Behemoth* en el que el poder campaba a sus anchas sin regla alguna que lo limitase, disponiendo arbitrariamente de la vida, algo incompatible con el control centralizado de todos los movimientos sociales que se presupone al totalitarismo. Para el caso del III Reich, la mejor historiografía ha subrayado además la imposibilidad estructural de mantener bajo vigilancia a toda la población con los efectivos dedicados a la seguridad y el orden público, dato que obliga a localizar otros mecanismos, mucho más eficientes, para la generación de consensos generales y adhesiones masivas, que ya no son privativos, al menos a nivel de intenciones, de la Alemania de Hitler ⁽³⁾. E incluso si la tarea consiste en hacer recuento de víctimas, los planes efectivos de exterminio del enemigo aplicados por los militares golpistas en España desde un primer momento, las numerosísimas ejecuciones, extrajudiciales o con simulacros de juicio, realizadas en zonas ocupadas y el largo aliento de la represión durante los años cuarenta colocarían a la dictadura de Franco, sin ningún género de duda, en el grupo de los sistemas proporcionalmente más sanguinarios.

(1) Sabino CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, il Mulino, 2010, « V. Uno Stato totalitario? ». Ni las eventuales continuidades con el Estado liberal, ni las exaltaciones de la comunidad popular que dan base al Estado, ni la integración disciplinada de la sociedad en los aparatos estatales son elementos que resten totalitarismo, a no ser que se utilice un tipo teórico en exceso restringido.

(2) Renzo DE FELICE, *Mussolini il Duce. Lo Stato totalitario, 1936-1940*, Torino, Einaudi, 1981.

(3) Me refiero en especial al capítulo de las políticas sociales, seña de identidad, tanto retórica como efectiva, de las dictaduras de entreguerras: Götz ALY, *La utopía nazi: cómo Hitler compró a los alemanes*, Barcelona, Crítica, 2006.

Otros han de ser los factores distintivos de un Estado totalitario, si queremos comprender un fenómeno histórico de radio europeo, aun con diferentes grados de realización y con evidentes particularidades nacionales, y evitar el comprensible, pero anticientífico propósito de liberar del estigma a la historia patria. Dichos factores vienen además dados por la propia experiencia histórica, no por modelos teóricos prefabricados: *partido único*, que disciplina e integra a la sociedad en el estado; *dictadura unipersonal* de legitimidad carismática y plebiscitaria, que aspira a la permanencia y permite un ejercicio concentrado, y sin límites, del poder, pero que cuenta, a su vez, con un entramado institucional no solo para transmitir y ejecutar los mandatos del dictador, sino para compartir con él el mismo ejercicio desreglado de la autoridad; concepción integrista de la comunidad política, como *nación monolítica*, de la que excluir o a la que asimilar a los enemigos, entidad superior a sus propios miembros individuales y fuente de inspiración tanto del adoctrinamiento educativo o la censura cultural como de las variadas liturgias y religiones civiles conducentes a generar orden y consenso entre las masas; *falta de libertades políticas*, de reunión, asociación, expresión, prensa, fundación de partidos o de sufragio; *subordinación y disciplina estricta* del trabajo, desprovisto de derechos que permitan su equilibrada auto composición; y papel estructural de la *represión*, tanto gubernativa como penal, con jurisdicciones especiales y cuerpos particulares, encargada de castigar el ejercicio de los derechos, orientada en su dimensión política hacia la neutralización de los considerados enemigos y lugar en el que se aprecia como en ningún otro que el signo distintivo del totalitarismo es la *arbitrariedad*, esto es, la disposición *arbitraria* de la vida y de la dignidad ajenas (4).

Si este es el tipo de referencia para calibrar la existencia, o no, de un régimen totalitario, los resultados serían menos amables de lo que numerosos sociólogos, juristas e historiadores pretenden. En el caso español no es que sea del todo indudable su vigencia en los primeros compases de la dictadura; es que lo sustituido a partir de 1977 no era otra cosa que una dictadura de partido único, con base nacionalista integrista, sin derechos políticos, con sumisión del trabajo, idéntica mitología fundacional y de represión permanente, por más que bajo tal estado discurriese una sociedad cada vez más compleja, desarrollada y plural fruto, entre otros factores, del influjo internacional y la integración capitalista. Este dato, ya señalado con intenciones de homóloga-

(4) Estos son los elementos que empleo para caracterizar los regímenes totalitarios en *El orden jurídico europeo de 1918 a 1945*, en *Manual de historia del derecho*, Marta Lorente, Jesús Vallejo (coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, concretamente p. 547 y ss.

ción democrática por un importante sociólogo del exilio ⁽⁵⁾, es precisamente el que explica que, confundiendo los planos de la Sociedad y del Estado, se atribuyan a éste algunos rasgos de aquella hasta poder presentarlo como régimen paternalista, más o menos tolerante y abierto a un limitado ejercicio de los derechos, según vendría a demostrar el propio desarrollo y diversificación de la sociedad. Pero hay otro elemento, quizá más decisivo, que también aclara las razones de la singularidad española y sus correlativas representaciones: el hecho de que la democracia surgiese, en origen, como un proceso interno de reforma de la propia dictadura, algo en apariencia incompatible con su carácter totalitario. Esta transición sin solución de continuidad — ni recuperación del tracto de legitimidad democrática de la II República — de un sistema a otro, y la transacción de la oposición democrática con los elementos procedentes de la dictadura, reformistas y no tanto, contribuyeron así a que se sublimase una imagen del propio sistema recién replazado como meramente autoritario, sin trazas totalitarias que destacar.

Fue la peculiar coyuntura española del paso a la democracia la que, en definitiva, estuvo en la base de la construcción de un cierto relato hegemónico acerca del pasado reciente, algo que desde la crítica de la cultura a la propia historiografía jurídica se ha dado en llamar « Cultura de Transición » ⁽⁶⁾. Construida sobre elementos innegables de realidad, y sustentada desde el punto de vista material por medios, recursos y grupos oficiales, esta suerte de paradigma ha conformado un filtro intelectual que ha determinado la percepción que se ha tenido del siglo XX español, no solo en el debate público, sino también en la producción académica. Una de sus consecuencias es justamente el obstáculo epistemológico de no poder figurarse la dictadura de Franco, hasta sus últimos momentos, como un sistema totalitario apoyado por una amplia base social fascistizada. El mito, sin embargo, cae con solo contemplar algún documental de época, y ver las calles de Madrid infestadas de regimientos de camisas azules realizando el saludo fascista y marchando hacia el Palacio de Oriente para celebrar la efeméride de

⁽⁵⁾ Francisco AYALA, *España, a la fecha*, Buenos Aires, Sur, 1965, con fines de homologación democrática no me refiero a que el autor pretendiese hacer pasar por democrático lo que no lo era en absoluto, y lo que él mismo denunciaba sin concesiones; aludo más bien al propósito de llamar la atención de lo natural que resultaba ya a aquellas alturas un salto hacia una democracia occidental convencional, que previniese también una caída en la órbita soviética, viendo el peso que el comunismo tenía en la lucha clandestina contra la dictadura.

⁽⁶⁾ *CT o Cultura de la Transición: crítica a 35 años de cultura española*, Guillem Martínez (coord.), Barcelona, Mondadori, 2012, y, en el terreno histórico-jurídico, Bartolomé CLAVERO, *España, 1978: la amnesia constituyente*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

la muerte de Franco todavía en 1980 (7). O con contabilizar las muertes, torturas y vejaciones infligidas a los opositores por los cuerpos de seguridad, procedentes todos de la dictadura, en los propios años de la Transición, o los atentados contra sus personas y bienes realizados por los grupos de extrema derecha, o, en fin, con atribuir la importancia debida al golpe de Estado del 24 de febrero de 1981, con su secuela de domesticar el desarrollo constitucional inmediatamente ulterior.

Partiendo de esta corroboración, del carácter netamente fascista y totalitario en el sentido aludido de la dictadura de Franco hasta su conclusión, el velo se descorre y el pasado reciente, de los años treinta al inicio mismo de la democracia constitucional, puede ser contemplado sin pantallas extracientíficas que lo tergiversen. No es casual, de hecho, que el libro del que nos ocupamos haya sido escrito por el autor que con mayor detalle ha desmitificado la coyuntura específica del arranque del proceso de Transición, entendiéndolo sin determinaciones teleológicas sino como escenario marcado por tácticas convergentes, proyectos en contraste y continuos cálculos de fuerza (8). Podría hasta decirse que con *El evangelio fascista*, Ferran Gallego comienza a reconstruir las trayectorias políticas que, fraguadas desde el comienzo de la República, cristalizadas durante la guerra y recorriendo toda la vigencia de la dictadura desembocaron justo en ese punto, el del alumbramiento de nuestra actualidad democrática.

Como indica su subtítulo, la monografía reseñada se centra en el estudio de la *cultura política franquista* justo en el intervalo de su *formación*. Precisamente el que esa cultura política estuviese, en buena parte de los casos, compuesta por categorías jurídicas y elaborada por catedráticos de derecho o juristas de renombre es lo que comunica al volumen un interés de primer orden para la historia del pensamiento jurídico español. No es además habitual que un contemporaneísta se ponga a bregar, confiriéndole entidad propia, con la literatura más estrictamente teórico-jurídica, cubriendo así un hueco aún por suplir en el caso de la historia del derecho (9). A pesar de las objeciones menores que se plantearán más adelante, ya este solo esfuerzo merece el elogio

(7) Me refiero al coetáneo y revelador documental de Cecilia y José Juan Bartolomé, *Después de...*, de dos partes I: *No se os puede dejar solos* y II: *Atado y bien atado* (1981).

(8) Ferran GALLEGU, *El mito de la Transición: la crisis del franquismo y los orígenes de la democracia (1973-1977)*, Barcelona, Crítica, 2008.

(9) Uno de los empeños de quien suscribe ha sido precisamente el realizar aportaciones en este punto: *Funciones del jurista y transformaciones del pensamiento jurídico-político español (II)*, « Historia constitucional », 12 (2011), pp. 161-201, y *Los juristas en los orígenes de la dictadura, 1937-1943*, en Federico Fernández-Crehuet, Sebastián Martín (eds.), *Los juristas y el 'régimen'*. *Revistas jurídicas bajo el franquismo*, Granada, Comares, 2014, pp. 11-131.

sincero por parte del jurista historiador. Pero la obra resulta valiosa por otros elementos mucho más destacados. En principio, no figura entre ellos el de la novedad, pues, en términos genéricos, no se ocupa de un asunto que haya pasado desapercibido. Antes al contrario, los políticos y escritores más salientes del fascismo español, sus experiencias partidarias, sus medios corporativos de difusión, sus proyectos políticos y el propio campo de las derechas contrarias a la II República componen un terreno ya muy frecuentado por la historiografía contemporánea de España. El mismo Ferran Gallego cuenta ya con numerosos títulos de envergadura al respecto, no solo de la experiencia patria sino también del escenario de los fascismos europeos ⁽¹⁰⁾, lo que convierte esta exploración de aliento en una suerte de culminación de una veta de estudio cultivada durante bastantes años por su autor.

Si los materiales, los autores y el objeto eran ya suficientemente conocidos, al menos casi todos ellos, el mérito no puede proceder sino del enfoque a la luz del cual quedan reordenados de diferente modo, expresando un sentido peculiar y dando fundamento a una interpretación historiográfica singular. En las próximas líneas intentaré expresar en qué consiste ese enfoque, qué provecho científico presta y cuáles son las conclusiones que permite alcanzar, en un intento de invitar a la consulta de la obra reseñada. Permítaseme, sin embargo, comenzar identificando el que acaso sea su atributo diferencial respecto de otros estudios sobre el fascismo en España. A mi entender, este: superando las estériles disputas en torno al significado estricto del fascismo, considerándolo, pues, como una suerte de etiqueta que sirve, claro está, no solo para definir el régimen político de Mussolini, sino las doctrinas y proyectos que prestaron base a los Estados totalitarios de la Europa de los años 1930, se opta por indagar en la fisonomía del fascismo, no como organización partidaria con sus correspondientes efectivos personales, sus medios privativos de comunicación y sus doctrinas particulares, sino como un proceso histórico determinado, el que denomina *proceso de fascistización*, desplegado inicialmente en un determinado espacio social, el de la derecha contrarrevolucionaria, y marcado por la movilización de las masas para la construcción de un nuevo Estado. Como se verá, desde esta perspectiva, el fascismo deja de ser considerado como una familia más dentro del campo derechista, con su ciclo de arranque, auge, cénit y decadencia final, para ser observado como un proyecto político, de sólida e integradora base doctrinal, capaz de

⁽¹⁰⁾ Baste citar solo algunos: *De Munich a Auschwitz. Una historia del nazismo, 1919-1945*, Barcelona, Plaza y Janés, 2001; *Ramiro Ledesma y el fascismo español*, Madrid, Síntesis, 2005; *Construyendo el pasado. La identidad del 18 de Julio y la reflexión sobre la Historia Moderna en los años cuarenta*, en *Rebeldes y reaccionarios. Intelectuales, fascismo y derecha radical en Europa*, F. Gallego y F. Morente (eds.), Barcelona, El Viejo Topo, 2011, 281-337.

lograr una eficaz nacionalización de las masas, que no se detiene sin más por el eventual declive de las élites falangistas tras la II Guerra Mundial ⁽¹¹⁾.

Aparte del epílogo, dedicado a la coyuntura de finales de los '40, y las imprescindibles conclusiones, que ayudan a remachar una lectura de largo recorrido y notable densidad, el volumen consta de tres partes, que, en realidad, por unidad de materia, podrían reducirse a dos. En la primera, la titulada *proceso constituyente del fascismo español*, se desgana con todo detalle el campo de las derechas españolas durante la década de los treinta, especialmente bajo la vigencia de la II República (1931-1936). El epicentro de la exposición se coloca, naturalmente, en las derechas de corte fascista, es decir, las Juntas de Ofensiva Nacional Sindicalista (las JONS) y Falange, aunque desde este observatorio, por razones tanto de afinidad como de interacción, se examinan también las trayectorias y tácticas del resto de las derechas. Así, entran en el radio de análisis las abiertamente contrarias a la República, que aspiraban a derrocar el régimen democrático desde fuera, es decir, los tradicionalistas y los monárquicos alfonsinos, y las derechas de esencia antirrepublicana, pero con la estrategia de dinamitar el régimen desde dentro, destacando entre todas la Confederación Española de Derechas Asociadas (la CEDA), que sintéticamente designa como el nombre de «populismo católico». Y ya de forma solo oblicua y puntual, en función de su utilidad para comprender los movimientos de estos colectivos derechistas contrarios a la democracia social republicana, entra en el estudio el caso de los republicanos conservadores, principalmente los concentrados en el Partido Radical de Alejandro Lerroux. En este primer bloque, se examinan así las singladuras de las diferentes formaciones, la trayectoria de sus líderes, la interrelación entre los mismos, sus respectivos proyectos y estrategias, tanto para conquistar el poder como para alzarse con la posición hegemónica en el campo de las derechas, las diferentes iniciativas de aglutinación y unificación experimentadas en este área del derechismo español y las sucesivas correlaciones de fuerzas cristalizadas en función de cada coyuntura. Y todo este complejo escenario se monta sobre la base documental de los órganos periódicos de los partidos, las memorias y biografías de los

⁽¹¹⁾ El propio Gallego indica que los «análisis del fascismo identificado exclusivamente con el nacionalsindicalismo han sido los más habituales» (p. 74, n. 63). Y con el fin de no detenerse solo en la historia del «partido», corriendo así el riesgo de «no llegar a comprender lo que ocurre con el *fascismo*», propone concebirlo no como «una organización dotada de un programa y una doctrina», sino como «un espacio social, formado por muy diversas maneras de intervención en el terreno público, de crear lazos de reconocimiento mutuo y ritmos distintos de integración en un movimiento que *tiende* a la unidad, partiendo de ella misma como principio ideológico» (pp. 74-75).

líderes derechistas, sus discursos y alocuciones más significativas o los testimonios de los actores más destacados.

El segundo bloque, que comprende la segunda y la tercera parte del libro, cambia de registro y se sitúa ya en la reconstrucción de la cultura política que dio base doctrinal y legitimación teórica a la dictadura de Franco. Es aquí, según se indicará a continuación, donde entran a colación las construcciones culturales de la élite académica, conformada en buena proporción de juristas. Si este segundo bloque se divide a su vez en dos partes es porque atiende a dos momentos cronológicos dispares, el de 1937-1943, marcado por la prevalencia internacional de los totalitarismos, y el de 1943-1947, signado ya por el declive y derrota de los fascismos europeos, que obligó al régimen franquista a un proceso de revisión de sus propias bases culturales. De este modo, Gallego desglosa, en el primer apartado (*Comunidad cristiana y Estado imperial. La plenitud doctrinal del fascismo*), los elementos capitales de la teorización política de la dictadura: catolicismo, militarismo, unidad, restauración tradicional, nación, imperio, trabajo, estado nacionalsindicalista, totalitarismo, caudillaje, historia nacional. Y en el segundo (*La vía fascista al Estado católico*) examina los aspectos centrales de aquella revisión doctrinal, del mantenimiento del mito fundacional del 18 de julio a la centralidad del catolicismo, pasando por la actualización de las ideas sobre la representación política o por la decisiva relectura de la genealogía nacional.

Para poder organizar de forma clarificadora los comentarios a una obra de tanta envergadura, distinguiremos estos dos grandes bloques, uno de historia política y el otro de historia cultural. Como se ha sugerido, la primera exposición reconstruye, en esencia, las diferentes tácticas y estrategias desplegadas por los grupos y dirigentes derechistas, tanto en el orden interno de las diferentes agrupaciones como en el externo del propio campo de las derechas, siempre con el fin de lograr una posición de predominio entre los contrarrevolucionarios capaz de ganarse la adhesión y el favor de las masas para así poder superar el sistema político republicano. Signo distintivo de la aproximación de Gallego es el recurso frecuente a la historia comparada, lo que le permite cotejar el auge del fascismo español con las vías de acceso al poder de los fascismos alemán e italiano, logrando así identificar las singularidades que lo caracterizan. Elemento diferencial, y digno de agradecer, es además la frecuencia con que entra al debate historiográfico actual, siempre con el propósito de revisar, puntualizar o rectificar con fundamento numerosos lugares comunes de la versión más convencional de nuestro pasado inmediato. Pero, a mi juicio, lo más valioso de este primer relato es que describe la articulación variable del campo contrarrevolucionario como una suerte de *guerra de posiciones*, esto es, ponderando los diversos puntos ocupados por cada uno de los principales actores según las sucesivas coyunturas que jalaron la historia de la República, desde su misma proclamación el 14 de abril de 1931 o tras

el primer intento de derrocamiento militar, con el golpe del general Sanjurjo de agosto de 1932, hasta la revolución social de octubre de 1934, las continuas crisis de gobierno o la victoria del Frente Popular en las elecciones de febrero de 1936. Con ello, los movimientos, las transiciones, los desplazamientos y las eventuales divergencias o convergencias se comprenden a la luz de las coyunturas cambiantes y de las estrategias desarrolladas para adaptarse a ellas con el fin de sobrevivir y lograr la hegemonía. De este modo, el resultado final del predominio hegemónico de Falange de las JONS queda concebido, no como una suerte de desembocadura fatal, sino como la resultante de una combinación aleatoria y contingente de factores, alguno de ellos, según se indicará, del todo determinante.

La cuestión es que, a tenor de su marco interpretativo del fascismo, que prioriza el « proceso de fascistización » sobre la dimensión orgánica del partido fascista, todo este campo de las derechas contrarrevolucionarias queda dibujado como un « campo fascistizado ». Esto es, un terreno político y social donde los elementos doctrinales y prácticos identificativos del fascismo van ocupando un lugar cada vez más central y determinante, integrando en torno a ellos a todos los actores involucrados, uno de los cuales, fundamental pero no exclusivo, fue el propio partido fascista español, la Falange de las JONS, con sus líderes y militantes. Así expuesto, lo que se contempla no es un partido fascista junto a unas derechas antirrepublicanas cada vez más radicalizadas, sino un campo imantado por los principios característicos del fascismo al que cada vez se van incorporando mayor cantidad de agrupaciones derechistas hasta el punto de convertir al propio fascismo en « representante del conjunto de la contrarrevolución » (p. 76). El fascismo constituiría así un polo integrador de las derechas contrarrevolucionarias y no un partido más entre todas ellas. Y esa capacidad de integración procedería, no tanto de su debilidad doctrinal, como ha solido esgrimirse, sino más bien de su capacidad de síntesis doctrinal, sumada a su proyecto, no de rectificación de la República, sino de derrocamiento y sustitución por un Estado nuevo.

La reconstrucción minuciosa de Gallego sirve entonces para apreciar cómo el vórtice del fascismo fue absorbiendo a todas las derechas contrarias a la democracia republicana, incluso a todo el liberalismo conservador, hasta imprimirles su sello inequívoco. Dentro de este campo de progresiva fascistización, el partido estrictamente fascista contaba, desde luego, con elementos intransferibles: la retórica de la « revolución pendiente » (p. 347), insatisfecha por el 14 de abril, que traicionó, así, las ansias populares de cambio real; la aspiración a constituirse en un movimiento de masas; el proyecto de fundar un nuevo régimen; y, sobre todo, el alto valor conferido a la violencia como medio indispensable para lograrlo. Con todo, el fascismo español, en contraste con los europeos, se caracterizó también por la íntima solidaridad doctrinal que lo unía al resto de derechas contrarrevoluciona-

rias, afinidad que venía dada por la común devoción católica, por la coincidente lectura de la historia nacional, por la idéntica interpretación de la fisonomía de la nación española, por la consiguiente identificación común de los enemigos de la patria y por detestar por igual el sistema político diseñado en la Constitución de 1931. Coincidían incluso, al menos los monárquicos, los tradicionalistas, los falangistas y los nacionalsindicalistas, en diagnosticar su presente como de « guerra civil », sin atender a los intentos de estatalización democrática y constitucional, dando buena seña a día de hoy de cuál es, se quiera o no, la genealogía a la que pertenecen las historias que todavía se refieren a la época de entreguerras como de « guerra civil europea ».

Era, por tanto, esta coincidencia cultural de base la que propició la configuración unitaria de ese campo fascistizado. Pero esa coincidencia, que permitirá explicar después la continuidad del fascismo español una vez derrotados sus congéneres europeos, no permite, sin embargo, pronosticar de antemano el liderazgo que Falange estaba llamada a ejercer en él. De hecho, a la altura de 1935, en plena resaca de la revolución social y la implacable represión militar, los fascistas españoles, y sus grupos más cercanos, los monárquicos y los tradicionalistas, contaban con una posición minoritaria. Esta irrelevancia vino además a corroborarla la cita electoral de febrero de 1936, especialmente en el caso de una Falange que, sin sumarse al Frente derechista, quedó como fuerza extraparlamentaria. ¿Quiere eso decir que el conjunto de las derechas en España era ajeno al fascismo? El enfoque de Gallego demuestra justo lo contrario. La CEDA, que en ese momento « se encontraba en el centro del universo de la derecha », ya planteaba sin rubor « sus ideas antiliberales, autoritarias, corporativas » (pp. 397-8), y la propia campaña electoral que protagonizó en aquella fecha puso de relieve que su intento de capitanear la contrarrevolución era con el coste de su propia fascistización, según evidenciaba « la facilidad con la que podía mantenerse una mística construida con mecanismos de lealtad al Jefe, de disciplina militarizada, de integrismo religioso, de conversión de la democracia parlamentaria en campo táctico, de aceptación de la violencia, de identificación del adversario con el enemigo de España y de progresiva adhesión a una camaradería de combate con los sectores de la derecha monárquica, tradicionalista e incluso falangista » (p. 404).

Esta importante puntualización desmiente así la habitual imagen que en la historiografía española ha tenido la CEDA como partido de centro-derecha, ajeno al fascismo y comprometido de algún modo con el sostenimiento de la República, algo que avalaría el posterior exilio de su máximo dirigente, José María Gil Robles. La confederación derechista, sin embargo, aspiraba también a derrocar y sustituir el régimen republicano, y si sus planes hegemónicos no triunfaron fue por la derrota electoral de 1936, justo el hito que comenzó a crear las condiciones propicias para que fuese Falange la que se colocase en

cabeza para el liderazgo de los contrarrevolucionarios. Y el medio que lo permitió, al igual que en la experiencia italiana, no fue otro que su vocación por la violencia y su entrega a la desestabilización de la democracia a través del terrorismo. En la primavera de 1936, cuando toda la derecha daba por descontado el golpe militar y los resultados electorales habían abierto, desde su perspectiva, un escenario de enfrentamiento letal « entre España y la Antiespaña » (p. 891), Falange comenzó a inclinar la balanza a su favor para convertirse en el partido civil del ejército a través de sus frecuentes atentados, también de sus contactos con militares y del ingreso de los mismos en la militancia del partido, y, sobre todo, gracias a contar con un discurso, unas intenciones y un proyecto capaz de convertir a la derecha contrarrevolucionaria en movimiento de masas dirigido a la sustitución de la República por un nuevo régimen. Sería, en fin, la guerra civil la que terminaría por ofrecer el contexto ideal para que este auge inesperado se convirtiese ya en predominio indiscutible y en absorción del resto de satélites derechistas. De hecho, como el propio autor insiste, este dato sería el que daría su timbre propio al fascismo español en comparación al resto de fascismos: el haber terminado su proceso de constitución en la « más envidiable » de las situaciones (p. 412), esto es, un escenario de conflagración civil, dentro de la cual comenzó a construirse el nuevo Estado que él mismo había diseñado.

He aquí, pues, una de las aportaciones principales del texto de Gallego, el llamar la atención, en términos comparativos, acerca del valor decisivo que tuvo el hecho de que « la conquista del poder » del fascismo en España se verificase « en el marco de una guerra civil ». Y es que esta peculiaridad confirió al fascismo español su dureza y permanencia características. Le permitió alzarse sin complicaciones a la condición de representante único de la nación que él mismo había logrado rescatar, en una guerra que creó vínculos de identificación y solidaridad entre los combatientes sobre los que se asentaría el nuevo régimen político. Y le permitió asimismo presentarse, integrado con el ejército, como agente director, no ya de una guerra, sino de una « revolución nacional » que habría de engendrar un Estado renovado.

Tal es, en resumen, el núcleo de este primer bloque, repleto, como se ha visto, de metodología y conclusiones sugerentes. En el curso de su desarrollo se hallan, además, aspectos concretos dignos de estima, tanto instrumentales como sustantivos. En el primer aspecto, destaca el uso de revistas y medios de difusión hasta ahora poco frecuentados y el empleo de fuentes y testimonios de la propia derecha golpista, despreciados normalmente como pura propaganda, pero repletos de noticias relevantes para reconstruir el imaginario interno a las derechas fascistizadas. Y en el segundo aspecto introduce interpretaciones novedosas, opuestas a las visiones habituales, como ocurre al examinar las relaciones entre José Antonio Primo de Rivera, líder de Falange, y Ramiro Ledesma Ramos, líder de las JONS, o al valorar la campaña electoral de las derechas en 1936 y su « efecto demoledor » para la futura convivencia (p. 400).

Hay también materia para la crítica. Ante todo, una evidente dificultad para la síntesis, sobre la que se abundará seguidamente. Al ser un libro con difusión para el gran público, se echa de menos una identificación previa de los actores, individuales y colectivos, del campo de las derechas antirrepublicanas, que permitiría una mejor orientación en toda la trama de partidos, plataformas, corrientes y grupos que lo constituían. E incluso se echa en falta una aproximación algo más materialista a los medios de comunicación que también conformaban ese campo, que no eran solo mero repositorio de ideas a exponer sino también empresas periodísticas con una circulación determinada, con tirada, distribución y anunciantes que no habría estado mal consignar para conocer su circulación real y su alcance integrador efectivo.

Cabe, por último, discutir la idoneidad del propio término 'contrarrevolucionario', ya adoptado casi con unanimidad por la historiografía del siglo xx español. ¿Contra qué combatían estas derechas, contra una revolución social de corte comunista, o no solo contra esta, sino también, y muy destacadamente, contra reformas jurídicas e institucionales propias de un Estado social y democrático de derecho? Al igual que describir los años de entreguerras como un periodo de guerra civil europea tiene el defecto de postergar los intentos de estatalización democrática y constitucional propios de la época, designar a las derechas contrarias a la democracia como 'contrarrevolucionarias' tiene el efecto de presentarlas como opuestas fundamentalmente a la revolución comunista, y no tanto a la democracia parlamentaria, a la que también censurarían, pero por resultar inadecuada para gobernar en una sociedad de masas. Y esto, por más apariencia fidedigna que pueda tener en el caso español, por la concepción de República como « revolución política » y, sobre todo, tras la radicalización derechista que siguió a la revolución de octubre de 1934, no se llega a corresponder del todo con un escenario en el que el principal enemigo a batir por esas derechas era la República de 1931 y sus reformas sobre la propiedad, la familia y la iglesia, y en el que ellas mismas acabaron siendo, paradójicamente, 'revolucionarias' ⁽¹²⁾.

El segundo gran bloque, dividido, como se ha indicado, en dos partes diferenciadas, tiene ya contenido eminentemente doctrinal. Se estudia en él esa cultura de la que se revistió el campo de las derechas fascistizadas desde mediados de la guerra civil y que fue obra, ante todo, de una élite académica comprometida de forma directa con el régimen. La clave de lectura adoptada es la de entender esa cultura como una impugnación general al liberalismo, y, al revés de lo que suele hacerse, las eventuales discrepancias entre los diferentes tonos doctrinales, más

(12) En comunicación mantenida con el autor, me indicaba que en su visión, el término contrarrevolucionario va declinado principalmente como enemigo de la democracia, no tanto de la revolución.

falangistas o más tradicionales, no se interpretan como divisiones que escindían el bloque de poder en que se asentaba el régimen sino como pluralidad que muestra la capacidad integradora de la cultura política franquista, que podía incluir en su interior versiones discrepantes sin ver resentida, sino más bien reforzada, su unidad. Los temas abordados en el estudio de la *plenitud doctrinal* del fascismo han sido ya enumerados. Es justo en ellos donde también aparece una de las principales aportaciones de la obra, a saber: la importancia que en toda la teorización de la nación, el imperio, el estado o la misma historia patria tuvo la religión católica no es lo que separa el fascismo español del resto de los fascismos europeos, sino lo que señala cuál fue la específica vía española hacia el totalitarismo. Como se dirá a continuación, la centralidad del catolicismo fue así, en la acertada exposición de Gallego, tanto el sello característico del totalitarismo español como la plataforma principal desde la cual pudo subsistir la cultura política franquista una vez derrotados en la guerra los totalitarismos europeos.

Pero antes de pasar a este nudo central del libro, el de la aparente desfasticización de la cultura franquista, donde el autor introduce interpretaciones muy valiosas, conviene detenernos en la dimensión más propiamente de historia del pensamiento jurídico-político de su relato. Téngase presente desde ahora, por tanto, que las apreciaciones, tanto positivas como críticas, que van a sucederse cuentan con esta peculiaridad: venir formuladas por quien se ha dedicado casi en exclusiva hasta ahora a estudiar la cultura, debates y biografías de los juristas y quien, con un objeto de mayor enjundia y calado, y procedente de la historia política general, toma este asunto como parte central, pero instrumental de su investigación.

Esta sanísima intrusión del historiador en el terreno de la cultura de los juristas, que le lleva a indagar en obras centrales de Luis Legaz Lacambra, Francisco Javier Conde, Carlos Ruiz del Castillo, Ignacio M^a de Lojendio, Luis Sánchez Agesta, José Corts Grau, etc., etc., lleva a conclusiones refrescantes, que significativamente no se han planteado nunca en la academia actual del derecho, señalando, con ello, un clamoroso vacío, científico, pero también ético, que solo los más jóvenes están tratando de colmar. No es otro que el silenciamiento general acerca del papel decisivo que la élite de los juristas españoles tuvo en la legitimación cultural y en la construcción teórica de la dictadura de Franco. Esta desmemoria deliberada se le hace palpable, por ejemplo, en el caso central de Legaz, destacadísimo y entregado teorizador del totalitarismo español, cuya obra del primer franquismo, signada por su vocación legitimadora, no mereció comentario alguno entre la abultada nómina de profesores que le rindió homenaje en un volumen colectivo publicado en 1993 (p. 600, n. 83). Y lo mismo podría encontrarse en otras disciplinas (Juan del Rosal en derecho penal, por ejemplo, o Federico de Castro en civil), cuyos catedráticos de los años 1980 o 1990

descendían académicamente de profesores que habían jugado un papel importante en la legitimación de la dictadura.

Ahora bien, abordar la historia de las construcciones de los juristas sin tomarla como objeto propio, sino como acervo de materiales que sirve para documentar otro objeto, el de la cultura política general, deja por necesidad de lado aspectos y cuestiones que resultan de relevancia y que, en algunos casos, hasta contribuyen a esclarecer mejor el asunto examinado. Por ejemplo, se resalta « el grado de *continuidad de una élite académica* » (591) sin llegar a mencionar los procesos de depuración de la que traían consecuencia. De haberlos tenido presentes podría haberse moderado ese diagnóstico de continuidad, pues abundaron los profesores asesinados y los exiliados, y podría haberse referido esa cultura franquista, al menos cuando venía producida por autores antes liberales, a unas condiciones de supervivencia académica marcadas por la colonización violenta de la esfera universitaria por parte del poder ⁽¹³⁾. Por otro lado, se toman opiniones de uno u otro autor sin un conocimiento más o menos pleno de su obra y trayectoria, ni del debate en que se forjaron intelectualmente, datos que hubiesen explicado posiciones e interpretaciones: es el caso, por ejemplo, de la procedencia socialista de Francisco Javier Conde, o del historicismo que marcó tantas perspectivas analíticas, como la de Legaz, o de la primera versión, liberal y socialista, de la tesis sobre Heller de Enrique Gómez Arbolea, leída en 1935 ante Fernando de los Ríos y Francisco Ayala, y después alterada para su publicación en el boletín universitario granadino, o de la primera versión también de *El Estado de derecho en la actualidad* de Legaz, cuyo cotejo con la actualización franquista habría mostrado mucho mejor el valor prototípico de su biografía intelectual, o del rechazo genuino, no devenido, de Posada, a través del organicismo krausista, a toda forma de democracia mecanicista basada en el principio de la mayoría. Todo ello explica asimismo que el hábito tan sano practicado en el primer bloque, el de entrar en el debate historiográfico e interpretativo, no se reproduzca con la misma frecuencia en el segundo, aunque literatura especializada la haya, y cada vez más abundante, como tampoco se suelen colocar, en las ocasiones que debiera, los productos de la cultura franquista en un debate de radio internacional y capitalidad alemana, como sucede en el caso de las doctrinas sobre la representación. Es más, su comprensible renuncia a entrar a valorar « el debate estrictamente jurídico », aun habiendo señalado, con todo el acierto, como un « campo imprescindible para el

(13) Aparte de mis *Funciones del jurista II*, cit., que atienden a la reconstitución del derecho político tras la guerra, hay un reciente balance de conjunto en *La Universidad nacionalcatólica. La reacción antimoderna*, Luis Otero Carvajal (ed.), Madrid, Universidad Carlos III — Dykinson, 2014, con tres capítulos, suscritos por Javier San Andrés Corral y Gutmaro Gómez Bravo, que levantan todas las disciplinas jurídicas.

historiador» el de la crítica nacionalsindicalista al Estado liberal (p. 739), le conduce irremediabilmente a no nombrar siquiera polémicas fundamentales que también fueron decisivas para la construcción del Estado franquista y su cultura legitimadora. No se trata ya de entrar con rigor conceptual a desentrañar las disputas doctrinales en materia administrativa, laboral o jurídico-internacional, sino de considerar cuestiones de relevancia práctica capital, como, por ejemplo, la problemática del Fuero del Trabajo en tanto que fuente del derecho aplicable directamente por la magistratura.

Pero, según se ha dicho, no era este el propósito del autor, ceñido a la reconstrucción de la cultura política franquista, para lo que, en efecto, resulta paso ineludible analizar las construcciones teórico-jurídicas. Es aquí donde quizá se hace más evidente el desfase entre la economía expositiva (de este segundo bloque) del trabajo y su objeto particular de estudio, con el resultado ostensible de no alcanzar una asequible presentación sintética. Me explico: si el objeto a desentrañar y exponer es el de un discurso, con sus enunciados más característicos, contruidos por una élite intelectual en torno a los principios capitales del nuevo régimen, si las trayectorias de los autores, los campos del saber en que se desenvuelven y los debates específicos que los constituyen no son el asunto relevante, sino solo el de esa cultura política franquista, no se comprende entonces por qué toda la exposición sigue prendida a las unidades convencionales del «autor» y la «obra» singulares, con la consecuencia de repetir una y otra vez, con diferentes modulaciones y en boca de diferentes personas y textos, exactamente las mismas ideas, haciendo empinada la lectura y alejando lamentablemente el texto de su lector. El objeto examinado, la cultura política franquista, visto además su carácter tautológico y cerrado, habría permitido, por el contrario, adoptar una estrategia narrativa por completo diversa, donde los autores concretos y los textos particulares no habrían tenido más que un papel secundario y preliminar.

Bien cierto es, sin embargo, que recorrer con exhaustividad las opiniones de todos los protagonistas de esa cultura política permite a su autor realizar hallazgos interpretativos, profundizar con precisión en el sentido de sus ideas constitutivas y presentar con todos los matices los puntos abordados. Esta lectura aguda e inteligente de los textos jurídico-políticos llega además a momentos de brillantez, como ocurre al exponer la revisión de sus planteamientos que a la altura de 1945 realizan Francisco Javier Conde y Luis Legaz, en su propósito compartido de fundar un Estado católico ajeno ya a las tentaciones del totalitarismo (p. 752 y ss.). De hecho, es esta segunda parte del segundo bloque, la dedicada al viraje relativo de cultura política franquista para adecuarse al nuevo contexto internacional, pero garantizando su permanencia, la que, en el terreno de la historia cultural, cuenta con interpretaciones y conclusiones más originales y valiosas. Téngase presente que la historia convencional ha presentado este tránsito desde el momento de mayor retórica totalitaria al de

mayor énfasis cristiano como una suerte de ruptura, o de demostración del escaso totalitarismo que en realidad anidaba en la cultura franquista, lo cual le permitió alumbrar, mal que bien, una especie de Estado de derecho. Muy diferente es la perspectiva de Gallego y su particular interpretación de esta transición doctrinal operada en el tramo de la « revolución constructiva », a partir de 1943, cuando comienzan a periclitarse los totalitarismos nazi y fascista. A su certero juicio, « no se produjo ruptura, sino un desplazamiento » interno al propio campo fascista, lo cual implicó que « la permanencia del régimen y la defensa de su singularidad » se propusiesen asimismo « como continuidad con el proceso de fascistización » (pp. 737-8) (14).

Los elementos discursivos de esta transición doctrinal en el seno de la cultura política franquista son variados, y todos quedan cumplidamente examinados: la importancia capital del catolicismo, la confirmación correlativa y actualizada, en el terreno jurídico, del derecho natural de matriz escolástica, una relectura específica de la historia nacional, con una ponderación diferente del siglo XIX, un diálogo algo más abierto con la tradición liberal, el descarte de los factores (irracionalismo, colectivismo, romanticismo) más genuinamente totalitarios y la valorización de la dimensión anticomunista del régimen en un contexto internacional presentado como choque de civilizaciones. El propósito, como indica Gallego, era transitar desde una dictadura totalitaria hacia un Estado católico. La peculiaridad de esta presunta desfascistización de la cultura franquista es que pudo realizarse sin apariencia descarada de rectificación, pues todos esos elementos se encontraban ya en las primeras teorizaciones, pero no a modo de rechazo del totalitarismo, sino como forma de señalar la aportación española a la constelación totalitaria. De ahí que no se operase en realidad ruptura alguna ni que los cínicos envaines de los intelectuales y del propio dictador apareciesen como dolorosa y arrepentida autonegación. De hecho, y es aquí donde se aprecia con claridad la continuidad de fondo de la lógica fascista, « la justificación teórica de la singularidad, permanencia y continuidad del régimen » de Franco (p. 757), después de derrotados los fascismos, tuvo su epicentro en la revalidación ética del « 18 de Julio », en la justificación moral del golpe perpetrado en ese día y en la idéntica comprensión del enfrentamiento bélico como rescate de la nación auténtica frente a la agresión de sus enemigos.

(14) En contraste con aquellos historiadores de la literatura que interpretan la reducción de la intensidad totalitaria con una apertura liberal, Gallego señala que « El fascismo español no sobrevivió por el hecho de no haberlo sido nunca del todo, sino por haber logrado un nivel de inclusión y de sincretismo de los que otros fascismos europeos creyeron que podían prescindir » (pp. 737-8). El propio autor, en p. 748 y ss., contrasta los dos modos de explicar esta transición doctrinal, el de la historia centrista convencional y el que él propone en *El evangelio fascista*.

Así pues, si la dictadura franquista había de continuar después de eliminados los totalitarismos europeos, no solo era porque sus fundamentos culturales, por su cristianismo, su anticomunismo y su presunto humanismo se habían diferenciado siempre de aquellas experiencias, sino también, y sobre todo, porque los motivos fundacionales de la dictadura, concentrados en la justificación del golpe y en la interpretación partidaria de la guerra, continuaban teniendo plena vigencia a la altura de 1945. Es más, la revisión doctrinal posterior a 1943 se autoconcibió precisamente como un rescate de la verdadera esencia del 18 de julio, descontaminándolo de las injerencias totalitarias extranjeras. Lo revelador es que la validez persistente del momento fundacional de la dictadura, justo el que había permitido condensar todo el campo reaccionario en torno a los principios del fascismo, continuaba viva en 1947-8, según muestra el autor en la utilísima y desmitificadora reconstrucción de la polémica entre el Pedro Laín Entralgo de *El problema de España* y el Rafael Calvo Serer de *España sin problema*, ninguno de los cuales se planteaba siquiera conceder « ciudadanía a los vencidos », porque compartían « la expropiación de la condición española del adversario » y coincidían en su ratificación de « la victoria de 1939 y de los motivos del 18 de Julio » (pp. 882, 885). De este modo, aunque la retórica externa más totalitaria pudiera revocarse, el origen netamente fascista de la dictadura, presentado como restauración nacional, resultó ser el punto irrevocable, e innegociable por parte de los vencedores, que explica la notoria continuidad y la longevidad de la dictadura española y su cultura legitimadora.

Solo me atrevería a interponer un pero a esta impecable interpretación. La objeción se refiere a la localización de la continuidad cultural de fondo entre los juristas en su antiliberalismo, ya presente en años republicanos como signo además de su progresiva fascitización. Sería este ataque doctrinal al Estado liberal en el momento de su crisis el que explicaría el paso indoloro desde el régimen republicano al primer franquismo, y el que constituiría el horizonte cultural « indispensable para construir espacios de complicidad intelectual, de hegemonía ideológica y de formación profesional de los cuadros políticos del régimen » (p. 739). El problema de raíz de esta interpretación procede de un concepto solo parcial de lo « liberal », entendido como sinónimo de lo democrático y del imperio constitucional de los derechos individuales y políticos. Tal es, en efecto, el concepto de liberalismo tácitamente empleado por buena parte de la historiografía, sobre todo a la hora de calificar los autoritarismos como antiliberales. El problema es que ese concepto de liberalismo no es el que encontró plasmación histórica concreta en el Estado liberal del siglo XIX, algo especialmente notorio en el caso español. Ese Estado liberal decimonónico no se caracterizaba ni por el imperio de la Constitución y la ley parlamentaria, ni por el goce irrestricto de los derechos en ella consagrados, ni por la democracia, sino más bien por el imperio del ejecutivo y el ejercicio del poder a través de una administración discrecional. El Estado liberal al que

atacaban los franquistas era más bien una construcción doctrinal sin excesivo correlato en la realidad histórica; de hecho, los objetivos perseguidos en la construcción autoritaria del Estado liberal en el siglo XIX fueron paradójicamente logrados en buena parte por el propio franquismo ⁽¹⁵⁾, algo que demuestra, no la disparidad de inspiración cultural, sino más bien lo contrario, la solidaridad de fondo con los planteamientos jurídicos del liberalismo conservador de la España isabelina (1833-1868) y la Restauración (1875-1923) ⁽¹⁶⁾.

A lo que se oponían estos juristas, por tanto, no era al liberalismo sin más, sino a una variante del mismo muy específica, la laica, individualista, tolerante y solo relativamente democrática, que en la genealogía española era francamente minoritaria y que no había tenido más oportunidad de vigencia que durante el Sexenio. Su auténtico demonio, por tanto, no era el liberalismo efectivamente vigente y dominante en la historia estatal española, sino la democracia sin más, sobre todo la social intentada por la República. Por eso no debe sorprender que Luis Legaz o Carlos Ruiz del Castillo o Eduardo L. Llorens o Sabino Álvarez Gendín o incluso el propio Antonio Goicoechea, todos ellos juristas liberal-conservadores, se enfrentaran en un comienzo a la República, no en nombre del fascismo, sino enarbolando los principios capitales del Estado liberal tradicional contra la democracia social, de la defensa cerrada de la propiedad privada y la libertad contractual al monismo de la soberanía estatal o a la autonomía de la iglesia católica. Así, todavía en 1934-35, lo que predominaba en la élite jurídica opuesta a la República no era un antiliberalismo que mantendrían durante y tras la guerra civil; profesaban, por el contrario, un liberalismo conservador incompatible con la democracia transformadora del sistema republicano, pero desde el que se transitó apenas sin escollos, ante la presión socializadora y en el contexto de la guerra, hacia los principios más netamente fascistas.

En este sentido, el proceso de fascistización expuesto por Gallego permite apreciar hasta qué punto el núcleo doctrinal fascista llegó a absorber incluso al liberalismo conservador, pero esta absorción implicó una considerable rectificación, como demuestra, por ejemplo, el caso de Legaz y la reedición revisada de su *Estado de derecho*. Teniendo este dato presente, se torna además mucho más comprensible el rescate estratégico del liberalismo doctrinario, y el diálogo más fluido enta-

⁽¹⁵⁾ En forma de revisión bibliográfica, he tratado el asunto de la fisonomía real del Estado liberal en *Legislación autoritaria, estados de sitio y enemigos políticos en la construcción del Estado liberal*, en estos « Quaderni fiorentini », 39 (2010), pp. 827-898.

⁽¹⁶⁾ Por eso hubo continuidad legal e institucional con el sistema político de la Restauración no solo a partir de 1943, sino desde el primer momento: Sebastián MARTÍN, *Génesis y estructura del 'nuevo' Estado*, en *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Federico Fernández-Crehuet, Daniel García López (eds.), Granada, Comares, 2009, 79-135.

blado con el siglo XIX, ya desde 1945, expuesto con detalle por el autor, principalmente a través de las ideas de Luis Díez del Corral, pero no solo (p. 827 y ss.). Lo que ocurre es que en este punto la cultura franquista no experimentó una inflexión, más bien se producía en ella un reencuentro con sus raíces originarias, colocadas en la España isabelina y en la Restauración, regímenes fundamentados doctrinalmente en una aleación entre liberalismo capitalista, autoritarismo estatal, nacionalismo centralizado y catolicismo integral. Y, claro, este dato no debe servir para sostener que el fascismo fue una especie de sarampión del liberalismo conservador español, sino justo lo contrario, esto es: que el modo en que se constituyó el derechismo español, mediante abuso de autoridad, estados de excepción, leyes autoritarias y conceptos excluyentes de la comunidad, lo hacía por su propia naturaleza muy permeable a los atributos identificadores del fascismo en general.

SEBASTIÁN MARTÍN

SAVERIO GENTILE, *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*, Torino, Giapichelli, 2013, pp. XVI-616.

Sono ormai passati molti anni (più di 50) dall'epoca nella quale la storiografia (e non solo quella giuridica) tentava di superare il « blocco » opposti tenacemente all'approfondimento storico sulla persecuzione antiebraica in Italia. « Blocco » ben illustrato, nel 1961, da Delio Cantimori, che, nella *Prefazione a Gli ebrei italiani sotto il fascismo* di Renzo De Felice, pubblicato (non senza suscitare polemiche) proprio nel 1961, sottolineava la difficoltà, di scrivere quella tragica storia e, forse quasi in senso autobiografico, per chi fosse appartenuto alla sua generazione; ed evocava il senso di vergogna e di rimorso personale e umano: « quasi che non ci si possa non sentire corresponsabili in qualche misura », scriveva. Da questo sentimento — secondo Cantimori — era nato il silenzio caduto sull'argomento, mentre invece — sono sempre le sue parole — sarebbe stata necessaria una lucida e dolente assunzione di responsabilità da parte dello storico, « come si deve fare se si vogliono capire le cose come sono » (1).

Nel 1962 uscì la seconda edizione de *Il lungo viaggio attraverso il fascismo* di Ruggero Zangrandi, che, alla sua prima stampa, nel 1948,

(1) D. CANTIMORI, *Prefazione*, in R. De Felice, *Gli ebrei italiani sotto il fascismo*, Torino, Einaudi, 1961, p. XIII. Nelle successive edizioni la prefazione fu sostituita dallo stesso De Felice.

aveva destato scandalo specialmente nell'ambito del Pci, giacché vi si rievocavano i trascorsi nei Guf (Gruppi universitari fascisti) di una parte dell'allora giovane dirigenza comunista. In realtà, nel libro (scritto da uno dei protagonisti di quel «lungo viaggio») si delineava soprattutto la storia di una generazione che — con le riviste, l'università, i primi lavori giornalistici — aveva attraversato il fascismo dall'interno, dapprima aderendovi e poi, in molti casi, ribellandosi sino a combattere nelle fila della Resistenza. Ma in questa seconda edizione, Ruggero Zangrandi faceva i conti anche con le generazioni precedenti. «Le responsabilità delle classi dirigenti» era infatti il titolo di una delle nuove appendici al libro, divisa tra «La responsabilità della classe dirigente prefascista (1919-1926)» e «La responsabilità della classe dirigente italiana nel consolidamento del regime (1926-1935)» e, poi, «La responsabilità della classe dirigente fascista nell'entrata in guerra dell'Italia». Fu questa la prima volta — ritengo — in cui si fece menzione del coinvolgimento di buona parte dei vertici delle magistrature, degli apparati statali, dell'università e delle élites accademiche, nell'aver sostenuto, non solo a parole (come negli articoli del «Diritto razzista», ad es.), ma il più volte con atti dotati di efficacia giuridica, le leggi antiebraiche (2). Un'accusa grave, sebbene sollevata da parte di un outsider (che purtroppo di lì a poco si sarebbe suicidato) (3) inferto alla pretesa neutralità del diritto e delle istituzioni, alla volontà di una intera classe dirigente, per altro neanche tanto nascosta, di non fare i conti con il proprio passato.

Ora, dopo tanti anni, la situazione appare molto mutata, anche se si tratta di un cambiamento piuttosto recente, almeno se lo si considera nei termini e nelle dimensioni ampie testimoniati dagli studi attuali (4). A partire dal 2006, infatti, molti storici del diritto (e non solo del diritto: mi riferisco qui ad Anne Matard Bonucci, *L'Italie fasciste et la persécution des juifs*, che ha dedicato molto spazio al ruolo del ceto dei giuristi e dei burocrati nella persecuzione) (5) hanno messo in discussione il giudizio che le generazioni precedenti avevano dato sia sul portato giuridico delle leggi antiebraiche, sia, di conseguenza, sull'atteggiamento dei giuristi di fronte a esse.

(2) R. ZANGRANDI, *Il lungo viaggio attraverso il fascismo*, Milano, Feltrinelli, 1963, p. 407 e ss.

(3) Morì nel 1970, cfr. A. GRANDI, *Fuori dal coro. Ruggero Zangrandi. Una biografia*, Milano, Baldini & Castoldi, 1998.

(4) Già in coincidenza con il 40° anniversario della promulgazione delle leggi, alla fine degli anni Settanta, si ebbero i primi studi sull'aspetto giuridico della persecuzione. Per una rassegna storiografica cfr. S. FALCONIERI, *Razzismo e antisemitismo. Percorsi della storiografia giuridica*, in «Studi storici», 1 (2014), pp. 155-168.

(5) Paris, Perrin, 2006.

Esiste ormai una consolidata bibliografia, in gran parte costituita di opere uscite nell'ultimo decennio ⁽⁶⁾: Giuseppe Speciale, *Giudici e razza nell'Italia fascista* (2007) ⁽⁷⁾; Olindo De Napoli, *La prova della razza. Cultura giuridica e razzismo in Italia negli anni Trenta* ⁽⁸⁾ e Ernesto De Cristofaro, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista* ⁽⁹⁾; *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto: a 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di Loredana Garlati e Tiziana Vettor ⁽¹⁰⁾ (tutti del 2009); la raccolta di saggi a cura di Giuseppe Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi* (2011) ⁽¹¹⁾; Silvia Falconieri, *La legge della razza. Strategie e luoghi del discorso giuridico fascista* (2012) ⁽¹²⁾; a cura di Speciale *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano* (2013) ⁽¹³⁾; da ultimo il libro di Michael A. Livingston, *The Fascists and the Jews of Italy. Mussolini's Race Laws 1938-1943* (2014) ⁽¹⁴⁾. Di questa ampia e variegata produzione storiografica, proprio recentemente, Silvia Falconieri ha, tra l'altro, compiuto un bilancio dalle pagine di « Studi storici » interamente dedicato alla storiografia sul fascismo degli ultimi 30 anni. In questa sede mi limito a sottolineare una delle conclusioni cui giunge la studiosa: « l'implicazione della cultura giuridica italiana appare più massiccia e imponente di quando si fosse ipotizzato nella seconda metà degli anni Novanta » (aggiungerei anche prima, a parte alcune significative eccezioni) ⁽¹⁵⁾.

Il libro di Saverio Gentile è un'opera matura, complessa, che ben si inserisce in questa generale rivisitazione. Critica del ruolo della scienza giuridica, ma va oltre, unendo al primo approfondimento l'analisi accurata del comportamento degli apparati delegati alla repressione, della « macchina » dello Stato impegnata a seguire tutte le complesse fasi dell'attuazione delle leggi.

Il volume si concentra su tre direttrici. La prima è costituita da un'approfondita analisi della cultura giuridica. Si può affermare, in estrema sintesi, che l'A. giunga a suddividere il mondo dei giuristi in tre gruppi: i primi due minoritari, vale a dire i pochi coraggiosi oppositori e, dall'altro canto, i rumorosi aderenti. E, nel mezzo, la grande mag-

⁽⁶⁾ Mi limito a citare, senza pretesa di essere esaustiva, solo le monografie.

⁽⁷⁾ Torino, Giappichelli, 2007.

⁽⁸⁾ Milano, Mondadori, 2009.

⁽⁹⁾ Torino, Giappichelli, 2009.

⁽¹⁰⁾ Milano, Giuffrè, 2009.

⁽¹¹⁾ Milano, Giuffrè, 2011.

⁽¹²⁾ Bologna, il Mulino, 2012.

⁽¹³⁾ *Quaderni di Historia et Ius* n. 3, Bologna, Patron editore, 2013.

⁽¹⁴⁾ New York, Cambridge University Press, 2014.

⁽¹⁵⁾ FALCONIERI, *Razzismo e antisemitismo. Percorsi della storiografia giuridica*, cit., p. 166.

gioranza dei « silenti », coloro che non presero posizione, o si limitarono, nei propri manuali o riviste, a formulare un cenno marginale alle leggi razziali. La tripartizione di Gentile sembra quasi riecheggiare quella famosa di Piero Calamandrei, nel suo *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, in relazione al comportamento dei giudici durante il fascismo. Anche in quell'opera si individuavano tre categorie: gli « eroici », disposti a « perdere il posto » e finire al confino, pur di difendere la loro indipendenza; la grande « massa di magistrati ligi alle leggi », pronti ad applicare le norme, qualunque fosse il regime che le emanava « con dignitosa imparzialità »; infine, « gli indegni », che « per arrivare rapidamente ai più alti posti direttivi » erano venuti meno, senza scrupoli, ai doveri della professione di giudice ⁽¹⁶⁾.

Il secondo terreno d'indagine di Gentile è rappresentato dalla normativa antiebraica nel suo complesso e, soprattutto con impiego di documentazione di prima mano sinora rimasta inedita, dalla sua applicazione.

L'ultima direzione di approfondimento del libro riguarda infine i rapporti del fascismo con le due forze esterne che condizionarono in modo opposto la vicenda, vale a dire il nazismo e la Chiesa, nonché una serie di considerazioni sul ruolo importante svolto dall'Unione delle Comunità israelitiche italiane.

Ovviamente, le linee indicate si intrecciano tra di loro e si completano con altri elementi di indagine (ad es. l'influenza tedesca è tenuta sempre presente sia sullo sfondo, sia studiata in sé nei rapporti tra i giuristi nei Convegni giuridici italo-tedeschi). Un altro tema importante che emerge in più punti è il rapporto tra razzismo coloniale e politica antiebraica: da questo punto di vista, le colonie — ormai è chiaro — « furono un laboratorio importante per mettere a punto criteri e categorie poi trasportate in ambito metropolitano » ⁽¹⁷⁾.

Dall'opera di Gentile emerge però soprattutto, e con ancora più nettezza e precisione di quanto sinora non fosse avvenuto, la « tipicità » del razzismo italiano, che smentisce in modo convincente la vecchia tesi delle leggi antiebraiche come misure importate tout court dall'alleato nazista per compiacerlo (posizione, peraltro, non sostenuta da Renzo De Felice nella I ed. del suo libro, ma solo successivamente abbozzata nelle sue interviste; e peraltro tesi dominante in molta della storiografia degli anni '70). In realtà, come ha sostenuto Aldo Mazzacane, le ragioni del « cambio di marcia » sulla razza vanno ricercate in un intreccio di esigenze di politica internazionale e di politica interna, avvertite dal

⁽¹⁶⁾ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, Ponte alle Grazie, 1999 [ripr. int. della 4^a ed. del 1959, 1^a ed. 1935], p. 220.

⁽¹⁷⁾ A. MAZZACANE, *Il diritto fascista e la persecuzione degli ebrei*, in « Studi storici », 1 (2011), pp. 93-125, p. 119.

duce e manifestatesi via via più imperiosamente con l'avanzare degli anni Trenta ⁽¹⁸⁾.

Nel suo libro — è importante sottolinearlo — l'A. è riuscito in un'impresa molto difficoltosa: mettere insieme due aspetti, che in passato sono spesso stati tenuti separati anche concettualmente (e a mio parere in modo erroneo): il discorso giuridico, da un lato, e l'elaborazione ed applicazione delle norme, dall'altro. Pregio del volume è, infatti, aver dimostrato come questi due piani non possano essere scissi nell'esaminare la storia di istituti, di istituzioni, di idee, insomma di vicende complesse come le leggi antiebraiche (ma non solo), perché invece naturalmente connessi, indissolubilmente intrecciati. Appare semmai una forzatura separare, come spesso si è fatto, le rispettive linee d'indagine.

Per quanto riguarda la cultura giuridica, l'A. si è concentrato, nei capitoli I e VI, sulla « scienza giuridica e la legislazione antiebraica » e « sul codice civile e la razza », approfondendo il ruolo della dottrina: il « diritto razziale » non ebbe, in realtà, un peso reale né nelle facoltà di giurisprudenza, né nelle riviste più prestigiose, al punto che si rese necessario crearne una ad hoc (« Il diritto razzista »), ad opera di Stefano Cutelli (personaggio in cerca di autore e di successo) ⁽¹⁹⁾. Ma la nuova rivista — e questo è un dato rilevante che molto dice anche del funzionamento concreto e dei meccanismi del regime — fu osteggiata sia da parte di alcuni gerarchi del partito, come Giuseppe Bottai, nonché dai funzionari della Direzione generale per la demografia e la razza del Ministero dell'interno (Demorazza), tutti schierati a sostegno del proprio organo (« Razza e civiltà »), sicché, in definitiva, — ci rivela l'indagine di Gentile — si ebbe un pieno isolamento in campo accademico e scientifico di Cutelli e del suo periodico.

Una « folta rappresentanza » della magistratura italiana ai suoi massimi livelli, però, partecipò attivamente al comitato scientifico e alla redazione di articoli della rivista. Segnale questo di un conformismo attivo nei confronti del regime che non stupisce se si guarda alla storia del corpo giudiziario nel suo lungo periodo ⁽²⁰⁾. Un esempio su cui si sofferma l'A. è il caso di Mario Baccigalupi, nome sconosciuto ai più, ma in grado di superare le vicende belliche e di riproporsi in seguito come giudice di Cassazione (al pari di numerosi altri magistrati), il quale riempì con i suoi « deliri giuridici » le colonne di « Il diritto razzista » (pp. 53 e 62 e ss.).

⁽¹⁸⁾ Ivi, p. 109.

⁽¹⁹⁾ Cfr. O. DE NAPOLI, *Come nasce una rivista giuridica antisemita. Tradizionalismo e razzismo nell'azione di Stefano Mario Cutelli*, in « Le Carte e la Storia », 2012, 2, pp. 98-116.

⁽²⁰⁾ Mi permetto di rinviare ad A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, il Mulino, 2013, in part. la seconda parte sul fascismo.

Non è il caso, né c'è lo spazio, per insistere su altri aspetti del libro pur degni di approfondimento, come la vicenda dei famosi Convegni giuridici italo-tedeschi (del 1938 e del 1939: vi fu coinvolto Leopoldo Piccardi, da cui una polemica del dopoguerra che spaccò in due il gruppo radicale), anch'essi analizzati dall'A. nella loro sostanza, al di là dei proclami propagandistici degli stessi organizzatori, o le ambiguità (forse neanche troppo tali) della civilistica di fronte all'art. 1 del codice civile ⁽²¹⁾.

Qui già si avvertono due caratteristiche metodologiche dell'opera: la prima riguarda la misura e l'equilibrio con cui l'A. esprime il giudizio storico sulle persone e le diverse vicende; l'altra è rappresentata dall'attenzione dell'autore alle fonti, che — lo si è accennato — rappresenta una delle novità del volume, corredato peraltro anche di un'ampia e interessante appendice documentaria.

Negli altri capitoli (cap. II, III, V e VII) è analizzato il corpus normativo e la sua « gestione della legislazione antiebraica », con attenzione alle circolari amministrative delle diverse strutture amministrative. La novità è qui rappresentata dai documenti, in parte inediti, prodotti dalla Demorazza. Ma non solo ⁽²²⁾: vengono utilizzati anche gli atti parlamentari, spesso per questo periodo sottovalutati dalla storiografia. Com'è noto, il Parlamento non era più libero di agire (anzi dal '39 era stata istituita la Camera dei fasci e delle corporazioni al posto della Camera dei deputati), ma le discussioni a Montecitorio e Palazzo Madama presentano comunque elementi di interesse per comprendere gli apporti individuali all'elaborazione delle singole norme, così come lo sono gli Atti del Consiglio dei ministri, pure studiati da Gentile. In quella sede, grazie all'attenzione dell'A., si evidenzia, da un lato, l'affannarsi dei gerarchi in cerca di legittimazione da parte di Mussolini, ma anche il ruolo delle singole strutture ministeriali di fronte alla casistica che si prospettava loro nell'applicazione concreta delle norme. Emergono così i conflitti di competenza tra gli apparati, ovvero le dinamiche peraltro consuete nell'amministrazione che il regime non eliminava, anzi, forse, in qualche modo — in assenza di altri tipi di dialettica più aperta e trasparente — esaltava, anche se l'ultima parola (quasi sempre) spettava al duce ⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ Cfr. G. CIANFEROTTI, *Status e legislazione razziale. Francesco Santoro Passarelli esegeta dell'art. 1 del codice civile*, in « Le Carte e la storia », 2013, 2, pp. 21-34.

⁽²²⁾ In tema cfr. G. TOSATTI, *Storia del Ministero dell'Interno. Dall'Unità alla regionalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2009, pp. 208-212.

⁽²³⁾ Sulla dialettica tra i diversi ministeri su questioni importanti cfr. G. MELIS, *Fare lo Stato per fare gli italiani. Ricerche di storia delle istituzioni dell'Italia unita*, Bologna, il Mulino, 2014, in part. il cap. dedicato a *La giurisdizione sul rapporto d'impiego negli enti pubblici e il ruolo di Santi Romano*, pp. 231-254.

Una delle parole chiave che viene in discussione è il termine « discriminazione », ovvero la possibilità prevista dalle norme che ad alcuni ebrei non venisse applicata la normativa razziale. Ciò aprì, naturalmente, la porta alla discrezionalità amministrativa, e quindi, in breve, ai favoritismi e alla corruzione. La scelta del regime di operare una distinzione, all'interno dei meccanismi della persecuzione, tra « discriminati » e « non discriminati » non può naturalmente celare il dato di fatto che ci si trovava di fronte a due forme — la seconda, ovviamente, più grave della prima — di limitazione dei diritti e di emarginazione sociale. Anzi, il procedimento con cui lo Stato spingeva taluni a differenziarsi dagli altri, vantando le proprie benemerienze fasciste o sostenendo la propria non appartenenza alla « razza ebraica », costituì forse — come ha scritto Guido Alpa — « l'apice dell'abiezione » da parte del regime ⁽²⁴⁾ o, comunque, un'ulteriore prova (se ve ne fosse bisogno) dell'aberrazione dell'intero sistema messo in piedi. Nell'applicazione delle leggi antiebraiche, il dramma venne dunque « burocratizzato » sino all'estremo limite.

Ma emerge anche, grazie all'analisi accurata dell'A., la complessità della « macchina » amministrativa messa in moto, con la selva di disposizioni del « corpus normativo » antiebraico, aggravata dal complesso di norme regolamentari e di circolari che si succedettero fino alla caduta del fascismo e poi, ancora più drammaticamente, nella Repubblica sociale italiana (oggetto, peraltro, di uno specifico approfondimento). Tutti i singoli aspetti della vita sociale, pubblica e privata degli ebrei vengono presi in considerazione da disposizioni estremamente minute e vessatorie anche ai limiti del ridicolo (è citata da Gentile la celebre, amara battuta di Trilussa, nel 1941, sul nome da dare al suo gatto domestico, e sul rischio che quel nome suonasse « un po' giudizio », p. 184).

Su tutta la « congerie » di questioni interpretative poste dalle strutture centrali e periferiche dello Stato il dominus era, in definitiva, la Demorazza, diretta da un prefetto di provata fede fascista, Antonio Le Pera. Questa struttura specialistica del Ministero dell'Interno dovette affrontare — secondo la Relazione al bilancio 1940-41 — « una mole di lavoro così importante e complessa », con « un'attività instancabile, vigile ed accorta che torna ad onore dei funzionari tutti che vi hanno atteso con piena comprensione della delicatezza dell'incarico loro affidato e sicura coscienza del proprio lavoro ». In realtà, nota l'A., « l'alluvione » di richieste proveniente dai diversi uffici amministrativi era per lo più tesa ad assicurare per le vie amministrative una persecuzione giuridica degli ebrei « la più compiuta precisa e capillare possi-

(24) G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2000 p. 287.

bile », in base al principio della « separazione della razza posto alla base della legge » (Relazione al bilancio 1943-44) (cfr. pp. 237-239).

Altro snodo di rilievo era poi costituito dalla Commissione, istituita presso la Demorazza per « decidere la non appartenenza di un individuo alla razza ebraica anche in difformità delle risultanze dello stato civile » (il cosiddetto Tribunale della razza). Un organo che « configurando uno spostamento di competenze dalla giurisdizione all'esecutivo » era in realtà « incompatibile con i principi dell'ordinamento vigente », ma questo non sembrò preoccupare troppo i giuristi (25). A far parte del Tribunale della razza furono chiamati magistrati di rilievo, e alla guida fu posto il responsabile dell'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia (1928-1943), nonché primo presidente di Corte d'appello, Gaetano Azzariti. Com'è noto, il giurista napoletano, in magistratura dai tempi di Vittorio Emanuele Orlando, collaboratore di tutti i ministri del regime, poi guardasigilli nel I governo Badoglio, passato al servizio della Repubblica immune dal giudizio di epurazione, avrebbe continuato a prestare la sua alta *expertise* al nuovo ministro della Giustizia Togliatti e, dopo la nomina a giudice costituzionale nel 1955, sarebbe stato designato come presidente della Corte costituzionale nel 1957 (26). In piena continuità, cioè, tra i tre regimi che hanno segnato la storia unitaria italiana (27).

L'A. si interroga e interroga noi su come sia stato possibile giungere alla « legalità del male » e lo fa in modo originale, con un profondo lavoro di ricostruzione che lascia aperte ancora alcune domande, ma dà molte risposte importanti.

ANTONELLA MENICONI

(25) MAZZACANE, *Il diritto fascista e la persecuzione degli ebrei*, cit., p. 114.

(26) Sulla figura di Azzariti molto è stato scritto: cfr., tra gli altri, I. PAVAN, *Prime note su razzismo e diritto in Italia. L'esperienza della rivista « Il Diritto razzista »*, in *Culture e libertà. Studi in onore di R. Vivarelli*, a cura di D. Menozzi, R. Pertici e M. Moretti, Pisa, Edizione della Normale, 2006, pp. 371-418, p. 416; N. RONDINONE, *Il Tribunale della razza e la magistratura*, in *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto*, cit., pp. 195-207, p. 109; MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., *ad indicem*; da ultimo M. BONI, *Gaetano Azzariti: dal Tribunale della razza alla Corte costituzionale*, in « Contemporanea », 4 (2014), pp. 507-688, che, pur suscitando polemiche giornalistiche, non sembrerebbe aggiungere molto di nuovo.

(27) Cfr. MELIS, *Fare lo Stato per fare gli italiani*, cit., in part. il cap. *Le istituzioni italiane negli anni Trenta: in mezzo al guado*, pp. 147-162.

MIGUEL ÁNGEL GIMÉNEZ MARTÍNEZ, *El Estado franquista. Fundamentos ideológicos, bases legales y sistema institucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 647.

En España, la historia del Estado se ha quedado prácticamente sin cultivar entre una historia constitucional interesada, ante todo, en los textos de las Constituciones sucesivas, y una historia contemporánea centrada en la historia política. Entre la exégesis y los comentarios de las normas fundamentales históricas y la reconstrucción de trayectorias de partidos, ideologías y políticos, el objeto estatal ha permanecido casi sin identificar como asunto de entidad propia para la historia en general, y la del derecho en especial.

La carencia es notable porque la historia de las sociedades europeas desde el siglo XIX es la historia de su paulatina estatalización, que culmina, con proyectos divergentes, democráticos unos, autoritarios otros, en la pasada centuria. A ella se añade otra particularidad, propia de la academia española: la inexistencia de la historia de las instituciones como rama independiente del saber histórico-jurídico, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, en Italia. En el caso español la disciplina es de conjunto, de «Historia del Derecho y de las Instituciones», tal y como reza su denominación oficial. Eso ha hecho que la segunda parte del sintagma, la institucional, haya sido arrastrada, en cronologías y hasta en métodos por la primera, por una historia del derecho entendida primordialmente como historia de leyes y, hasta no hace mucho, como historia de las épocas medieval y moderna. Incluso podría conjeturarse si no se debe a esa inclinación legalista el que, una vez adentrada en el siglo XIX, continuase prendida al fetichismo de la legislación escrita con su análisis preferente de las leyes constitucionales, aun para una época en que la normatividad y eficacia de dichas leyes resultaba más bien escasa.

Y todavía existe otro componente más, que ha conjurado contra la clara y abierta identificación del Estado en su conjunto como objeto esencial de la historiografía: la casi total incomunicación entre la historia general y la dedicada al derecho y las instituciones. Ni existe cátedra alguna de historia institucional o jurídica cubierta por los profesionales del ramo en las facultades de humanidades o de historia, ni tampoco existe la entrada indispensable de las referencias historiográficas generales, sociales y políticas, en las exposiciones escolares de historia jurídica.

Con estos precedentes, en lo que concierne al siglo XX, el panorama en España ha sido, salvando aproximaciones particulares y valiosas, el de una historia del derecho hasta el momento casi ausente y el de una nutridísima y laboriosa historia contemporánea en la que lo insti-

tucional, por no decir lo estatal, carecía de la autonomía y la entidad necesarias para concederles la atención de un estudio monográfico.

Por estos motivos es de celebrar la reciente monografía de Miguel Ángel Giménez, joven contemporaneísta extraordinariamente prolífico, que ya ha contribuido con otras monografías al estudio de instituciones capitales del Estado español de la pasada centuria ⁽¹⁾. No diremos que la cuestión del régimen político franquista sea terreno baldío. Aparte de haber sido examinada como asunto particular en exposiciones generales ⁽²⁾, ha contado con aproximaciones monográficas de considerable utilidad ⁽³⁾ y con estudios dedicados a instituciones concretas ⁽⁴⁾, utilizados en su mayor parte como base bibliográfica del libro aquí reseñado. De hecho, la existencia de este soporte anterior, y el propio tono expositivo, convierten este texto tanto en una investigación independiente como en una labor de síntesis de otras investigaciones, algo que faltaba en el ámbito historiográfico español para la época y el objeto en cuestión. La síntesis bibliográfica era, además, obligada, pues quizá no hubiera podido encerrarse de otro modo en un volumen el examen de todos los aspectos implicados en el objeto « Estado ». El resultado, en suma, es que el público español interesado en el tema dispone desde ahora de un ensayo equiparable al que, para el caso de la dictadura de Mussolini, realizó hace ya décadas Alberto Aquarone. Un ensayo impecablemente redactado, de sistemática irrefutable y fundado en

⁽¹⁾ Su tesis doctoral estuvo dedicada a un tema abordado en uno de los capítulos de la monografía reseñada: *Las Cortes españolas en el régimen de Franco: nacimiento, desarrollo y extinción de una Cámara orgánica*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2012. En la misma línea, abordando un momento crucial de la historia política española, ha publicado *Un parlamento en transición: las Cortes Constituyentes (1977-1979)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2015.

⁽²⁾ Santos JULIA, Giuliana DI FEBBO, *El franquismo*, Barcelona, Paidós, 2005. Aunque en otros casos es aspecto demasiado menor: Borja DE RIQUER, *La dictadura de Franco*, vol. 9 de la *Historia de España* dirigida por Josep Fontana y Ramón Villares, Barcelona-Madrid, Crítica-Marcial Pons, 2010.

⁽³⁾ Juan FERRANDO BADÍA, *El régimen de Franco. Un enfoque jurídico-político*, Madrid, Tecnos, 1984, pero también la útil presentación de Manuel RAMÍREZ JIMÉNEZ, *España, 1939-1975. Régimen político e ideología*, Barcelona, Labor, 1978. Y últimamente José ZAFRA VALVERDE, *El sistema político en las décadas de Franco*, Basauri, Grafite, 2004, Álvaro SOTO CARMONA, *Institucionalización y crisis del franquismo*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005, y *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur?*, Federico Fernández-Crehuet, António M. Hespanha (Hg.), Frankfurt a. M., Klostermann, 2008.

⁽⁴⁾ Valgan dos ejemplos bien valiosos, aunque cronológicamente acotados: Mónica LANERO TÁBOAS, *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)*, Madrid, CEC, 1996; FRANCISCO BERNAL GARCÍA, *El sindicalismo vertical. Burocracia, control laboral y representación de intereses en la España franquista*, Madrid, CEPC, 2010.

buena medida sobre materiales jurídicos, de ahí su destacado interés para el jurista historiador.

Giménez divide su exposición en dos partes diferenciadas. En la primera trata de los fundamentos culturales y jurídicos del sistema político franquista, mientras en la segunda, más extensa, aborda cada una de las grandes instituciones del Estado: la jefatura del mismo, el gobierno, las Cortes, el Consejo Nacional, la justicia, el ejército, la administración y la organización sindical. El libro cuenta además con un amplio anexo prosopográfico, donde se hace inventario de los altos cargos de la administración franquista, y con un cuidado cuadernillo de ilustraciones fotográficas, situado entre las pp. 304 y 305, con certeros pies descriptivos.

El primer bloque arranca con un punto capital: el debate en torno a la « naturaleza » del régimen político franquista suscitado por la tipificación que del mismo hizo Juan José Linz calificándolo de « autoritario », no totalitario, intento que fue contestado por historiadores progresistas (y exiliados) como Manuel Tuñón de Lara. En lugar de una caracterización uniforme, el autor prefiere, « dada la larga duración del régimen », tratar de las « distintas naturalezas » que tuvo, a saber: una originaria militar (1936-1937), otra posterior, pero breve, de « seducción totalitaria » (1937-1942), una sucesiva, más extensa y central, de « afirmación autoritaria » y nacional-católica (1942-1953) y una última, todavía más larga, de « apertura limitada », que abarcaría desde los pactos con los Estados Unidos de 1953 hasta la autodisolución institucional de la dictadura.

Ya esta división de naturalezas, que se quiere clarificadora, llama la atención por diversas cuestiones, que más bien oscurecen la comprensión del objeto. Por el término empleado — también habla de la « fase más miméticamente fascista » (p. 55) —, parece que lo totalitario se reduce a un corto influjo exterior, que « sedujo » a los protagonistas del franquismo, obligándoles a renunciar a su propia esencia, que se supone sería la tradicional y católica. Para sustentar su calificación no se toma el trabajo metodológico de anunciar al lector cuál es el concepto de totalitarismo que emplea para su tipificación, aunque se deduce del epígrafe que la existencia de un partido único y del Fuero del Trabajo son los factores en que se cifraría su epidérmico totalitarismo por contagio externo, ante todo italiano. No parece entonces que sean elementos inherentes al tipo totalitario el nacionalismo excluyente, la represión estructural, la dictadura unipersonal o los medios coactivos de generación de consensos, de la propaganda y la censura al adoctrinamiento oficial y la misma política social. Se da por entendido también que en España no llegó a existir, ni siquiera en este primer arranque, « un Estado fascista 'stricto sensu' como el hitleriano o el mussoliniano » (p. 39), porque el partido nunca se colocó por encima del Estado, como si eso hubiese llegado a ocurrir de forma permanente en Italia. Ahora bien, aun limitada la importada dimensión totalitaria

a los dos elementos citados, el partido único y la carta de valores sociales y constitucionales, ¿por qué no sigue considerándose un residuo de la misma su respectiva permanencia hasta el mismo final del régimen?

Ya veremos, de hecho, si efectivamente esa calificación plural del Estado franquista con varias naturalezas en función de la coyuntura, que supone su discontinuidad, se compadece bien con la propia reconstrucción del autor, o, sin embargo, entra en tensión con ella, al introducir variaciones superficiales que no afectaron a la esencial continuidad del régimen desde su propio nacimiento. Basta por ahora añadir, a este comentario preliminar, que también parece un punto exagerada esa última y extensa etapa de « apertura limitada ». Claro es que lo pretendido es « solo indicar jalones definitorios de la naturaleza de la dictadura por su trascendencia política, social y económica » (p. 34), pero, ¿es ese el enfoque más adecuado para una historia que se dice, no política y socio-económica, sino del Estado? ¿Ha llegado el autor a adoptar por entero el enfoque metodológico que exige el objeto de que trata? ¿No hubiese sido más atinada a ese fin la división, descartada como « puramente constitucional », que distingue una última etapa, desde la segunda mitad de los '60, cuando se aprueba la Ley Orgánica del Estado, y aun un epílogo final, con las transformaciones institucionales de los últimos compases? Queden estas dudas apuntadas para las consideraciones finales.

Giménez se inquiera asimismo sobre la fuente de legitimidad del régimen. Hubo, a su juicio, dos, una « de origen » y otra « de ejercicio ». La originaria no era otra que el golpe de Estado de 18 de julio contra un régimen « ilegítimo », la guerra civil subsiguiente, presentada como « Cruzada », y la victoria conseguida gracias a un caudillo designado por la providencia. Como indica el autor, el « régimen de Franco fue siempre expresamente el de los vencedores y nunca intentó, antes al contrario, apearse de semejante carácter »; tanto es así que « el recurso al recuerdo de la Guerra Civil como principal expediente legitimador del régimen [...] no se abandonará nunca hasta la reforma de Suárez », ya en 1977, muerto Franco (p. 55). Conviene retener estos pareceres porque interesarán también para la ponderación final. En cuanto a la legitimidad dimanada del desarrollo institucional, procedió de la modernización económica y la elevación relativa de la renta nacional, e intentó compensar desde muy pronto los déficits que la legitimidad originaria presentaba ante las nuevas generaciones que no vivieron la conflagración.

Entre los postulados ideológicos que dieron cimiento cultural al Estado de Franco se distinguen aquellos « fundacionales », localizados en la propia raíz del modelo, de los sobrevenidos que permitieron renovarlo internamente. Se alude así, entre los primeros, al nacionalismo imperialista, al catolicismo integral, al autoritarismo, al corporativismo y a la persistente oposición al comunismo y a la democracia

parlamentaria ⁽⁵⁾. Y como elementos renovadores se citan el « desarrollo económico » y, con todo el acierto, el « apoliticismo y la desmilitarización », aunque, bien visto, este factor era también fundacional, pues la asimilación forzosa a la comunidad nacional auténtica conllevaba, por fuerza, la eliminación de toda disputa entre programas o proyectos de país, es decir, la supresión de la política misma. Y es que, como el propio autor señala, la dictadura franquista « quiso ser siempre, por encima de sus azares y avatares, un régimen antipolítico, cuyo ideal era la despolitización de los españoles » (p. 94). De hecho, no es casual que la misma vigilancia policial de los derrotados, ya entrados los '50, persiguiese en sus pesquisas corroborar, como muestra del éxito tanto de la guerra como de la dictadura, que los izquierdistas ya habían pasado a tener una existencia privatizada, despolitizada, con hábitos y costumbres (trabajo, hogar, iglesia, esparcimiento políticamente neutro) compatibles con las esencias del régimen ⁽⁶⁾.

Por último, en este primer bloque se estudian dos puntos de importancia capital para la configuración del Estado franquista. Por un lado, el partido único, el llamado « Movimiento Nacional ». Todas las fases de su trayectoria quedan puntualmente examinadas, así como su estructura orgánica, sus dependencias y funciones. Por otro lado, se analiza, junto a la forma de Estado, cada una de las llamadas « Leyes Fundamentales » que dieron osamenta axiológica e institucional a la dictadura. Su exposición es una brillante combinación de interpretaciones doctrinales, contenidos legales, juicios de situación y comentarios de ponderación conclusiva.

El segundo bloque, como se ha indicado, recorre cada una de las grandes instituciones. En casi todos los casos nos encontramos también una exposición que concilia las variadas facetas que convergen en ellas: su definición teórica, su legitimación cultural, su historia interna, con indicación de cada una de las fases que atravesó, y la descripción de su estatuto, órganos, funciones, competencias y, en su caso, titulares. Para

⁽⁵⁾ Con terminología corriente en la historiografía, el autor emplea el término « antiliberalismo » (pp. 79-81), sin dejar hueco entonces al liberalismo de la iniciativa privada en economía, de la centralidad de la propiedad privada y de los valores conservadores, que no solo tenía acomodo en el régimen, sino que suministraba además base social y legitimación cultural al mismo. Al cifrar la alergia a lo « liberal » en la « reacción contra las instituciones republicanas », sobre todo el « sufragio universal y el parlamentarismo », se sobreentiende, sin embargo, que la referencia es, en realidad, a la democracia, y no al liberalismo.

⁽⁶⁾ Llamo la atención sobre ello en *Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea (1874-1974)*, en estos « Quaderni fiorentini », 38 (2009), pp. 917-8. Miguel Ángel Giménez rescata declaraciones del dictador que permiten apreciar hasta qué punto « se sintió satisfecho con esta masiva despolitización, que había afectado, sobre todo, a la mentalidad de los trabajadores » (p. 95).

ello se basa en un amplísimo repertorio documental compuesto de fuentes legales y doctrinales, biografías y memorias de los protagonistas y una exhaustiva, inagotable y actualizada bibliografía. Junto a motivos evidentes de cultura historiográfica general, si por algo ha de interesar al jurista historiador el volumen reseñado es precisamente por el papel central que en su desarrollo juegan todos los materiales jurídicos e institucionales, tanto legales como de teoría del derecho.

Tomemos un caso que ejemplifica esa confluencia temática que debería despertar el interés de los historiadores del derecho. En el capítulo sobre la «Jefatura del Estado» repasa las teorías del caudillaje que quisieron revestir el cargo de trascendencia y profundidad. Se detiene así en la famosa interpretación de Francisco J. Conde, que presenta con tino y eficacia. Se aprecia en este punto la distancia notoria entre el discurso analítico de los historiadores y el de los juristas cuando de examinar una teoría jurídica se trata. Así, invocando la autoridad de Ismael Saz, contemporaneísta experto en el periodo (7), se afirma que la «progresiva derrota del falangismo más radical y la reafirmación del carácter puramente tradicional y católico del Movimiento marcó una reformulación del concepto de caudillaje» (p. 192), y de ello sería expresión, por lo visto, la noción mantenida por Conde. Dejando a un lado la firme militancia falangista de este profesor de derecho político, por no hablar de la forzada disociación entre catolicismo y falangismo a la que después se aludirá, no se llega a entender lo que conduce a pensar que una fundamentación weberiana del caudillaje anclada en la idea joseantoniana de «destino» supone una alternativa católica a las ideas prácticamente simultáneas sobre el particular de Luis Legaz Lacambra y Juan Beneyto. Como tampoco se alcanza a comprender cómo vuelve a ser Conde quien, a través de su obra de 1945 *Representación política y régimen español*, termine por sustraer al «caudillaje español muchos de sus rasgos fascistas y populistas» hasta resolverlo «en contenidos tradicionales (monárquicos y cristianos) y racionales (las Leyes Fundamentales)» (p. 194), cuando su concepto de la «esencia de la representación política», virtualmente idéntico al expuesto por Carl Schmitt y Gerhard Leibholz en su combate contra la República de Weimar (8), continuaba haciendo del dictador la persona que «hacía

(7) Son títulos de referencia de este autor *España contra España: los nacionalismos franquistas*, Madrid, Marcial Pons, 2003; *Fascismo y franquismo*, Universidad de Valencia, 2004; y *Las caras del franquismo*, Granada, Comares, 2013.

(8) No es casual además la coincidencia de título: Gerhard LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems: ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre*, Berlin, Gruyter, 1929.

presente » y « actualizaba » políticamente al « pueblo », entendido como comunidad unitaria « de valores » (9).

Diríase que la estratégica reducción que Conde hizo en dicha obra del fascismo como puro irracionalismo — « acción, sin más objetivo que la acción misma » (10) — sigue sirviendo al historiador de hoy para creer que sus postulados se hallaban liberados de todo residuo genuinamente fascista. O podría llegar a argumentarse otra cosa, aún más grave: sostener que la idea de representación política esgrimida por Conde en 1945 estaba ya emancipada por completo de inclinaciones fascistas supone un ejercicio interpretativo muy concreto, que concede plena credibilidad a las fuentes doctrinales del fascismo español para hablar sobre la esencia del propio fascismo español. El criterio hermenéutico que se moviliza entonces es el de la pura literalidad, de forma que las fuentes siempre dicen lo que dicen literalmente sin esconder estrategias prácticas detrás, que el intérprete estaría llamado a desvelar. Si Conde en su exposición del *régimen político español* dice que para su generación el fascismo fue solo « una idea muy seductora » (adjetivo que parece inspirar el diagnóstico de Giménez); que España mantuvo desde el comienzo una posición de escrupulosa neutralidad « frente a las ideas pugnantas » del fascismo, el comunismo y el liberalismo, pretendiendo con su gesta trascender la pugna misma; si afirma que para los combatientes nacionalistas españoles, a diferencia de los fascistas, la violencia no era un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio de la « verdad »; y, en fin, si sostiene que lo propio del liderazgo español era, no « abandonarse a merced de sus impulsos irracionales », al modo fascista, sino señalar un plan de acción « racional » inspirado en el amor al prójimo e inscrito, por tanto, « en el horizonte cristiano » (11), entonces, si Conde afirma todo esto sobre la representación política, es que se ha abandonado ya todo fascismo y se ha pasado a una concepción racional y católica de la misma. Labor del intérprete, sin embargo, es interponer filtros críticos a los testimonios de los interlocutores históricos para no limitarse a resumir o parafrasear textos, sino para intentar desentrañarlos, detectando en ellos prácticas y estrategias. Parece evidente, en primer lugar, que la representación que Conde hacía del fascismo se compadecía muy mal con la entera realidad del sistema italiano, que no era verborrea irracionalista sin más. Resulta también obvio, en segundo término, que Conde, como el resto de juristas del primer franquismo, había aplicado a sus teorías giros del vitalismo totalitario, que ahora convenía ocultar, del mismo modo que

(9) Francisco J. CONDE, *Representación política y régimen español*, Madrid, Subsecretaría de Educación Popular, 1945, p. 49 y ss.

(10) *Ibid.*, p. 88 y p. 40 y ss. sobre su interpretación de la representación política bajo el fascismo.

(11) *Ibid.*, pp. 84, 91, 93 y 97.

había concebido desde siempre la guerra y el nuevo Estado como experiencias encuadradas dentro la catolicidad esencial de España, lo que ocurre es que este catolicismo integral, que en el fragor de la guerra señalaba la aportación particular de España a la constelación totalitaria, resultaba ahora la plataforma desde la que sacudirse el parentesco totalitario. No es menos patente, en tercera instancia, que esa concepción de la comunidad nacional como entidad axiológica monolítica, verdadera, a la que había que «rescatar» por la violencia de la decadencia en la que la tenían sumida los enemigos, recuerda mucho a la nueva y verdadera Italia que los fascistas vinieron a salvar también por el terror de la corrosión a la que la habían sometido socialistas, comunistas, populistas y liberales. En cuarto lugar, tampoco presenta excesiva dificultad calificar como populista cualquier teoría que supusiese la identificación de todo el pueblo en su conjunto, considerado como unidad, con su dictador. Y, por último, parece igualmente claro que aludir a un «plan racional» como *telos* de la labor actualizadora e integradora del representante es dato del todo insuficiente para decretar su racionalidad efectiva, mucho más si viene rodeado de categorías místicas, emotivas e irracionales — «amor», «verdad», «idea», «destino», «*ethos* existencial» —, que se compadecen muy mal con un tipo de representación basada en un derecho racional. Por eso, la teoría de Conde, más que suponer una mutación de planteamiento, desde el fascismo irracionalista al cristianismo humanista y racional, implica un desplazamiento interno al propio campo de las doctrinas jurídico-políticas del fascismo español. Porque, ¿no fue acaso el fascismo español, desde su origen, un fascismo católico, es decir, que hacía del catolicismo el núcleo esencial de la nación a la que quería encarnar? ¿O es que lo fascista debe reducirse a lo irracional, y una vez jibarizado, separase de lo católico, como si lo católico lo negase por principio? La convicción de quien suscribe es clara: el sustrato y la esencia cultural del fascismo español no puede entenderse si se cree que el catolicismo implica la negación del fascismo.

Como se ha indicado, Giménez no solo se detiene en la legitimación cultural de las diversas instituciones. Recorre todos sus aspectos. En el caso de la Jefatura del Estado cuenta la concentración de todos los poderes en la persona de Franco, destaca la unión en él de la jefatura estatal con la presidencia del gobierno, narra la conversión de la dictadura en una monarquía a través de la futura sucesión del «Caudillo», algo que supuso una «instauración» en toda regla, no una mera «restauración» (p. 206), y expone, por último, los motivos y la suerte final de esta «Monarquía del 18 de julio».

Aborda después el caso del «Gobierno» considerado como «aparato» que hace posible «la dirección pública de la colectividad social» (p. 215). Aunque al final de la dictadura se disociaron la jefatura del Estado y la presidencia del Gobierno, prácticamente durante toda su existencia ambos cargos se concentraron en Franco, quien fue

también jefe del ejército y del partido único. Este dato es el que señala la particularidad del instituto: « la autoridad suprema, incontestada, centrando todos los poderes, del 'Caudillo' impidió el desarrollo autónomo de un Gobierno, de un Consejo de Ministros claramente diferenciado jurídica y políticamente de la Jefatura del Estado » (p. 218). A lo que se añadía otra, de importancia central: visto que « la línea política autoritaria del régimen resultaba, por definición, inalterable », el cometido del gobierno solía ser técnico-administrativo. Examina así las funciones del « Consejo de Ministros » — « administrativa, consultiva y legitimadora » —, cuenta, sirviéndose de testimonios y memorias, el modo efectivo en que solían funcionar en sus reuniones, realiza atinadas observaciones sobre la presunta capacidad de mando del dictador y analiza las relaciones difíciles entre los ministerios, que también detalla en su aspecto orgánico y en el de sus respectivos titulares. El « Gobierno », en certera conclusión del autor, « fue el elemento perfecto para dar cobertura a las decisiones políticas del 'Caudillo' y para preservar a éste del desgaste de tantos años al mando del Estado » (p. 222), y los sucesivos que se dieron en tiempos franquistas tuvieron la « paradoja » de que, « por muy enérgicos que se mostraran en el ámbito represivo, muchas veces eran instrumentos ineficaces para proyectar y ejecutar programas políticos » (pp. 232-3).

Estudia después el caso de las Cortes, expresión institucional del « triunfo de una parte fundamental del legado ideológico de la derecha antiliberal y contrarrevolucionaria española » (p. 256). De naturaleza jurídica compleja, entre parlamento representativo del organismo nacional y asamblea de carácter consultivo, las Cortes, en resumen de Giménez, tuvieron como « constante fundamental » la de no ser democráticas (p. 260) y no dar cabida bajo ningún concepto a partidos políticos. Hasta su componente de cierta potencialidad democrática, el de « la acción de los procuradores familiares », acabó neutralizado. Como estudio institucional bien ordenado recorre su « composición », sus « facultades », entre las que se incluyó la aprobación de las leyes desde 1967, aun reservándose el dictador un derecho de « veto resolutorio », su « organización y su funcionamiento », llegando al crucial episodio en que ellas, las Cortes franquistas, tuvieron que votar la ley que permitiría saltar del régimen dictatorial a la democracia política (pp. 280-7). Sobre el origen y conveniencia de las propias Cortes el autor parece dar conclusiones en tensión: por un lado, sostiene que su instauración no debe entenderse « como una improvisación coyuntural derivada de la necesidad de la dictadura por mejorar su imagen » hacia el exterior (p. 256), pero, por otro, afirma que su adopción obedece a que, patentizado el avance de los aliados en la guerra, « Franco comprendió que su supervivencia y la de su régimen dependían de la creación de instituciones de carácter representativo que, al menos formalmente, alejaran al Estado de un contexto explícitamente fascista » (p. 259). Se pregunta entonces el lector si la misma dictadura

fascista italiana no tuvo siempre órganos colegiados de carácter representativo, aun cuando su representación estuviese notoriamente viciada, y caso de ser así, cuál era la razón por la que instituir unas Cortes separaba del ejemplo fascista.

Aborda seguidamente el « Consejo Nacional », órgano « secundario » que « desarrollaría, fundamentalmente, labores deliberantes y de asistencia a los órganos ejecutivos estatales » (p. 289). Interesan su historia interna, muy ligada a la suerte del partido, su estatuto jurídico, inconfundible con el de un colegio pluralista, por más que en él se quisiese escenificar, desde 1967, « el contraste de pareceres sobre la acción política », sus competencias, su composición orgánica y su papel político. Con posterioridad estudia, acaso con menos detalle del conveniente, la administración de justicia, correctamente entendida como « cuerpo burocrático que gravita[ba] forzosamente en la órbita del Gobierno, si bien adornado de constantes proclamas propagandísticas alusivas a su independencia » (p. 324). Acierta al señalar que los « jueces no quedaban sujetos sin más a la ley, sino, sobre todo, a la aplicación de los principios medulares del régimen » (p. 328), aunque la aseveración encaje mal con otra posterior en la que sostiene que « el régimen del 18 de julio, a diferencia de otros como el nacionalsocialista alemán o el fascista italiano, conservó una mentalidad técnica sobre la función judicial y un cierto respeto a las formas procedimentales », como si tales formas no hubiesen tenido rigurosa vigencia sobre todo en Italia. Examina, en fin, la institución jurisdiccional con idéntica plantilla analítica, diferenciando su legitimación cultural, sus competencias, su estructura orgánica — haciendo aquí hincapié en la multitud de jurisdicciones especiales, que suponía « la pérdida de poder e influencia » de « los tribunales ordinarios » (p. 339) — y el estatuto de los jueces, afectado desde primera hora por los procesos de depuración. Lo propio hace con el ejército, espina dorsal del régimen, o la administración, sobre la que indica, de nuevo con todo el acierto, que la « afirmación de un sistema político que predicaba de sí mismo el principio de la unidad de poder y la coordinación de funciones salvó de la obsolescencia los viejos tratados de derecho administrativo del siglo XIX » (p. 395), y es que, en lo que hace a la subordinación de la justicia al poder ejecutivo o en la propia construcción jerárquica de la administración, el Estado franquista cuenta con mayores semejanzas de las esperadas con el Estado liberal. En este último asunto, de todas formas, no deja de señalar el cambio sustantivo experimentado por la administración pública a impulsos de López Rodó. Como capítulo postrero, y siguiendo la economía expositiva ya explicitada, dedica otras tantas páginas a otro pilar fundamental del entramado estatal franquista, la organización sindical.

Baste con este apretado resumen para dejar cumplida constancia de los contenidos consignados en este importante volumen. Dejemos los últimos párrafos para realizar una serie de consideraciones críticas

finales, que en nada deben empañar la consecución de una obra de factura sobresaliente. Hay veces en que el lector tropieza con afirmaciones que hacen dudar que se tenga del todo clara la arquitectura de principios que sostenían el Estado franquista, como cuando se sostiene que Franco « ostentaba un poder carismático y personificaba la soberanía nacional » (p. 216), categoría, esta última, rechazada de plano por liberal. Viendo lo exhaustivo del volumen, a buen seguro es demasiado pedir, pero se echan en falta algunos presupuestos metodológicos, ciertas referencias de derecho comparado, que ayudarían a ubicar mejor el régimen político español, del mismo tipo que las introducidas al tratar del Consejo Nacional del Partido Fascista (p. 293 y ss.), y un mayor número de consideraciones sobre la vida efectiva del Estado, documentada a veces con memorias personales, pero relegada a un segundo plano en todo el relato en relación a los aspectos doctrinal, legal y orgánico. Se explica esta postergación por los materiales que sirven de soporte a la investigación: mientras que abundan los legales y bibliográficos, escasean los de archivo y los comúnmente llamados parlamentarios, justo los que conforman la fuente que sirve para documentar la marcha práctica del Estado ⁽¹²⁾.

Acerca de la solidísima base bibliográfica sobre la que se construye el libro cabría, de hecho, realizar algún comentario, porque su utilización revela un modo de trabajar al que acaso pueda interponérsele alguna objeción profesional. Tan notorio es el atributo, que su maestro, Juan Sisinio Pérez Garzón, afirma en el prólogo de la obra que « no exageraría si afirmara que ha manejado y contrastado con suma perspicacia todo lo escrito sobre el franquismo » (p. 18). Y eso parece, si se observa la relación final de títulos. Como no podía ser de otra manera, máxime en un asunto de bibliografía inabarcable como es el franquismo en toda su trayectoria, se le pasan algunos textos centrales, tanto de la propia época ⁽¹³⁾ como de actualidad ⁽¹⁴⁾. Pero eso es pecado absolutamente menor. Lo que llama la atención más bien es el uso concreto que realiza de todo ese acervo bibliográfico. Se adivina por dicho empleo que el autor ha primado la cita de todos los textos

⁽¹²⁾ Para contrastar con un estudio que otorga prioridad a estas últimas fuentes documentales, vale citar el de Enrique ÁLVAREZ CORA, *La Constitución postiza. El nacimiento del Fuero de los Españoles*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2010.

⁽¹³⁾ No utiliza, por ejemplo, el *Régimen político del Estado español*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1942, de Ignacio M^a de Lojendio, que suministra claves precisas sobre la narrativa que a aquellas alturas legitimaba el Estado franquista.

⁽¹⁴⁾ Por ejemplo, el volumen ya citado de *Franquismus und Salazarismus*, Federico Fernández-Crehuet, António M. Hespanha (Hg.), cit., y algunos otros realizados o promovidos por el propio Fernández-Crehuet, o el indispensable y clásico título de José Antonio LÓPEZ GARCÍA, *Estado y Derecho en el franquismo. El Nacional-sindicalismo: F. J. Conde y Luis Legaz Lacambra*, Madrid, CEC, 1996.

consultados, siquiera de soslayo, para dejar constancia externa de dicha extensísima consulta, sobre la reflexión crítica y el estudio a fondo de, al menos, la bibliografía fundamental. El efecto de este *modus operandi* es la ausencia casi total de debate historiográfico, cuando bien podría haber existido, dado el carácter controvertido del asunto tratado. El resultado, con todo, es sorprendentemente armónico: se va articulando un cuerpo de texto trabado, coherente, ejemplarmente redactado, de lectura cómoda, sobre multitud de citas puntuales, la mayor parte de ellas pertinentes. Son, pues, escasas las ocasiones en las que esa pasarela cuidada y variada de notas que va sustentando la narración sufre un tropiezo, al apoyarse en prescindible material periodístico, en novelas de ficción — para apoyar juicios sobre la realidad (p. 233, n. 73) — o en bibliografía anecdótica o colateral, en vez de en los títulos capitales sobre el particular. Un ejemplo de ello lo da el tratamiento de la teorización del Estado totalitario en España, despachada en un párrafo, cuando recurre a un periférico Juan Beneyto en lugar de basarse, por ejemplo, en Luis Legaz. Son así estos pequeños tropiezos los que inclinan al lector a pensar que se encuentra a veces ante un alarde bibliográfico más que ante un manejo completo, contrastado e integral de todos los materiales empleados.

En temas más sustantivos, visto el objeto tratado, extraña que el autor no haya entrado en la controversia, suscitada desde medios conservadores, acerca del franquismo como el régimen que logró por fin fundar un Estado en España. La hipótesis sostenida por el ala más derechista del derecho constitucional y la filosofía jurídico-política⁽¹⁵⁾, viene a decir que hasta la concentración de los poderes en el general Franco y la construcción ulterior de la dictadura no había existido en España un Estado propiamente dicho, por existir numerosas áreas sociales que ni se identificaban ni consentían las autoridades públicas establecidas. Falló el intento de la Restauración, con su giro autoritario de Primo de Rivera, y fracasó estrepitosamente la tentativa posterior republicana. Hicieron falta una guerra y una dictadura para preparar a España para instituirse en régimen de Estado, por eso el sistema franquista habría sido, con toda la razón, el origen del Estado de derecho español todavía en vigor. Se echa de menos que el mayor experto en estos momentos sobre la institución estatal de la dictadura no haya dejado constancia de su parecer al respecto.

Por otra parte, se aprecian ciertas carencias técnico-jurídicas en algunos de los asuntos tratados. Por ejemplo, en el tratamiento de la justicia, acaso el más vulnerable junto al de administración, faltan referencias sobre los modelos de procedimientos o acerca de la posición

(15) Trato este asunto, y la obra de autores franquistas como Dalmacio Negro, en *Actualidad del derecho político. Antologías, reediciones e iniciativas de recuperación de una disciplina jurídica histórica*, en «CIAN», 11 (2008), 2, pp. 213-286, concretamente p. 264 y ss.

del juez en el proceso. Tampoco existen en este apartado alusiones a la olvidada Ley 42/1974, de bases sobre la administración de justicia, que quiso ser un intento fallido de sustituir y superar la regulación de 1870.

Sin embargo, el reparo principal al volumen, de neta condición historiográfica, se ubica en otro lugar, justo el de la consideración global del Estado franquista. Y es, con todo, un reparo menor, visto el indudable mérito de la publicación. Mi hipótesis es que juega en él una suerte de pantalla epistemológica constituida por la imagen convencional que en la historiografía contemporánea ortodoxa, y por extensión en el debate público, se ha forjado de la dictadura de Franco. Como se dirá a continuación, esta imagen se basa en un equívoco primordial y muy habitual, cual es la confusión entre los planos del Estado y la Sociedad. En síntesis, según esta representación, la dictadura tuvo un arranque totalitario y represivo, causado en buena parte por la guerra, y seguido de su consolidación como « Estado católico », ya de índole autoritaria, tradicional y paternalista, que fue abriéndose al exterior y al interior tolerando cada vez mayores cotas de libertad, apertura que preparó el terreno para la conquista posterior del Estado de derecho. La división de « naturalezas » con que Giménez califica el sistema franquista parece confirmar esta visión. De hecho, el prologuista considera la obra de su discípulo como corroboración de una singularidad de la dictadura española, el que adaptase « sus instituciones y justificaciones ideológicas con el fin no sólo de la supervivencia sino también [...] de integrarse en la 'normalidad europea' » (p. 18). ¿Demuestra esto, en cambio, la reconstrucción que reseñamos? ¿Estuvo el Estado franquista, en sus rasgos fundamentales, marcado así por la discontinuidad y las transformaciones profundas?

Lo primero que debe subrayarse es la valoración a la que sirve este tipo de representación discontinua. Con ella se suele realizar una comparación tácita entre Alemania e Italia, que en su periodo totalitario fueron funestas en su totalidad, y España, que solo tuvo unos orígenes innobles, pero que después se adaptó, mal que bien, a esa « normalidad » del mundo libre occidental. Argumentos contra esa visión estrecha del totalitarismo los encontramos en la propia época totalitaria. La intensa represión desplegada contra los enemigos de la comunidad se entendía ya entonces como un « momento » transitorio, pues llegaría el punto en que, excluidos, asimilados o aniquilados, se habría logrado por fin la plena integración nacional. Ya entonces se concebía, pues, una situación de disminución de la represión, no como el abandono de las prácticas totalitarias, sino como la muestra de su éxito y culminación ⁽¹⁶⁾. Este dato tan elemental parece no tenerse presente a la hora de valorar el Estado franquista, cuya evolución interna siempre es

⁽¹⁶⁾ G.D. DASKALAKIS, *Der totale Staat als Moment des Staates*, en « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », XXXI (1938), p. 176 y ss.

interpretada como abandono progresivo de sus orígenes bárbaros en lugar de cómo consecución paulatina de sus objetivos asimilacionistas iniciales.

Pero vayamos al propio Estado franquista. ¿Conoció esas discontinuidades tan profundas? Ya hemos visto que Giménez indica que desde el principio hasta el final bebió de una misma legitimidad de origen, la sublevación militar del 18 de julio, la guerra civil y el triunfo franquista entendido como el rescate de la nación verdadera frente a sus enemigos. « La fuerza del miedo y el recuerdo de la Guerra Civil » constituyeron así « una fuente permanente de legitimidad » (p. 56). Incluso la despolitización se ha mostrado como propósito originario del régimen. Incluyamos algunas otras continuidades esenciales, expuestas por el propio autor. Los principios sobre los que se asentaba el régimen se consideraban « permanentes e inalterables », « inmutables » (p. 170, p. 299). Una de sus señas de identidad, el « anticomunismo », fue « una idea visceral predominante desde el principio y hasta el final del régimen » (p. 78), como también lo fue su oposición a la democracia. Hubo, de hecho, algún fundamento cultural que no solo permaneció, sino que se endureció, como el nacionalismo excluyente (p. 68). El Concordato de 1953 se presenta en el cuadernillo de ilustraciones como « punto culminante del 'nacionalcatolicismo' », no como el inicio de su progresiva relajación. En el terreno institucional, Franco conservó sus amplias facultades normativas, establecidas en tiempos de la guerra civil. La prohibición de los partidos y la falta de elecciones libres fue una constante, por eso España siempre fue excluida del « Mercado Común » (p. 261). Y la instauración de la monarquía sobre principios inmovibles del régimen, derivados, como digo, de la lectura netamente fascista del 18 de julio, « se desvaneció » solo « poco después de la muerte de Franco » (p. 212).

Si a ello sumamos cierta continuidad en las instituciones y prácticas centrales, como la del militarismo, la conclusión que arroja la lectura es la de que el Estado franquista tuvo entidad unitaria y clara continuidad de fondo, tanto en fundamentos legitimadores como en sus organismos y hábitos capitales. La permanencia del mismo, por tanto, no puede limitarse a la figura del dictador, y el hecho de que la concurrencia de legitimidades culturales fuese amplia, pero también homogénea y sintética, no permite tampoco hablar de un fundamento doctrinal variante a lo largo de su existencia (p. 463). Se dieron, sin duda, inflexiones sensibles, como la limitada introducción del recurso contencioso-administrativo (mucho más importante que el impotente de « contrafuero », bien expuesto por Giménez), la relativa protección de los administrados o los cambios formales de la Ley Orgánica del Estado. Pero, en materia estrictamente estatal, no nos encontramos entonces ante dos o tres dictaduras diferentes, sino ante una arquitectura casi idéntica de principio a fin, con remodelaciones y perfeccionamientos, y con variables decantaciones prácticas, verificadas siempre

con fines de adaptación. A pesar de ello, es insistente el propósito de distinguir el Estado franquista de las dictaduras alemana y italiana, para lo que juega una concepción tácita, pocas veces explicitada, y me temo que poco contrastada, del contenido institucional de aquellas experiencias. Y, como consecuencia de esa intención subterránea se hace necesario insistir en las transformaciones fundamentales del régimen franquista, por eso se desliza a veces la convicción de que la dictadura iba « mutando » ante las « profundas transformaciones sociales y culturales » (p. 242). Sin embargo, ¿no era más bien la sociedad la que iba transformándose como consecuencia de la limitada interacción internacional y de la integración capitalista, desenvuelta bajo una dictadura económicamente basada en la propiedad privada y en la iniciativa empresarial? Y el cuadro resultante, ¿no se corresponde más bien al de un entramado institucional anquilosado y estacionario, que a duras penas trataba de abrirse controladamente a dichas transformaciones, pero quedando siempre rezagado, como una suerte de prótesis desvenecijada y condenada a su superación por el propio desarrollo social? De ser así, el enfoque cambiaría, pues nos encontraríamos con un Estado franquista, no con varias naturalezas, sino con una más o menos incólume, de esencia fascista por su lectura del 18 de julio y de la nación, apoyada sobre una amplia base social que permaneció íntegramente fascitizada incluso hasta después de aprobada la Constitución de 1978, pero en contraste creciente con una sociedad cada vez menos integrable debido, sobre todo, a la socialización capitalista, pero también a la movilización política de la oposición clandestina.

SEBASTIÁN MARTÍN

Los juristas y el "régimen". Revistas jurídicas bajo el franquismo, Federico Fernández-Crehuet, Sebastián Martín (eds.), Granada, Comares, 2014, pp. 368.

Los juristas y el "régimen". Revistas jurídicas durante el franquismo es una obra colectiva que nos ofrece una visión general del trabajo de los juristas españoles durante los más de 30 años que pervivió el régimen franquista. Se trata de un libro fundamental para comprender la historia reciente del derecho español, no por la calidad científica y académica de la producción jurídica recogida en la obra, sino por el interés que suscita estudiar cómo la alargada mano del régimen alcanzaba todos los aspectos de la sociedad, siendo el ámbito jurídico uno de los más controlados por las altas esferas franquistas. Este constreñimiento de la labor de los juristas a las pautas marcadas por el régimen respondía a la finalidad de legitimar tanto el golpe de Estado de julio de

1936 como el ejercicio continuado del poder desde los esquemas consagrados por el franquismo, algo que explica las diferentes fluctuaciones doctrinales que se observan en los trabajos de los juristas estudiados.

La obra se divide en seis capítulos que, si bien podrían ser considerados como independientes, conforman un conjunto que nos permite acceder a un balance general del trabajo desempeñado por los juristas durante el franquismo. El objeto que sirve de base para el estudio es muy concreto: las revistas jurídicas, entendidas éstas como el medio utilizado por los teóricos y profesionales del derecho para aproximarse a la realidad jurídica del régimen. Por su parte, la hipótesis de partida, cuyo planteamiento ya aparece en la introducción, es igualmente clara: dichas revistas jurídicas fueron un elemento esencial en la legitimación cultural, no solo del alzamiento contra la II República, sino también del proceso de construcción del Estado franquista.

El primero de los capítulos, escrito por Sebastián Martín, uno de los editores de la obra, hace las veces de introducción al tratar el trabajo de los juristas en los orígenes de la dictadura sin centrarse en ningún ámbito específico del derecho. En cambio, el resto de los capítulos se encargan de estudiar el trabajo de juristas especializados en diferentes ramas del derecho. De este modo, Federico Fernández-Crehuet, el segundo editor del libro, escribe sobre el *Anuario de Filosofía del Derecho* en el segundo capítulo; Nicolás Sesma dedica el tercer capítulo al Gabinete de Estudios Constitucionales de la *Revista de Estudios Políticos*; Juan Escribano escribe sobre la *Revista del Trabajo* en el cuarto; Alfons Aragoneses, alejándose de la doctrina *iuslaboralista*, dedica el quinto a la *Revista de Derecho Mercantil* y a la figura de Joaquín Garrigues y, finalmente, Roldán Jimeno se ocupa en el sexto y último capítulo de realizar un exhaustivo estudio de un caso concreto, el de las revistas jurídicas navarras.

El primer capítulo, titulado *Los juristas en los orígenes de la dictadura*, sirve para comprender el fuerte impacto que el golpe de Estado, la guerra y el cambio de régimen tuvieron sobre el trabajo de los juristas. Encontramos referencias a una serie de revistas que ya existían con anterioridad a la guerra, como es el caso del *Anuario de Historia del Derecho Español* o de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (RGLJ), publicaciones que cambiarían su dirección y su postura a raíz de la guerra civil, siendo ejemplo de ello las palabras publicadas en el primer número de la nueva etapa de RGLJ al apuntar que se buscaba « la reconstrucción moral de la patria » a través del seguimiento de los principios marcados « por los fundadores de nuevo Estado y por su glorioso caudillo ». De igual modo que las revistas que sobrevivieron al conflicto se alinearon plenamente con el régimen, las revistas de nuevo cuño mostraron la misma dirección ideológica, destacando en este sentido la *Revista de Estudios Políticos*, de fuerte influencia falangista y *Estudios Jurídicos*, revista formada por miembros del Opus Dei y de la Asociación Nacional Católica de Propagandistas.

Pero el autor no busca analizar revistas específicas, sino que pretende ofrecer al lector una visión transversal de las doctrinas jurídicas del primer franquismo y de las relaciones que vincularon a los juristas con el régimen. La labor doctrinal de estos primeros tiempos de la dictadura se centró en la legitimación, no sólo del régimen franquista, sino también del golpe de Estado, y Sebastián Martín presenta esta labor legitimadora a través de cinco argumentos jurídicos: la ilegitimidad del gobierno republicano; la justificación de la sublevación como acto típico de resistencia frente a un poder tiránico; el ineludible deber del ejército de proteger a una nación presuntamente agredida por su gobierno; el planteamiento del golpe de Estado como un acto de legítima defensa colectiva o bajo un estado de necesidad, con todas sus consecuencias de exención de la responsabilidad criminal; y finalmente, desde una perspectiva internacional, la atribución a los sublevados durante la guerra de justos títulos de gobierno de hecho sobre el territorio español.

En el intento del régimen, y por ende de los juristas, de justificar el golpe, la guerra y sus consecuencias recurriendo a estos cinco argumentos encontramos razonamientos como la ilegitimidad de las elecciones de 1931 o del Estatuto de Autonomía de Cataluña; la conexión entre la tradición católica y la doctrina liberal lockeana usada por teólogos y juristas católicos para justificar el golpe invocando el derecho de resistencia; la utilización del estado de necesidad, no para justificar asesinatos, ya que éstos no necesitaban justificación a ojos de los sublevados, sino para justificar la destrucción de bienes; la existencia de una dualidad en el ejército que justificase el golpe, ya que el soldado estaba unido al Estado por un vínculo jurídico, pero a su vez estaba unido a la nación por un vínculo más poderoso, el moral, lo que justificaba su alzamiento contra el Estado para defender a la nación; y, por último, la legitimidad internacional, al cumplir los rebeldes con los requisitos de población, territorio, autoridad organizada y ejército responsable exigidos por el derecho internacional para hablar del nacimiento de un nuevo Estado.

Pero la aparición de estas líneas jurídicas encargadas de legitimar el golpe y el régimen no habría sido posible sin que se produjera una revisión teórica del derecho. En este sentido, los juristas buscaron una adaptación de la cultura del derecho a las circunstancias del momento, ocupando un puesto de « servidor de la justicia » que estuviera por encima de las « aspiraciones políticas », tal y como apuntaba Federico de Castro. La metodología se vio afectada y se produjo el rechazo del positivismo y del formalismo como consecuencia de la negación que estas dos corrientes hacían del fin ético del derecho. Del mismo modo se produjo una reconsideración de las fuentes, donde destacaba la supremacía de la ley, una ley que había cambiado su origen como consecuencia de la concentración de los poderes legislativo y ejecutivo. En este sentido destaca José Gascón y Marín, quien apuntaba que la ley

ocupaba el lugar de la Constitución y los decretos-leyes hacían lo propio respecto de las leyes, aunque bien es cierto que este autor planteaba que el Fuero del Trabajo franquista podía asemejarse a una Constitución, pero no desde una perspectiva constitucional, sino desde una visión económico-social del Estado.

Finalmente cabe apuntar que en el debate jurídico de los primeros años de la dictadura se experimentó una criba de las doctrinas extranjeras, donde primó la importación de argumentos y teorías que suministrasen fundamentos eficaces para la institucionalización del régimen, jugando aquí un papel fundamental las directrices intelectuales de la Europa totalitaria, asunto sobre el que trabajó Francisco Javier Conde. Es digno de mencionar en este punto el sorprendente choque que se produce entre algunos juristas españoles y Carl Schmitt, al que le critican la ausencia de un fundamento jurídico-natural en sus planteamientos y su defensa del antagonismo como factor inherente a la dinámica política. Se producen además interpretaciones sesgadas de autores, como la que hace Luis Legaz de Kelsen con la defensa de la eliminación de la política de las ciencias jurídicas o la que desarrolla Gómez Arboleya respecto de Herman Heller, del que toma argumentos y principios planteados desde una perspectiva democrática y antitotalitaria, para transformarlos y convertirlos en principios de derecho natural tradicional que sirviesen para sustentar el régimen, tales como el valor de la unidad o la posición central atribuida al poder.

El segundo capítulo del libro se aleja de generalidades y centra su atención en una rama concreta del derecho, la filosófica. De este modo, Federico Fernández-Crehuet escribe un texto que se titula *Anuario de Filosofía del Derecho. Síntoma y magra terapia franquista*, profundizando en el estudio de una revista que en ningún momento hizo referencia a la guerra civil española y que utilizó la guerra fría, el mundo bipolar y la crisis del Estado como carta de presentación, aunque ello no es óbice para que ofreciese una legitimación del régimen, destacando la relación entre deber jurídico y deber moral que preconizase Radbruch y que Legaz haría suya.

Aunque apunta que los temas más recurrentes durante los primeros años de la revista fueron la destrucción delnexo Derecho-Estado-Legalismo, la Teoría del Estado y la Historificación de la Ciencia Política, el autor destaca dos temas por encima de todos: la lógica jurídica y especialmente la preeminencia del derecho natural, aunque bien es cierto que en la última época de la revista se publicaron algunos artículos que criticaban o matizaban la perspectiva mayoritaria del derecho natural de matriz escolástica, algo que el autor del capítulo define como los « tonos modernos » del *Anuario*.

A pesar de que se planteó la lógica jurídica como uno de los temas principales de la revista, lo cierto es que no abundaron artículos relacionados con la materia, algo que el autor entiende como un fracaso. Sin embargo, se abordó la lógica jurídica desde diferentes planteamien-

tos. En un primer lugar, desde una perspectiva filosófica, pretendiendo alejar la idea de lógica de los planteamientos neokantianos y acercándola a las posturas aristotélicas; la segunda perspectiva utilizada fue la jurídica, entendiendo que no es necesario que exista una lógica propiamente jurídica, ya que el derecho, a través del juez, debe adaptarse a las circunstancias y no constituir un conjunto de normas vacías; el tercero enfoca la lógica desde una perspectiva política, lo que se traduce en una crítica voraz del Estado liberal; y para concluir, la cuarta perspectiva pasa por la recuperación de la figura de Luis Recaséns Siches y sus planteamientos sobre la lógica jurídica y la interpretación.

El segundo de los temas de relevancia fue la preeminencia del derecho natural, consecuencia directa de la influencia del nacionalcatolicismo en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, algo que se traduciría en lo que el autor denomina un « tomismo de segunda mano » (debido a las escasas referencias a las fuentes), el abuso de autores de la segunda escolástica y la recuperación de una determinada estirpe de juristas españoles, dejando prácticamente en el olvido a autores internacionales. Dentro de la producción jurídica que se deriva del estudio del derecho natural, Fernández-Crehuet identifica cuatro materias transversales sobre las que el *Anuario* incide repetidamente. Estas son la incompatibilidad entre positivismo y derecho natural, la socialización, los derechos humanos y la modernización del derecho natural.

En la defensa del derecho natural frente al positivismo se ataca entre otros a Kelsen, que queda denostado por desconocer el espíritu del cristianismo, o incluso a Rousseau, que es considerado como uno de los mayores negadores del derecho natural. En contraste, se busca recuperar a Tomás de Aquino y ponerlo en relación con Platón y Aristóteles, entendiendo el tomismo como el « epicentro y fin de la historia », relegando el derecho natural racionalista a un segundo plano. El tema de la socialización y la persona juega también un papel muy importante, siendo necesario destacar el análisis que el autor realiza del discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Luis Legaz, el que fue director de la revista. Dicho discurso, bajo el título de *Socialización*, presentaba dicho término en tres niveles distintos: religioso, antropológico y político, entre los cuales los dos primeros resultaban los más importantes por su papel legitimador.

Los derechos humanos también tienen un papel relevante en el *Anuario*. Destaca en este punto el trabajo de José Antonio González Casanova en pos del fortalecimiento del nexo entre persona y derechos humanos, algo que podría parecernos extraño viniendo del franquismo, pero dicha extrañeza se disipa al entender que para González Casanova persona solo es aquel que pertenece a una comunidad y no el individuo universalmente considerado. De este modo, se utiliza el humanismo y el existencialismo para excluir a las personas contrarias al régimen a partir de la idea de comunidad. Un último ejemplo de la utilización tan peculiar de los derechos humanos por parte de los

juristas del franquismo es la consideración de la encíclica papal *Pacem in terris* como el texto canónico de los derechos humanos, ya que se consideró que ésta los defendía de una forma más efectiva que la propia Declaración Universal. El último de los elementos transversales del órgano de los filósofos del derecho es la modernización del derecho natural, algo que ocurre como consecuencia del cambio de las circunstancias políticas y sociales. Una serie de autores como Serrano Villafañe, Francisco Puy o Pérez Luño apuestan por un derecho natural dotado de modernidad. Esto se traduce en la paulatina conciliación entre el *iusnaturalismo* y el positivismo y en el abandono de los planteamientos fuertes del derecho natural.

El tercero de los capítulos de la obra, escrito por Nicolás Sesma Landrín, recibe el título de *La Estrategia de la ambigüedad. Carlos Ollero y el Gabinete de Estudios Constitucionales de la Revista de Estudios Políticos (1963-1965)*. Se trata de un estudio sumamente interesante por el carácter crítico que tuvo dicho Gabinete de Estudios Constitucionales, algo que tenía un encaje difícil en la época. Para explicar el nacimiento del Gabinete, el autor se remonta al estudio del Instituto de Estudios Políticos y de su órgano de expresión, la Revista de Estudios Políticos (REP), asuntos de los que es un reputado experto. El Gabinete nació en un momento histórico en el que la dirección del Instituto se deslindó de la dirección de la revista, Carlos Ollero se hizo cargo de ésta y decidió crearlo como un órgano que se encargaría de ayudarlo en sus tareas de investigación y de coordinar algunas secciones secundarias de la revista.

Sesma Landrín apunta que la REP fue un elemento fundamental en el entramado legislativo del régimen, a pesar de que intentase mostrarse al exterior como una publicación plenamente independiente que pudiese servir de interlocutor cultural de la España franquista con el extranjero democrático. Sin embargo, el autor explica que frente a la idea de revista abierta y plural que de forma interesada se le ha intentado atribuir, la REP buscó solo y exclusivamente ofrecer una imagen que ayudase a la normalización del régimen, algo que cobra sentido si investigamos el porqué de la corta vida del Gabinete de Estudios Constitucionales. Éste comenzó su trabajo en 1963, publicando trabajos en la sección «noticias de libros», donde no existía censura previa, lo que explica que se tratasen temas como la descolonización y el diálogo entre marxismo y cristianismo al mismo tiempo que se vertían críticas sobre Unamuno y Ortega. Sin embargo, hay dos temas claves en la producción jurídica del Gabinete: la posición de la Iglesia frente al problema de las formas de Gobierno (a consecuencia del Concilio Vaticano II) y la hipotética configuración del Estado en una sociedad democrática, especialmente en el caso de una transición desde una forma autoritaria, enfoque que indudablemente hacía referencia al franquismo.

Tras dos años de trabajo del Gabinete, éste empezó a levantar sospechas entre diferentes sectores del gobierno franquista, lo que inevitablemente condujo a su desaparición en 1965. Sin embargo, ¿cómo es posible que durante dos años se publicasen artículos sobre temas tan peliagudos como los que Sesma Landrín consigna? Tuvo lugar un doble proceso que hizo posible el nacimiento del Gabinete: en primer lugar existía un reconocimiento del disenso organizado, algo que afectó en gran manera a la ruptura del oligopolio editorial, y en segundo lugar, la reacción que surgió de los estamentos oficiales no fue meramente represiva, sino que por el contrario buscó un punto medio entre la represión y la sugestión, aunque finalmente las autoridades optaron por la vía represiva, poniendo fin a una de las pocas experiencias críticas que surgieron durante el franquismo.

El cuarto capítulo de la obra aquí recensionada recibe el título de *La Revista de Trabajo, termómetro de la evolución de la doctrina iuslaboralista durante el franquismo*, escrito por Juan Escribano. El autor aborda el estudio del derecho del trabajo durante el franquismo a través de un análisis sintético de tres revistas: la *Revista de Política Social*, que naciendo como suplemento de la revista falangista *Revista de Estudios Políticos*, se convirtió en una de las pocas publicaciones especializadas en derecho del trabajo; la *Revista de Fomento Social*, que, cercana al nacionalcatolicismo, se centró en el estudio de la ética empresarial y del Estado Corporativo; y finalmente la *Revista de Trabajo*, publicación sobre la que hace una descripción más exhaustiva.

Escribano divide el grueso de publicaciones de la *Revista de Trabajo* en tres fases claramente diferenciadas. Una primera etapa en la que, funcionando la revista como correa de transmisión del régimen, se produce una eclosión del nacional-sindicalismo. En este sentido, los trabajos de la revista se centran en implementar nuevos conceptos que sirviesen para acabar con la regulación del trabajo que existía en tiempos de la II República, como es el caso de los artículos relativos al Fuero del Trabajo de 1938. De este modo se ensalzan valores como la fuerte jerarquía empresarial y la eliminación de la oposición sindical, al mismo tiempo que se utilizan referencias de Hitler y Mussolini y se publican artículos relativos al corporativismo, el papel del Sindicato único en las relaciones de trabajo y la doctrina social de la Iglesia.

La segunda etapa se inicia con el fin de la II Guerra Mundial, el cambio del contexto internacional y, por lo tanto, el cambio del contexto de la Dictadura y de la revista. A pesar del lavado de cara, porque no puede denominarse transformación, no desaparece el predominio de las teorías relacionistas en la prestación del trabajo, ni la revista deja de ser la correa de transmisión del régimen, sin embargo, desaparecen las referencias a Alemania e Italia, se publican algunos artículos sobre la crisis económica española y se reflexiona sobre la participación de los trabajadores en los beneficios empresariales. Se pretende en este periodo aumentar el nivel técnico-jurídico de la revista,

pero siguen publicándose artículos muy alejados del rigor científico, algunos tales como « El caudillo y la política social » de Rubio y Muñoz Bocanegra y « Es enojoso para Marx », de Cornide.

En la tercera etapa la *Revista del Trabajo* deja de ser un órgano de propaganda política, algo que coincide con la llegada de los tecnócratas al poder y que supone una paulatina desaparición de los artículos de exaltación fascista, sustituidos por estudios de los cambios legislativos introducidos por el Ministerio, tales como la Ley de Procedimiento Laboral, la Ley de Seguro de Desempleo o la Ley de Participación de Personal de Empresa. Además, el hecho de que la revista contase con una relativa inmunidad respecto de la censura, dio lugar a la publicación de artículos centrados en materias tales como el movimiento obrero o el desarrollo de las teorías doctrinales alejadas de la ortodoxia nacionalsindicalista. Finalmente, el autor del capítulo destaca mediante la inclusión de una sección *ad hoc* el estudio del convenio colectivo en este tercer periodo de la revista. La aprobación de la Ley de 24 de abril de 1958 sobre Convenios Colectivos Sindicales produjo un cambio radical en la regulación laboral franquista, y aunque no abundaron los artículos relacionados con la materia en la revista, destacó un artículo de Eugenio Pérez Botija en el que apostaba por la utilización de convenios colectivos en los países subdesarrollados como medio de fijación de salarios.

El quinto capítulo, suscrito por Alfons Aragoneses, se dedica al derecho mercantil. Titulado *Joaquín Garrigues y la Revista de Derecho Mercantil. Dictadura y modernización de la economía durante el franquismo*, en él se resalta el hecho de que en España no se crea una revista dedicada al derecho mercantil hasta 1946, algo que es consecuencia de la ausencia de una doctrina mercantilista autónoma que fuese capaz de abandonar la matriz del *iuscivilismo*. Aragoneses hace un repaso por las revistas de derecho mercantil que se crean en Europa Occidental, destacando la *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*, creada en 1858 en Alemania, los franceses *Annales de droit commercial* creados en 1887 y la *Rivista di Diritto Commerciale* que se gestó en Italia en 1903. De igual modo, repasa la producción mercantilista española anterior a la guerra civil, explicando que existe una gran laguna a pesar de la existencia de un Código de Comercio desde 1885 y de cátedras de derecho mercantil. A pesar de ello, el autor destaca algunos artículos de carácter mercantil que se publican en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* y en la *Revista de Derecho privado*, donde Joaquín Garrigues, el mercantilista español por excelencia, ingresaría en el Consejo Editorial de 1917.

Aragoneses fija en 1946 el año clave del derecho mercantil en España, cuando Garrigues funda el órgano de la disciplina. En los primeros años la revista buscó la adaptación del derecho mercantil a los principios políticos del franquismo, de manera que se justificase la devolución absoluta del poder económico a las élites que habían

comenzado a perderlo entre 1931 y 1936. Al mismo tiempo se intentó constituir la publicación como un instrumento de discusión doctrinal en el que los autores generasen propuestas para guiar la intervención del Estado en la economía. Pero independientemente de las pretensiones originales de la revista, podemos dividir la producción de ésta en dos fases: una primera encuadrada entre 1946 y 1954, en la que destaca la defensa de la autarquía y la presencia del falangismo, y una segunda, desde 1955 hasta 1974, en la que el agotamiento de la autarquía es obvio y se apuesta por un impulso del desarrollismo.

En esta primera fase se justifica la socialización del derecho mercantil mediante la utilización del discurso antiindividualista del falangismo, destacando por ejemplo un artículo de Antonio Polo en el que justificaba la autonomía de la empresa con base en el discurso socializador falangista, fascista y nacionalsocialista. En este sentido, el discurso social del falangismo y del Fuero del Trabajo fueron utilizados por Garrigues, y por ende por la revista, como impulsores de la modernización del derecho mercantil. Pero con independencia de la fuerte presencia del falangismo, hay un tema clave en la primera fase de la revista: la reforma de las Sociedades Anónimas. Ejemplo de ello son dos hechos relevantes: en primer lugar, entre 1946 y 1950 (año de promulgación de la Ley de Sociedades Anónimas) se publicaron más de 60 artículos sobre el tema y en segundo lugar, multitud de autores extranjeros, tales como Jean Escarra, Karl. H. Neumeyer o Xavier Janne d'Othée publicaron en la revista hablando positivamente de esta decisiva reforma.

La segunda fase de la revista se caracteriza de una parte por el abandono del discurso falangista y de la discusión en torno a las Sociedades Anónimas (aunque se seguirían publicando numerosos artículos sobre derecho de sociedades); y de otra, por el creciente interés por el derecho comparado y el derecho de las Comunidades Europeas. En esta parte del capítulo, el autor se centra, quizás en exceso, en la figura de Garrigues, dedicando prácticamente más tiempo a sus logros que al devenir de la revista, llegando a destacar la obtención del doctorado *honoris causa* en Génova o su estudio sobre la reforma de las Sociedades Anónimas encargado por el Instituto de Estudios Políticos. Aparte de la prolífica carrera de Garrigues, Aragoneses también hace referencia a la publicación en la revista de algunos artículos que dan muestra de su aperturismo. En este sentido destacan los trabajos de Gondra Romero y Vicent Chuliá sobre la necesaria intervención del Estado en la economía u otro trabajo de este último sobre la también necesaria participación de los trabajadores en la empresa.

El sexto capítulo, obra de Roldán Jimeno, cierra el libro con un estudio específico titulado *Las revistas jurídicas navarras (1940-1917)*. El autor, haciendo un repaso por las revistas jurídicas más relevantes de Navarra pretende analizar la evolución de la doctrina sobre el derecho foral a través del estudio de los temas, los autores y los miembros del

Consejo de Redacción de dichas revistas. Sin embargo, antes de entrar a analizar el devenir de dichas revistas durante la dictadura, Jimeno da algunas notas sobre revistas anteriores a julio de 1936, destacando el hecho de que no existe ninguna revista académica que se encargue de estudiar el tema del derecho foral navarro. Por el contrario, encontramos algunos artículos en publicaciones tales como el *Boletín de la Comisión de Monumentos Históricos y Artísticos de Navarra*, o incluso en revistas de fuera del territorio navarro, ya fuesen del País Vasco, como la *Revista Internacional de Estudios Vascos*, o del resto del territorio español, como es el caso del *Anuario de Historia del Derecho Español*, que en su seno recogió algunos artículos centrados en el derecho foral navarro.

Las dos revistas jurídicas más importantes de Navarra que surgen tras el golpe de Estado son la *Revista Príncipe de Viana* y el *Anuario de Derecho Foral*. La primera, encargada de recoger el testigo del citado *Boletín*, fue el órgano oficial de difusión científica del Instituto Príncipe de Viana, la cual contaba con una Sección de Derecho que con el tiempo se transformaría en el Consejo de Estudios de Derecho Navarro, cuyos miembros publicarían sus estudios en la *Revista Príncipe de Viana* y en otros trabajos desarrollados por la Institución. Destaca en este sentido la rigurosa descripción que el autor del capítulo realiza respecto de los miembros de la Sección de Derecho, del Consejo de Estudios de Derecho Navarro y de los propios autores de la revista, aunque bien es cierto que la descripción que lleva a cabo se centra más en asuntos políticos que en aquellos relacionados con sus trabajos académicos. En este sentido destaca el importante papel desarrollado por muchos de sus miembros en el golpe de Estado de 1936, en la guerra civil e incluso en la II Guerra Mundial, como consecuencia de la participación de uno de sus miembros en la División Azul.

En cuanto a los temas de la *Revista Príncipe de Viana*, el autor destaca cuatro: las fuentes del derecho, con especial observancia de la Ley de 25 de octubre de 1839, que determinaba la integración definitiva de Navarra en la unidad constitucional española, y de la Ley de 16 de agosto de 1841, que se encargaba de mantener algunas especialidades administrativas y fiscales para el territorio navarro (el estudio de estos temas estuvo muy influenciado por el hecho de que el Pleno del Consejo de Estudios de Derecho Navarro fue designado como la Comisión encargada de desarrollar la Compilación del Derecho Civil Foral); la Historia del Derecho y las Instituciones, donde encontramos artículos como *Origen de las Cortes de Navarra*, de José Miguel Arriaga Sagarra o *Historia del derecho de sobre-carta en Navarra*, de José Joaquín Salcedo Izu; las Instituciones de Derecho Público, con especial relevancia de trabajos relacionados con la Ley de Fueros de 1841; y finalmente las Instituciones de Derecho Civil Foral, tema que estuvo marcado por un fuerte tradicionalismo de los autores, especialmente en lo relacionado con familia y sucesiones.

El *Anuario de Derecho Foral*, por su parte, tuvo una vida muy corta. Nació a raíz de la doctrina jurídica que se derivaba de la Compilación Civil de Navarra que había sido promulgada por la Ley de la Jefatura del Estado de 1 de Marzo de 1973 y tuvo una fuerte influencia del *Anuario Aragonés de Derecho Foral*, que acabaría desapareciendo prácticamente al mismo tiempo que el Anuario navarro. Jimeno realiza de nuevo un análisis de los miembros del Consejo de Redacción, destacando miembros supernumerarios del Opus Dei y juristas que participaron en la guerra civil como miembros de requetés carlistas. En cuanto a los temas que trata la revista en los dos únicos números que publicó, el autor destaca algunos artículos de Filosofía del Derecho (temática que nunca llegó a aparecer en la *Revista Príncipe de Viana*) que buscan reivindicar el tomismo como base de la *iusfilosofía* franquista, algunos artículos de Teoría del Derecho, como *Autonomía de las personas y señorío del territorio*, de Álvaro D'Ors, dos artículos centrados en el derecho navarro como sistema de derecho público y un único artículo de Historia del Derecho escrito por Fernando de Arvizu Galarrega dedicado al origen de la legítima foral.

Así concluye *Los Juristas y el "régimen"*. *Revistas jurídicas bajo el franquismo*, una obra en la que quizás se eche en falta un estudio específico de otras ramas del derecho, como podría ser el civil o el penal, aunque dichas ausencias son indicadas en la introducción del trabajo, donde se explica que el proyecto tenía previsto incluir capítulos dedicados al derecho civil — *Anuario de derecho civil* —, al derecho penal — *Anuario de derecho y ciencias penales* — e incluso al derecho internacional, pero los autores encargados de realizar dichos aportes fueron separándose del proyecto. A pesar de ello, se trata de una obra que nos ofrece de partida una visión de las investigaciones de los juristas españoles al inicio del franquismo, donde todos los estudios estaban marcados por la necesidad de legitimar el golpe de Estado de 1936, la guerra civil y el propio régimen franquista; y que posteriormente analiza el trabajo específico de juristas dedicados a la Filosofía del Derecho, al Derecho Político, al Derecho del Trabajo, al Derecho Mercantil y al Derecho Foral Navarro, donde encontramos también un elemento común: el cambio ideológico marcado por el fin de la II Guerra Mundial y la derrota del fascismo y el nacionalsocialismo. Estamos, en definitiva, ante un trabajo colectivo que además de acercarnos a la realidad de los juristas durante el franquismo, debe hacernos reflexionar sobre la crueldad y el autoritarismo de un régimen que reprimía cualquier atisbo de disidencia y que aspiraba a extender sus garras sobre todos los ámbitos de la sociedad, siendo el trabajo de los juristas españoles, un mero ejemplo de ello.

Segnalazioni

Per ripensare le fonti del diritto (su un libro recentissimo ⁽¹⁾ e sulle sue sollecitazioni).

Libro èsile di pagine ma non di contenuti culturali, che si ritiene doveroso segnalare ai lettori dei ‘Quaderni fiorentini’ ma altresì a ogni giurista, soprattutto ai novizii troppo spesso aggrediti (e soggiogati) dalla propaganda positivista (magari camuffata nelle vesti suadenti offerte dal grande corruttore Kelsen). È, infatti, un libro che ospita le concatenate riflessioni di un filosofo del diritto, tappe di un serrato itinerario che è, allo stesso tempo, (e questo è un pregio grosso) « un pluriennale percorso didattico e di ricerca » ⁽²⁾.

È assai rilevante l’angolo di osservazione di Pastore, che è quello di una visione autenticamente ordinamentale del diritto; intendendo dire che non si assume qui il vocabolo/concetto ‘ordinamento’ come una tinteggiatura che lascia intatta la struttura sottostante. Si tratta, al contrario, da parte dell’autore, di cògliere il diritto con un angolo di osservazione capovolto rispetto alla nozione rigidamente verticistica, cui ci ha abituato — dall’illuminismo e dal giacobinismo in poi — la vulgata del normativismo positivisticò.

Còglierlo, cioè, nella sua genesi dal basso (mi verrebbe voglia di dire da sotto in su), nel complesso magma sociale, nel regno dei fatti strutturali economici sociali, che riescono a vivacizzarlo ma anche a penetrarlo con la loro carnalità, a renderlo creatura carnale fatta per gli uomini e per la loro esperienza di vita. È, innanzi tutto, in ciò che consiste la carica rivoluzionaria di una visione autenticamente ordinamentale, in rapporto alla quale è da rivedere *funditus* il problema delle fonti, riflettendo bene sulla plausibilità di continuare a collocarle in una

⁽¹⁾ Baldassare PASTORE, *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014.

⁽²⁾ Le tappe dell’itinerario sono ben scandite nei sei saggi, dei quali il libro si compone, saggi in stretta connessione l’uno con l’altro entro la trama di un progetto unitario. Segno qui i titoli dei varii saggi: *Il diritto come esperienza*; *Le fonti, la piramide, la rete: per un ripensamento del principio di legalità*; *Identità del testo e contesti*; *Fatti e ragionamento giuridico*; *Soft Law e complessità giuridica*; *Comunità internazionale, spazio globale, istituzioni giudiziarie*.

scala rigorosamente gerarchica; in rapporto alla quale le fonti non solo si pluralizzano ma anche si de-tipicizzano.

Il recupero corposo è quello della complessità del fenomeno giuridico, che la modernità aveva pesantemente ridotto, non permettendo così al diritto legale e formale di mantenersi in coerenza con il divenire della esperienza. Come ben dice Pastore, il carattere di una realtà ordinamentale è di essere necessariamente policentrica e mobile (né occorre fare ricorso all'immagine della liquidità, come stanno facendo i nostri giuristi provincialotti che si ritengono in dovere di citare lo spesso deludente Bauman). Non concordo, invece, con Pastore quando parla di 'ipertrofia' dell'ordinamento. Può darsi che sia plurale, policentrico, complesso, forse magmatico, ma non ipertrofico perché troverà sempre la sua bussola orientativa nel substrato fattuale, nelle richieste concrete che da questo provengono e che l'ordinamento cerca fedelmente di soddisfare.

È ovvio che una siffatta scelta ordinamentale consista in un formidabile recupero (che è quello della storicità del diritto, troppe volte dimenticata in un passato remoto e prossimo), ma ha anche un inevitabile costo: una probabile alluvionalità caotica. All'immagine, cara ai nostri vecchi, di un diritto connotato da astrattezza e purezza, certo e stabile nella pietrosità dei testi normativi, si è andato sostituendo, in questo nostro tempo pos-moderno, un diritto incerto ed estremamente mobile, che è giocoforza qualificare — a causa del suo mescolarsi con la bassa corte dei fatti — anche impuro, da taluno spregiativamente, da un giurista/storicista con qualche sollievo. Un problema, però, si pone fondamentale e urgentissimo: il diritto non può abdicare alla sua funzione ordinante, altrimenti l'ordinamentalità costituisce un imbroglio, una turlupinatura.

È proprio qui che si inseriscono provvedutamente le riflessioni di Pastore. Il punto di partenza è la consapevolezza di uno scenario giuridico, quello odierno, ben diverso dal paesaggio offerto dal tempo trascorso, perché solcato da mutamenti profondi che rendono assolutamente instabile il terreno sotto i piedi del giurista. Le mitologie giuridiche moderne, con dei modelli che l'analisi giacobina aveva elevato a valori perenni, appartengono ormai al mondo di ieri: il legislatore ha dimostrato tutte le sue clamorose incapacità, e la stessa sua voce, la legge, si è dimostrata impari dinnanzi alla riscoperta complessità.

Fonti legate alle prassi (come gli usi) o strettamente collegate alle puntualizzazioni di giudici e dottori (come i principii) sembrano congeniali all'attuale fase di transizione in grazia della loro indeterminazione e, per ciò stesso, disponibilità ad assorbire il nuovo dell'esperienza pos-moderna. Un ruolo si ingigantisce oltremodo, quello degli interpreti. Se la legge va soltanto ubbidita, usi e principii vanno invece interpretati; ed è proprio qui che sta la loro valenza: a loro spetta l'adeguamento delle forme giuridiche ai fatti nuovi.

La modernità aveva temuto il grimaldello degli interpreti come operazione disgregante di un edificio reso compatto da un forte cemento legislativo; e aveva provveduto a esiliare il giurista, sia esso giudice o dottore, al non-ruolo di esegeta, di esplicatore passivo di norme sulle quali era legittimato a usare la sola logica deduttiva. Oggi, l'interprete ha ritrovato la carica inventiva che aveva nella romanità classica, nello *ius commune* medievale, nel *common law*; oggi — aggiungo — anche nell'ordine comunitario europeo e nella cosiddetta globalizzazione giuridica (*lex mercatoria*).

Per Baldassare Pastore, osservatore e decifratore attento dei segni circolanti nel presente, l'incidenza degli interpreti/applicatori a livello di fonti e, conseguentemente, una rinnovata visione e sistemazione di quelle, sono il nucleo nodale di una riflessione filosofico/giuridica che voglia veramente dirsi alla stregua dei tempi. Allievo di Giuseppe Zaccaria, cui si deve la ponderatissima (e salvante) introduzione dei ripensamenti ermeneutici nell'asfittico clima italiano, gli è facile concepire il testo normativo non come un bozzolo irrimediabilmente chiuso dalla promulgazione del capo dello Stato, ma come una realtà aperta alle circostanze vigoreggianti nel momento della sua applicazione; gli è facile pervenire al risultato di una norma che lascia la propria astrattezza e si fa ordinamento concreto dell'esperienza soltanto in questo secondo momento, fase integrante del suo procedimento di formazione e, rispetto ad esso, non appendice esterna ma momento interno e risolutivo.

L'attuale tempo pos-moderno non offre al giurista i tranquillizzanti ripari del passato. Se, prima, egli poteva contentarsi di esercizi sillogistici sotto l'ombrello protettivo (anche se condizionante) di un testo autorevole, oggi gli si pongono di fronte — ineludibili — precise responsabilità, conseguenza di quel ruolo *inventivo* cui si accennava più sopra. Il divenire dell'ordinamento e il suo plastico conformarsi al movimento e mutamento (rapido il primo, profondo il secondo) sono in buona parte nelle sue mani. A lui — giudice, dottore, uomo di prassi — va il compito di colmare i vuoti sempre più rilevanti lasciati dal legislatore; al suo sapere tecnico (egli, necessariamente, sa di diritto) va la responsabilità della corrispondenza dell'ordinamento formale (che egli contribuisce a costruire) all'ordine sostanziale che la società civile identifica nel diritto.

Come il lettore avrà capito, i temi e i problemi puntualizzati e approfonditi nello smilzo volume di Baldassare Pastore ne fanno lo strumento per una assai profittevole lettura.

La storia del diritto in Francia.

Difficile negare che gli storici europei del diritto siano sempre più « inquiets de voir leur discipline marginalisée au nom d'une positivité limitée au droit en vigueur ou aux 'prophéties' des décisions des tribunaux formant le droit à venir » (J.-L. Halpérin, *Le droit et ses histoires*, in « Droit et Société », 2010, 75, p. 296).

Lo storico del diritto è schiacciato dalla crisi delle *Geisteswissenschaften* e dello storicismo in particolare. Vive ormai immerso in una 'società al presente' che si alimenta di connessioni telematiche istantanee e che, noncurante del passato, pretende di sottrarsi ai fenomeni e agli avvenimenti di lunga durata. Risulta costantemente sommerso da un diritto senza confini, sempre più alluvionale e complesso, articolato e sfuggibile, che l'operatore giuridico già fatica a dominare nella dimensione orizzontale del mero diritto vigente. La voce dello storico del diritto, così come le sue domande, le sue ricerche, le sue ipotesi interpretative, corrono quindi il serio rischio di apparire aneddotiche, erudite, dissonanti rispetto al sentire comune. E, soprattutto, sempre più lontane dall'universo mentale del giurista di oggi.

Il volume collettivo *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires* (sous la direction de Jacques Krynen et Bernard d'Alteroche, Paris, Garnier, 2014, p. 596), riunendo gli scritti di poco meno di 40 storici del diritto, caparbiamente vuole dimostrare, ben al contrario, la forza e la vitalità della ricerca storico-giuridica; confermare il suo ruolo indispensabile nel processo di comprensione del diritto.

1. Allo sguardo del lettore si dischiude, innanzitutto, una serie, quasi sterminata, di settori d'indagine. Difficile darne qui conto in dettaglio. Certo, il lettore abituato al tradizionale scorrere di una univoca storia del diritto che pigramente ripercorre le diverse epoche storiche, all'improvviso scopre una ricchissima pluralità di storie giuridiche. Impallidisce la classica distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Persino il codice, forma giuridica per eccellenza della modernità, viene riassorbito all'interno di una pluralità di approcci diversificati. Non solo dunque le classiche partizioni della stagione napoleonica: il civile, il penale, il commerciale, il processo. Ma ancora le obbligazioni, la famiglia, i beni, sino ai più diversi settori di intersezione: il patrimonio culturale, l'ambiente, il *droit social*, la sanità pubblica.

Parallelamente, la storia delle istituzioni abbandona il tradizionale racconto manualistico, di taglio unitario, su apparati, organi, funzioni e quasi si polverizza in una inesauribile pluralità di approcci. La solida monoliticità della *Staatslehre* ottocentesca è un lontano ricordo. Si può partire dalla storia delle norme, che mette a fuoco la progressiva

emersione di una legge in senso moderno nel lungo cammino dell'*ancien Régime*, per giungere ai terreni più sedimentati: quelli della storia del diritto costituzionale e del diritto amministrativo, che possono vantare oggi, rispetto alla rarefazione degli studi ancora alla fine degli anni '60, quando fa la sua comparsa l'opera pionieristica di Pierre Legendre, una presenza massiccia e significativa (Mestre, p. 249). Per proseguire quindi, passando per la storia della giustizia o delle finanze pubbliche, verso i nuovi territori del diritto coloniale o della storia dei diritti dell'uomo. Senza dimenticare che altre specializzazioni si indirizzano verso la storia delle idee politiche, il pensiero giuridico (che conosce una vera e propria espansione nel corso degli anni '80; Hakim, Cherfouh, p. 118), la storia delle facoltà di diritto, o quella delle diverse professioni legali e dello spazio politico e sociale occupato dai giuristi che compongono il « collectif enseignant » (Audren, p. 160).

La frammentazione, talvolta sin troppo minuziosa, dei settori di studio ha lo scopo evidente di offrire rassegne mirate ed il più possibile puntuali delle ricerche in corso. Si persegue il preciso obiettivo di suscitare dibattiti e confronti, con i giuristi dei singoli settori del diritto vigente; gli storici generali; gli altri scienziati sociali. Si sottolinea, soprattutto, la varietà degli interessi e degli approcci. E, così facendo, si restituisce una viva complessità del fenomeno giuridico, proiettato verso il passato quasi attraverso un caleidoscopio, nella molteplicità delle sue diverse articolazioni.

2. La specificità, settore per settore, delle fonti storiche di riferimento impone allo storico di adeguare i propri metodi di indagine, di calibrare i propri strumenti di ricerca alla specificità del tema indagato, ponendosi volta a volta il problema delle cronologie, dei protagonisti, delle fasi di transizione e di rivoluzione.

Alcuni ammonimenti metodologici del tutto condivisibili risultano in ogni caso ricorrenti.

Così, chi indaga sulle epoche più risalenti (o su tempi più recenti, ma nelle dimensioni coloniali e negli incontri con le popolazioni indigene) utilizza proficuamente gli strumenti interpretativi propri dell'antropologia giuridica, valorizzando le prassi, le fattualità, le mentalità ed in genere le fonti di natura orale. Riuscendo così ad offrire un convincente ritratto di una civiltà giuridica senza scrittura. Ovvero, nel ricco terreno coloniale, si può ormai affrontare, contro l'ottocentesco ossimoro dell'« humanisme colonial » (De Mari, Renucci, p. 504) e con una piena consapevolezza degli itinerari della disciplina, da Sumner Maine e Bachofen sino a Lévy-Bruhl e a Llewellyn, il tema della *Sustainable Diversity in Law*, recentemente trattato da Patrick Glenn (Kerneis, Assier-Andrieu, p. 521 e ss.).

Al tempo stesso, si è fatto attento il rifiuto di ingiustificati anacronismi, con utilizzazioni retrospettive di istituti e concetti giuri-

dici. Un'avvertenza che, quasi scontata per l'epoca medievale, si è però diffusa anche fra i cultori della prima età moderna e dello stesso antico regime, ormai sottratto ad una modernità trionfante, già per intero anticipatrice dei traguardi rivoluzionari e napoleonici: traguardi, sino a non molti anni fa, percepiti come ineluttabili.

Se spingersi oltre le colonne d'Ercole del 1789 può apparire « une aventure d'une superflue et périlleuse audace » (così i curatori, p. 12), solo questa benefica sottrazione alla perenne tentazione di *couper l'histoire en tranches*, consente di avvicinare i fenomeni di lunga durata, avviare una vera comparazione verticale, confrontare tra di loro le diverse esperienze giuridiche: permettendo così di mettere in luce, sino in fondo, la relatività del presente.

Parallelamente, anche gli spazi e le opportunità della comparazione orizzontale si sono sensibilmente allargati. La proliferazione dei campi di indagine; l'interesse sempre più vivo nei confronti della cultura giuridica, in cui ai confini territoriali si sostituiscono circolarioni, trapianti, intersezioni; gli stessi processi di globalizzazione in corso stanno cambiando l'*habitus* tradizionale dello storico del diritto, sin qui quasi inconsapevolmente portato a farsi cantore della sola storia nazionale, nella prospettiva tardo ottocentesca di legittimazione dell'ordinamento giuridico vigente.

Anche un capitolo classico di storia nazionale — l'emersione del termine-concetto *droit français* — si colora di una dimensione ultranazionale; diventa comprensibile nel quadro della « circulation des modèles juridiques » (Halpérin, p. 192 e ss.). Si tratta di una questione di grande fascino e dal forte spessore storiografico, che vede in campo un ruolo del potere politico certo sconosciuto al medioevo. Eppure, la vicenda si delinea, soprattutto, attraverso un decisivo fattore sapienziale, quale è la riscoperta — a scala europea — del « vocabulaire oublié » raccolto nel *Corpus juris civilis* (Warembourg, p. 47). L'intreccio tra *droit savant* e *droit coutumier* appare così intreccio di mentalità ancor prima che di fonti giuridiche: un intreccio che travasa nelle 'parole' del primo l'effettività dei 'fatti' del secondo. Ed, appunto, da questa sorta di composto chimico, di elementi distinti che si aggregano sotto la regia della dottrina e di una scienza giuridica ben immersa nel circuito continentale dello *ius commune*, nasce una nuova giuridicità nazionale, anch'essa, in certa misura « invention du droit », « naissance du droit », secondo la celebre espressione di Jean Gaudemet. Proprio dall'intreccio tra cultura e prassi, tra scrittura ed oralità, tra *droit savant* e *coutume*, dall'incontro tra formanti diversi — la cui indagine può offrire ancora importanti risposte — sgorga una peculiare normatività: non un diritto unitario, ma neppure fonti giuridiche distinte; al contrario un diritto composito, « unifiée » o « fusionnée » (Cazals, p. 115). Una normatività che, proprio per questo, a lungo conserva un suo tratto inconfondibilmente antico, dal momento che « dans l'ancienne France, une Cour souveraine n'applique pas une norme légale; elle rende la

justice » (Warembourg, p. 57). Tanto che persino il progressivo affermarsi dell'assolutismo politico non riesce a modificare l'impianto dello Stato giurisdizionale, ormai analizzato a prescindere dalla tradizionale « lecture étatiste », cui non si era sottratto neppure il grande progetto *La genèse de l'Etat moderne*, diretto da J.-P. Genet negli anni '90. Gli obiettivi attuali della ricerca, coerentemente, cercano di ricostruire un pluralismo istituzionale che si esprime attraverso le forme tutte peculiari di un « gouvernement princier »: per gran parte dell'antico regime « le Roi lex animata est aussi un Roi justicier » (Petit-Renaud, Rousselet-Pimont, p. 226-7).

Nella stessa direzione si muove la storia della giustizia che ben sfrutta la possibilità di distendersi sulla lunga durata, dalla *iurisdictio* e dagli *ordines iudicarii* medievali sino alla recentissima *Question prioritaire de constitutionnalité* (QPC), introdotta dalla revisione costituzionale del 2008. L'esercizio della funzione giurisdizionale diventa così uno strumento prezioso per indagare dall'interno le trasformazioni profonde del potere politico e del sistema delle fonti del diritto. Le crescenti attenzioni sovrane alla disciplina del processo, dall'ordinanza di Villers-Cotterêts al *Code Louis*, delimitano un preciso campo di espansione del potere regio. Mentre un tema classico come quello delle origini del giudizio di cassazione può divenire, tra antico regime e rivoluzione, una imprescindibile pietra di paragone per verificare il passaggio stesso dallo Stato di giustizia allo Stato di diritto, il significato del percorso rivoluzionario nel rapporto tra giudice e legge, ma anche le non poche ascendenze rintracciabili negli inesauribili conflitti di antico regime tra *Conseil d'Etat* e Corti sovrane (Godin, Bernabé, p. 310).

3. La storiografia francese restituisce quindi, anche al lettore straniero, un'immagine di forte vitalità, di avvertita consapevolezza metodologica, di notevole varietà di interessi di ricerca. Lentamente e con qualche ritardo (Bonin, p. 539) si è messa in moto anche una riflessione storiografica sulle origini, i percorsi, i destini della storia giuridica: una riflessione autenticamente critica, che prende le distanze dagli unanimismi di facciata del passato e da antiche reticenze (il regime di Vichy, soprattutto), e che ha definitivamente « libéré la parole sur l'histoire de la discipline » (Bonin, p. 544).

Resta, certo, l'inquietudine cui si faceva riferimento all'inizio. Ma « les historiens », in Europa, hanno ancora molto da dire.

A patto di serrare le file, oltre le scuole nazionali, di intensificare il dialogo, nella consapevolezza di essere da sempre uno snodo fondamentale « sur le passage des frontières » (Halpérin, p. 197): frontiere territoriali, perché la storia comparata del diritto è ormai una necessità irrinunciabile; frontiere disciplinari, perché gli isolamenti non hanno futuro ed il colloquio con gli altri scienziati sociali ed i giuristi di diritto

positivo, in particolare, è oggi ancor più vitale per lo storico del diritto. A patto di sentirsi ed essere giuristi, partecipi del travaglio del presente, delle sue trasformazioni. Pronti a recepire da questo presente domande ed interrogativi nuovi da declinare nella lunga durata, senza chiudersi in cronologie fittizie, interpreti del cambiamento e delle continuità, delle rivoluzioni e delle « naissances du droit », del fluire complesso ed imprevedibile delle esperienze giuridiche.

Anche il dialogo con una teoria generale del diritto, anch'essa sempre di più collocata ed immersa nella storia, come Jean-Louis Halpérin e Michel Troper hanno ribadito anche nel recente convegno fiorentino in occasione dei 40 anni di questa testata, deve essere intensificato.

Solo in questo modo la ricerca storico-giuridica cesserà di chiudersi in un ristretto angolo erudito e potrà offrire un contributo effettivo alla comprensione del presente. Per costringere così il giurista di diritto positivo ad uscire allo scoperto, affrancandosi dall'esegesi dell'ultimo testo legislativo, od ormai, più probabilmente, dalla lettura dell'ultima decisione giudiziaria.

BERNARDO SORDI

A proposito di...

GIOVANNI CAZZETTA

« COSTRUIRE SOLIDARIETÀ ».
STORIA E DIRITTI, CONTESTI E SISTEMA

(A proposito di Stefano Rodotà,
Solidarietà. Un'utopia necessaria, Roma-Bari, Laterza, 2014)

1. Doveri di solidarietà e diritti. — 2. Storicizzare la solidarietà, costruire solidarietà. — 3. La solidarietà di ieri. — 4. Allargare l'orizzonte. — 5. Prossimità e distanze: l'utopia necessaria.

1. *Dovere di solidarietà e diritti.*

L'ultimo libro di Stefano Rodotà — *Solidarietà. Un'utopia necessaria* — presenta un percorso inscindibile dall'ampio studio sul *Diritto di avere diritti*; una fitta rete di connessioni unisce i due volumi che a loro volta rimandano al ricco percorso di studi dell'Autore, dagli studi civilistici in tema di responsabilità, proprietà e contratto alle ricostruzioni in tema di diritti fondamentali. Non si tratta — va detto subito — di un semplice accostamento ma di una « congiunzione » entro una trama unitaria che rende inutile il tentativo di isolare fili nella complessiva tessitura delle relazioni tra *diritti* e *solidarietà*, così come storicamente inutili si sono presentate le solenni *Dichiarazioni dei doveri* affiancate alle *Dichiarazioni dei diritti*. Sicuramente « la solidarietà giuridicizzata trova la sua traduzione costituzionale in un insieme di doveri » (p. 48) ⁽¹⁾: movendo dai doveri costituzionali (i doveri della Repubblica, i doveri dei soggetti privati, i doveri connessi alle attività economiche svolte da soggetti pubblici e privati) l'interprete è chiamato a costruire la solidarietà come principio entro un sistema di principi. Non può arrestarsi alla considerazione di norme isolate e contrapposte, deve comprendere la specificità dei contesti e la sempre diversa articolazione storica dei legami sociali per non imprigionare diritti e doveri costituzionali entro confini fissati per sempre.

⁽¹⁾ Le indicazioni di pagine non accompagnate da altri riferimenti si riferiscono tutte a RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

Impossibile da scindere dal quadro dei diritti, *Solidarietà* completa un disegno unitario. La tensione che tiene assieme i due volumi è, del resto, la stessa: connettere la « astrazione dei diritti » e « la concretezza dei bisogni », vedere i diritti come espressione di una condizione storica (e « non di una natura alla quale attingere l'essenza del diritto ») e, proprio per questo, scorgere trasformazioni, discontinuità, rivoluzioni, oltre il realismo politico, oltre una vincolante « ipoteca storica », oltre la dittatura del breve periodo ⁽²⁾. I fili conduttori del *Diritto di avere diritti* ricompaiono così tutti in *Solidarietà*: la costruzione ben immessa nella storia e proprio per questo capace di non considerare i legami sociali « con la testa rivolta indietro », disponibile a *guardare lontano* (« guardare lontano, frequentare il futuro, non rimanere prigionieri del passato » ⁽³⁾), pronta a connettere *le norme e la vita*, a muovere « da... a », ad andare « oltre ».

Segno della vocazione civile del giurista ⁽⁴⁾, *andar oltre e muovere da... a* tornano ripetutamente nelle pagine di Rodotà. Non compaiono come il necessario esito di un'evoluzione o di un destino ma come lettura di trasformazioni da scorgere e realizzare, come sguardo critico verso un presente da non abbandonare al « riduzionismo », come ricerca di principi ordinanti, di una costruzione giuridica attenta alla concretezza delle situazioni e protesa verso un « universalismo sganciato dall'astrattezza » ⁽⁵⁾. *Andar oltre* è sfuggire alla tirannia del contesto senza proporre formalismi; è *costruire* con lo sguardo rivolto alla « virtù trasformativa » dei principi ⁽⁶⁾. Così come i diritti sono da costruire cogliendo il passaggio « dal tempo dei codici a quello delle costituzioni », « dall'astratto rapporto tra legislazione e giurisprudenza a quello, assai più concreto, tra democrazia e diritti fondamentali », « dalla libertà astratta alla libertà concreta, dall'individuo alla persona », « dal soggetto alla persona » ⁽⁷⁾, il principio di solidarietà è da costruire andando « oltre » interpretazioni 'originaliste', « oltre la fra-

⁽²⁾ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 6, 13, 21.

⁽³⁾ Ivi, pp. 93, 76.

⁽⁴⁾ Cfr. *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, a cura di Guido Alpa e Vincenzo Roppo, Roma-Bari, Laterza, 2013, ove in più saggi si sottolinea come il *Diritto di avere diritti* costituisca « la sintesi delle concezioni [di Rodotà] della persona, delle garanzie dei diritti fondamentali e dei pilastri della democrazia moderna » (p. V).

⁽⁵⁾ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 155 e ss., 161.

⁽⁶⁾ Continuo è nelle pagine di Rodotà il riferimento alla realtà, all'« irrompere delle realtà »: « i diritti ci immergono nella realtà »; « spostiamo ancora una volta lo sguardo sulla realtà [...] ». Ivi, pp. 48, 76, 88.

⁽⁷⁾ Ivi, pp. 54, 62, 76, 140 e ss. Si cfr. la recensione di Maurizio FIORAVANTI al *Diritto di avere diritti*, in « Quaderni fiorentini », XLII (2013), p. 493 e ss.

ternità » (p. 63), oltre i modelli di una solidarietà immiserita e « ‘sequestrata’ » — sequestrata dalle interessate cure di soggetti protesi « a governarla secondo i loro più diretti interessi e, per ciò, a snaturarla », riducendola a solidarietà corporativa, ad assistenzialismo, a « solidarismo soltanto caritatevole » (p. 64) —, « oltre lo spazio individuato dai modelli di welfare » (p. 61), « al di là del perimetro specifico dello Stato sociale » (p. 117), « oltre l’ambito nazionale » e « lo Stato-nazione [che] oppone la sua frontiera alla possibilità di produrre una vera solidarietà universale » (pp. 102-103).

Principio entro un sistema di principi, la solidarietà riflette nel giuridico le trasformazioni del sociale e offre criteri ordinanti. Fondendosi, rafforzando e rilanciando il discorso sui diritti, *Solidarietà* (la solidarietà come principio in costruzione continua) si muove così lontano dal discorso di chi contrappone « il dovere di avere doveri » a un « diritto di avere diritti » inteso come espansione giudiziaria ‘infinita’ di diritti individuali che trascura — se non addirittura ignora — i legami sociali e i vincoli di solidarietà (8).

(8) Il riferimento a una « età dei doveri » (« per un ordine civile e politico più coerente con i principi costituzionali della separazione dei poteri e della responsabilità nell’esercizio dei diritti »), a un ‘riequilibrio’ tra diritti e doveri, tra politica e giurisdizione, è stato proposto assumendo come bersaglio critico la politica dei diritti del neocostituzionalismo; una ‘politica’ da contrastare non solo per la sua valorizzazione « estrema » di ogni tipo di diritto, per il riferimento ai giudici come « creatori dei diritti » e ai diritti come « armi » per soddisfare « egoismi individuali », ma anche, e soprattutto, perché giunge (sia pure non intenzionalmente, in un processo diciamo così caratterizzato da eterogenesi dei fini) al risultato di una « democrazia senza doveri », a una società « priva dei valori di solidarietà e dell’unità politica » (L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, Einaudi, 2014, pp. XIII, XIV, XVI). Il libro di Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, è assunto come testo guida dell’indirizzo neocostituzionalista e della ‘politica dei diritti’ (ivi, p. 11, in nota); un indirizzo che condurrebbe a un affievolimento dei legami sociali (che conterrebbe « punte distruttive nei confronti dei legami sociali », ivi, p. 81). Lo scollamento tra ‘politica dei diritti’ e ‘dovere di solidarietà’ è rappresentato da Violante come un risultato (non intenzionale ma inevitabile) di tale indirizzo: pur mirando a contrastare il primato del mercato e dell’economia, sarebbe infatti funzionale — accordando priorità ai diritti personali e trascurando quelli attinenti alla libertà dal bisogno (ivi, p. 31), proponendo un’espansione « infinita » dei diritti « sino al limite del puro desiderio » (ivi, p. 80) — all’individualismo della globalizzazione economia (ivi, pp. 25-26); pur ricercando la massimizzazione delle tutele dei diritti fondamentali sottraendole alle maggioranze parlamentari, giungerebbe comunque al risultato — non auspicato ma inevitabile — di una sostituzione della giurisdizione alla rappresentanza democratica, affidandosi al « principio di maggioranza delle Corti » (pp. 39-41, 60). Le buone intenzioni presenti nella ‘politica dei diritti’ condurrebbero insomma verso una società destrutturata, individualistica, sempre meno caratterizzata da « doveri effettivi e vincoli

2. *Storicizzare la solidarietà, costruire solidarietà.*

Affermare la solidarietà come principio significa riconoscerne la storicità. L'obiettivo di sfuggire a facili e generiche apologie della solidarietà, che non rafforzano ma minacciano la sua sopravvivenza, deve essere raggiunto individuando « la categoria concettuale », « l'ampiezza » e le « capacità 'trasformative' » del principio. Consapevole che la solidarietà appartiene e caratterizza la dimensione costituzionale e che l'universalismo è il tratto distintivo del principio, l'interprete deve ampliare i suoi orizzonti, « andar oltre l'ambito nazionale » grazie a « un confronto continuo con la società da trasformare attraverso una altrettanto continua riflessione critica sui concetti » (pp. 102-103). Per cogliere le « virtù trasformative » della solidarietà occorre storicizzarla, non renderla « prigioniera di questa o quella sua manifestazione storica », « apprendere [dalla storia] la lezione del realismo e della concretezza, del modo in cui un principio vive, non sopravvive, al di là dello specifico contesto che l'ha generato » (p. 104).

L'insistenza sul punto — la continua messa a fuoco della relazione tra contesti e costruzione del principio, tra contesto e sistema — è essenziale per sfuggire a un realismo che si trasforma in rassegnazione e per rendere 'attivo' il principio, proiettandolo verso il futuro ⁽⁹⁾. Decostruzione e costruzione si saldano assieme: la comprensione storica — e non esiste comprensione storica fuori dal contesto — è spogliata da giustificazionismi, da facili invocazioni di circostanze attenuanti o aggravanti, da antistoriche cristallizzazioni di modelli unici, ed utilizzata per tendere verso una « costruzione continua » (p. 42). La costruzione giuridica di solidarietà fonde così il riferimento ai legami sociali con l'analisi dei diritti fondamentali come strumento di liberazione dalla tirannia, come bussola per raggiungere la globalizzazione dei diritti e non dei mercati: compone « un fine del diritto », un « programma », « un sistema di valori » *dinamico* perché necessariamente immesso nel vivo della vicenda storica ⁽¹⁰⁾. Storicità della dimensione giuridica e

di solidarietà»: « La critica maggiore che si può fare alla politica dei diritti, per altri aspetti benemerita, è proprio una sorta di strabismo che le fa ignorare la politica dei doveri, come essenziale fattore che concorre con i diritti al consolidamento della democrazia. Una democrazia non vive di soli diritti e di giudici volenterosi » (ivi, pp. 62-63).

⁽⁹⁾ « [L]a capacità trasformativa della solidarietà [...] diventa strumento per non restare prigionieri di un presente ingrato e mantenere viva, invece, l'apertura verso un futuro non scritto una volta per tutte, come sembrano ritenere quelli che si sentono sopraffatti dalle attuali miserie dello Stato sociale, e così trasformano il realismo in rassegnazione » (p. 136).

⁽¹⁰⁾ « La ricostruzione di un fine del diritto intorno ai diritti fondamentali si presenta [...] come una guida quotidiana, come un test permanente al quale sottoporre

costruzione del sistema si saldano assieme: si guarda al passato per comprendere, per scorgere discontinuità, sfuggire a interpretazioni sorrette da immobilizzanti certezze 'originarie'.

Movendo da quest'approccio (un approccio che caratterizza l'intera produzione giuridica di Rodotà) appare inevitabile il cenno critico rivolto nei confronti del testo di Marie-Claude Blais, un libro che, « intestando la solidarietà a una specifica esperienza storica », suggerisce una lettura che blocca l'idea entro « un unico modello » (quello proposto a fine Ottocento da Léon Bourgeois) e « rovescia così il necessario riconoscimento di un processo storico in una sorta di 'fine della storia' del principio di solidarietà »⁽¹¹⁾.

Costruito per verificare il senso della « riattualizzazione di una eredità », sull'implicito (ma non sempre implicito) parallelo tra le tensioni e i contrasti del periodo a cavaliere fra Otto e Novecento e il presente, il libro di Marie-Claude Blais enfatizza l'approdo a un « ruolo definitivo » dell'idea consacrata nell'opera di Léon Bourgeois⁽¹²⁾:

anzitutto le scelte giuridicamente rilevanti. È un impegnativo programma che mette alla prova politica e diritto. La politica, considerata non più nell'area dell'onnipotenza, ma del rispetto. Il diritto, non più vuoto di fini, ma strettamente vincolato a un sistema di valori ». La prospettiva ha un carattere « dinamico ». Fa riferimento a una vicenda storica e a un « sistema » in *continua costruzione*. « Il sistema dei diritti fondamentali deve divenire parte della realtà e rimanere parte della vicenda storica, in una continua costruzione che inevitabilmente può fare assumere alle sue potenzialità un carattere conflittuale rispetto ad altre forze operanti nella società »: S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 37.

⁽¹¹⁾ Si vedano i riferimenti a p. 42-43; e a p. 62.

⁽¹²⁾ BLAIS, *La solidarietà. Storia di un'idea*, a cura, e con *Presentazione, Tra ponti e confini: l'idea di solidarietà*, pp. VII-XLI, di Beatrice Magni, Milano Giuffrè, 2012 (ed. orig. Paris, 2007), p. 8: « Alla fine del XIX secolo, il contesto delle lotte sociali in seno all'universo repubblicano assegna inaspettatamente all'idea quello che diventerà il suo ruolo definitivo. La solidarietà è decisamente l'unica nozione in grado di conciliare le due esigenze che una Repubblica degna di tale nome deve onorare: l'autonomia delle coscienze ed un obbligo sociale reciproco. [...] La solidarietà traccia una terza via, tra l'individualismo liberale e il socialismo collettivista, la via di una democrazia tanto sociale quanto liberale ». Il libro di Blais si inseriva nel 2007 nel quadro di 'riletture' e 'attualizzazioni' del riformismo e del solidarismo della Terza Repubblica francese: si cfr., ad esempio, S. AUDIER, *Léon Bourgeois. Fonder la solidarité*, Paris, Éditions Michalon, 2007; ed i saggi raccolti in *Repenser la solidarité. L'apport des sciences sociales*, ed. S. Paugam, Paris, PUF, 2007; ma si cfr. anche *Laboratoires du nouveau siècle: la nébuleuse réformatrice et ses réseaux en France, 1880-1914*, ed. Christian Topalov, Paris, Éd. de l'EHESS, 1999. In direzione che mi pare sostanzialmente adesiva alla lettura storica proposta da Blais, si cfr. S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in « *Politica del diritto* », XLIII (dicembre 2012), 4, p. 525 e ss.

« grazie a questo libro [*Solidarité*, 1896] la nozione acquista una nuova dimensione: non descrive più la realtà oggettiva dell'interdipendenza umana, con le sue conseguenze morali, e neppure un ideale altruista chiamato a sostituire la carità cristiana. Si presenta invece come una dottrina, scientifica e pratica insieme, in grado di fondare una legislazione politica » (13). Intesa come terza via tra l'individualismo liberale e il socialismo, come spazio per una democrazia sociale e liberale, l'idea di solidarietà rende immobile il modello proposto nella Terza Repubblica francese. Pur caratterizzato da opportuni richiami al percorso politico di Bourgeois e alle aporie e ai contrasti presenti nella sua opera, il libro suggerisce con la sua stessa struttura — si parte dalla consacrazione del modello, poi si indaga la sua genealogia, si segue la sua fortuna, la caduta e il ritorno (l'idea « ritrovata un secolo dopo ») — l'approdo 'definitivo' all'idea scientifica e uniforme di solidarietà, come se quell'idea fosse rimasta poi estranea nel corso del Novecento a convergenze e contaminazioni con altre tradizioni di solidarietà (14).

Più che la messa a fuoco di un modello scientifico, si può dire che fu invece « l'eclettica disponibilità a influenze apparentemente incompatibili » a rafforzare « la duttilità argomentativa e la capacità persuasiva » presente nella « via francese al solidarismo » (15). Tra fine Ottocento e inizio del Novecento il richiamo a solidarietà si pose sia come sostegno all'intervento sociale dello Stato, critica all'individualismo del *laissez faire*, come fondamento della legislazione sociale e di un riformismo indirizzato oltre la carità, sia come strumento di negazione del conflitto, arma affidata nelle mani dello Stato per fissare l'ordine naturale della società, per rispettarne l'organismo, per conservare il primato dell'ordine della società del Codice civile.

La formula di Alfred Fouillée della società come « organisme

(13) BLAIS, *La solidarietà*, cit., p. 14; e si cfr. p. 22 e ss.

(14) Per riferimenti agli incroci tra i diversi percorsi si cfr. S. STJERNØ, *Le tradizioni di solidarietà*, in « Rivista del diritto della sicurezza sociale » (2009), f. 2; ID., *Solidarity in Europe. The history of an Idea*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; R. ZOLL, *La solidarietà. Eguaglianza e differenza*, Bologna, il Mulino, 2003 (ed. orig. Frankfurt a. M., 2000); P. COSTA, *Alle origini dei diritti sociali: "arbeitender Staat" e tradizione solidaristica*, in *Democrazia, diritto, costituzione. Il fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, a cura di G. Gozzi, Bologna, il Mulino, 1997, p. 277 e ss.; M. STRONATI, *Il socialismo giuridico e il solidarismo*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, p. 405 e ss. (ove si veda in particolare per i riferimenti a A. Groppali, *I fondamenti giuridici del solidarismo*, Genova, 1914); EAD., *Una strategia della resilienza: la solidarietà nel mutuo soccorso*, in « Scienza & Politica », XXVI (2014), 51, p. 87 e ss.

(15) P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 3. La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 70; ma si cfr. p. 69 e ss.

contractuelle » (che non poco influenzò anche Bourgeois e il suo riferimento al « quasi contratto ») evidenzia in maniera netta limiti e contrastanti fortune delle costruzioni giuridiche ispirate al solidarismo. Le interpretazioni parziali e opposte della ‘conciliazione’ proposta da Fouillée — così come i fraintendimenti generati della frase « [...] qui dit organisme dit fraternité, et qui dit contractuel dit juste »⁽¹⁶⁾ — aiutano forse meglio dell’opera di Bourgeois a storicizzare le ‘solidarietà di ieri’ e a cogliere, così come propone Rodotà, le trasformazioni del principio.

3. *La solidarietà di ieri.*

Stabilire « solidarité entre l’individu et la société », conciliare individuale e collettivo, libertà e coesione del tutto, dispersione e centralizzazione: « l’organisme contractuel » è per Fouillée « conciliation des idées de contrat e d’organisme », « synthèse », riconoscimento della mutua dipendenza di tutte le parti del corpo sociale⁽¹⁷⁾. *Solidarietà* è legame d’unione. Il lemma è spesso sostituito nelle pagine di Fouillée da *fraternité*: rigenerata dal contatto con la dimensione giuridica (intesa come dimensione del contratto) la nuova solidarietà/fraternità è contrapposta ad una fraternità ‘antica’ e ‘autoritaria’. L’idea giuridica di fraternità/solidarietà è, infatti, diversa dalla fraternità come *carità*, come *sentimento*, dalla « fraternité autoritaire », « une sorte de communisme » che tiranneggia l’individuo « au nome de l’humanité »⁽¹⁸⁾. Conciliando ‘contratto’ e ‘organismo’, l’idea di solidarietà/fraternità contamina e amplia l’idea di diritto (che diviene « plus vaste et plus positif [...] sociale ») e contribuisce a fissare « une fin, une règle », senza sacrificare l’individuo alla comunità, senza trasformarlo, come la cellula che è schiava del corpo cui appartiene, in « esclave du bien public »⁽¹⁹⁾. Temperato dal contratto, dal « lien social » scaturente dalla volontà degli individui, « le lien de fraternité » che vede il

⁽¹⁶⁾ A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1885² (la 1^a ed. è del 1880), p. 410. Sui fraintendimenti di lungo periodo generati dalla frase si cfr. L. ROLLAND, “*Qui dit contractuel, dit juste*” (Fouillée)... en trois petits bonds à reculons, in « *Revue de droit de McGill* », 2006, p. 765 e ss.; J-F. SPITZ, “*Qui dit contractuel dit juste...*”: quelques remarques sur une formule de Alfred Fouillée, in « *Revue trimestrielle de droit civil* » (2007), 2, p. 281 e ss.

⁽¹⁷⁾ FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, cit., pp. VI, 80, 111, 115, 128, 180.

⁽¹⁸⁾ Ivi, p. 327; p. 345: « On légifère, on contraint, on tyrannise même l’individu au nome de l’humanité, on prétend mettre la violence au service de l’amour. Fausse fraternité que celle qui s’impose ou est imposée, qu’est violente ou violentée; c’est là encore la fraternité du moyen âge et non celle de l’avenir ».

⁽¹⁹⁾ Ivi, pp. 342-343.

singolo come « un moyen au vue de tout, un organe au service du grand organisme » si trasforma ⁽²⁰⁾, diviene giuridico, e — in opposizione all'idea autoritaria — si afferma come « vrai principe de la fraternité », un principio che, « comme le droit », fornisce « une *idée directrice* » per l'evoluzione della società ⁽²¹⁾. Nell'organismo contrattuale si conciliano obblighi (Fouillée mira ad estendere il carico di obblighi gravanti sin dalla nascita sugli individui, andando oltre Comte: « De plus, la solidarité existe entre tous les hommes ») e libertà, legami fra generazioni e libera scelta 'costituente' di ciascuna generazione; e nell'organismo contrattuale sono possibili — grazie all'incontro fra *l'esprit de routine* che rifiuta ogni riforma e *l'esprit de révolution* che tutto vuol mutare — nuove funzioni per lo Stato ⁽²²⁾.

Fouillée non intendeva unire — così scriveva — frammenti di verità per giungere a quello che definiva eclettismo del senso comune (« dans une sorte de médiocrité et d'équilibre, dans une sorte de centre gauche de la pensée » ⁽²³⁾), ma forgiare un nuovo modello capace di sommare la forza dell'elemento individuale e sociale, aggiungendo alla libertà contrattuale (caratterizzante, affermava, i nove decimi dei Codici, dell'economia e della politica) la coesione e i vincoli propri dell'organismo ⁽²⁴⁾. Gli elementi erano sommati ma l'unione, temperandone il carattere, non li lasciava immutati: l'organicismo limitava l'idea contrattuale 'ristretta' di giuristi e economisti (un'idea ristretta dal riferimento alla sola giustizia commutativa, dalla generalizzazione del « *laissez faire, laissez passer, laissez mourir* »); l'idea giuridica del contratto limitava la visione organica della società, l'estremismo della fraternità autoritaria ⁽²⁵⁾.

La solidarietà/fraternità (*une fraternité réglée par la justice*) affiorava come il simbolo della sintesi, come l'idea-forza essenziale per tenere assieme l'idea giuridica di obbligazione e l'idea biologica delle funzioni vitali dell'organismo, la volontà di esistere come comunità politica e la naturale appartenenza a un organismo: « l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la

⁽²⁰⁾ « Or qui dit contrat dit association libre d'individu libres, par conséquent régime de droit e non pas seulement de fraternité, individualisme e non pas seulement communisme ». Ivi, p. 345.

⁽²¹⁾ Ivi, p. 351 e ss. Più in generale Fouillée insiste sul concetto di « *idées-forces* » (cfr. ivi, p. 384 e ss.).

⁽²²⁾ Ivi, p. 356 e ss.; 361.

⁽²³⁾ Ivi, p. 392.

⁽²⁴⁾ Ivi, pp. 393-394.

⁽²⁵⁾ Ivi, p. 405 e p. 420.

justice, car qui dit organisme dit fraternité, et qui dit contractuel dit juste » (26).

Non è il caso di insistere oltre. Non intendo ovviamente tentare di ricondurre tutto il solidarismo a Fouillée, un autore le cui pagine ho qui richiamato perché mi pare abbiano il merito di mostrare, in modo a tratti grossolano, le contrastanti tensioni presenti nella cultura di fine secolo. Le fortune del successivo riferimento a solidarietà non possono essere svincolate dalla fortuna del motto '*qui dit contractuel dit juste*': la mutilazione della frase, la sua trasformazione in una piatta esaltazione dell'autonomia del contratto, se da un lato, infatti, falsava il senso della conciliazione proposta, dall'altro evidenziava la convinzione profonda di una dimensione 'vera' del giuridico connessa al contratto, alla 'assoluta' libertà del volere dei singoli, alla costituzione civilistica.

Il tema caratterizza l'intero rapporto tra legge e contratto, tra imposizione di doveri di solidarietà, intervento 'coattivo' dello Stato e libertà fra Otto e Novecento: la solidarietà giuridica assunta come fondamento delle leggi sociali, come strumento per la socializzazione del diritto, è accompagnata dal timore di una negazione del 'vero' volto del giuridico, dalla difficoltà di accettare un conflitto sociale diverso dalla scontro e dall'accordo 'giusto' tra individui proprietari. Le pagine dei giuristi che tra Otto e Novecento assumono solidarietà come idea-guida per le riforme oscillano tra il riferimento a un modello di 'società organica' e il richiamo alla necessità di ripristinare l'ordine 'giusto' scaturente dalle relazioni tra individui proprietari.

Certo, solidarietà offre una parola d'ordine che sostiene le riforme, che lascia intravedere il futuro e indirizza verso una lettura 'sociale' del diritto. La « doctrine solidariste » affianca altri indirizzi nel prospettare un nuovo ordine giuridico (un diritto sociale, « une sorte *de droit commun européen* en matière de protection ouvrière » (27)), aiuta

(26) Ivi, p. 410.

(27) L'obiettivo è di « substituer progressivement, sans soubresauts brusque, à l'ordre naturel qui demeure l'idéal des économistes libéraux, malgré les cruels démentis d'une expérience prolongée pendant un siècle, un ordre légal moralement et pratiquement supérieur ». Così Paul PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières*, Paris, A. Rousseau, 1903², pp. 11, 49. Pic riteneva che determinante nell'affermarsi di una politica statale ispirata a « une mission de *police* et une mission de *tutelle* » fosse l'incontro tra impegno sociale della Chiesa (a partire dalla *Rerum novarum* di Leone XIII), 'scuola liberale etica' di Le Play e « doctrine solidariste » (ivi, p. 46). Il riferimento al necessario prolungamento su scala internazionale del principio di solidarietà e all'inevitabile formarsi di « une sorte *de droit commun européen* en matière de protection ouvrière » risente soprattutto (ma non solo: cfr. ad esempio, negli stessi anni B. RAYNAUD, *Droit International Ouvrier*, Paris, Rousseau, 1906) dell'influenza di Bourgeois, schierato — com'è noto — in prima linea su questo fronte. Il libro di Pic nella

a ripensare la relazione tra diritto comune e autonomia del soggetto, propone l'idea di un contratto non più legato esclusivamente alla volontà delle parti ma a una « giustizia superiore »⁽²⁸⁾, indica 'nei fatti' l'accrescersi dell'*esprit démocratique*⁽²⁹⁾, un diritto caratterizzato da norme inderogabili, sostenuto da un giudice non più semplice ausiliario delle parti nella garanzia dei loro interessi individuali ma « *gardien des intérêts généraux* »⁽³⁰⁾. Considerando questi aspetti la « legge della solidarietà sociale » può essere presentata come sicura guida della « evoluzione del diritto », « rinnovamento radicale » del giuridico legato all'accrescersi della complessità delle relazioni sociali, ai mutati rapporti economici tra capitalisti ed operai, al diffondersi di uno nuovo « spirito della giustizia » (« intesa nel suo senso moderno della più ampia tutela della personalità umana »), al cammino progressivo della democrazia, al « bisogno che un giorno lo Stato dovrà sentire di

seconda ed. (la prima è del 1894) propone, già in copertina, una citazione di Léon Bourgeois: « Je crois qu'il y a au dessus de nous, autour de nous, nous enserrant de toutes manières, une solidarité naturelle dont nous ne pouvons nous dégager. Nous naissons tous débiteurs les uns des autres ». Sulle diverse influenze caratterizzanti il pensiero di Pic e, più in generale, sull'apporto del solidarismo nel diritto del lavoro francese, cfr. N. HAKIM, *La science de la question sociale de Paul Pic ou les malheurs de l'hétérodoxie dans les Facultés de droit*, in *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, ed. N. Hakim et F. Melleray, Paris, Dalloz, 2009, p. 123 e ss.; Ch. RADÈ, *Le solidarisme contractuel en droit de travail: mythe ou réalité*, in *Le solidarisme contractuel*, ed. L. Grynbaum et M. Nicod, Paris, Economica, 2004, p. 75 e ss.

⁽²⁸⁾ Cfr. G. DEREUX, *Étude des diverse conceptions actuelles du contrat*, in « *Revue critique de législation et de jurisprudence* », XXX (1901), p. 516 e ss.; XXXI (1902), p. 106 e ss.

⁽²⁹⁾ Cfr. J. CHARMONT, *Socialisation du droit*, in « *Revue de Métaphysique et de Morale* », XI (1903), p. 380 e ss.; ID., *Le droit et l'esprit démocratique*, Montpellier, Coulet et fils, 1908, p. 38 e ss.

⁽³⁰⁾ Così, in riferimento al § 138 del BGB, R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Pichon, 1901, p. 251 e ss. Riguardo ai dibattiti suscitati da interpretazioni del contratto ispirate del solidarismo di inizio Novecento e, più in particolare, dal « solidarisme contractuel » proposto da René Demogue muovendo dal cattolicesimo sociale e dal solidarismo di Bourgeois, si cfr. le diverse prospettive presenti negli interventi raccolti in *Le solidarisme contractuel*, cit. La posizione di Saleilles (e in parte di Demogue) sono considerate una « variété douce du solidarisme juridique » rispetto ad una « variété dure », quella pubblicistica di Léon Duguit, da Philippe RÉMY, *La genèse du solidarisme*, in *ivi*, p. 7 (in una prospettiva sostanzialmente critica nei confronti di entrambe le varianti).

provvedere con nuove istituzioni giuridiche ad appagare le richieste del crescente esercito di disoccupati »⁽³¹⁾.

Se costante è, dunque, il riferimento a 'solidarietà' come strumento che contribuisce a creare un nuovo ordine legale, l'uso del termine resta comunque ambiguo e si presta a costruzioni disparate: protese ad assumere la ricomposizione del 'corpo' della società, l'imposizione dell'armonia, la negazione della 'guerra' tra capitale e lavoro, la negazione dei conflitti collettivi, la fissazione dell'ordine ('naturale') della società, l'unione della nazione, l'affermazione a tutti i costi della pace sociale, di una visione tranquillizzante, irenica, dello Stato come obiettivo dominante⁽³²⁾. Il lirismo che accompagna l'uso del termine nelle pagine dei giuristi fonde solidarietà e unità del corpo sociale presentando e cancellando le differenze, dissolvendo i conflitti, disegnando un'armonia che fa astrazione dai bisogni e dagli interessi in gioco nel momento stesso in cui li presenta. Una solidarietà/fraternità dai contenuti ampi e imprecisati disegna non solo la trasformazione sociale di tutto il diritto ma anche e soprattutto il 'ritorno' all'armonica unità della nazione: solidarietà è l'idea che « vibra nei cuori », è accordo, pacificazione, affermazione di una comunanza d'interessi protesa a sconfiggere gli antagonismi, è « ascesa degli umili », riconoscimento delle differenze, riduzione dei privilegi e delle disuguaglianze, unione nello « spazio » e nel « tempo »⁽³³⁾.

La negazione del conflitto emerge come il tratto di unione delle costruzioni giuridiche ispirate a solidarietà, così come del resto emergeva dalle pagine degli autori immessi nella nebulosa del cosiddetto

⁽³¹⁾ P. TUCCI, *La solidarietà e le tendenze odierne del diritto* (Estratto da « La Corte d'Appello », VI (1905), fasc. 3), Napoli, Tip. Lubrano, 1905, pp. 10-11, 14, 25.

⁽³²⁾ Cfr. N. et A.-J. ARNAUD, *Une doctrine de l'état tranquillisante: le solidarisme juridique*, in « Archives de philosophie du droit », 21 (1976), p. 131 e ss.; J.F. STONE, *The Search for Social Peace. Reform Legislation in France (1890-1914)*, Albany, State University of New York Press, 1985. Analisi sempre più concretate da studi che prestano specifica attenzione agli attori delle riforme sociali e alle istituzioni: cfr. *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, ed. J.P. Le Crom, Rennes, PUR, 2004; *La codification du travail sous la III^e République. Élaboration doctrinales, technique juridique, enjeux politiques et réalités sociales*, ed. A. Chatriot, F. Hordern et J.M. Tuffery-Andrien, Rennes, PUR, 2011.

⁽³³⁾ Così, ad esempio, Cesare VIVANTE, *Le nuove influenze sociali nel diritto privato. Discorso inaugurale letto nel giorno 8 novembre 1902*, può essere ora letto in *La Facoltà giuridica romana in età liberale. Prolusioni e discorsi inaugurali*, a cura di M. Caravale e F.L. Sigismondi, Napoli, Jovene, 2014, p. 411 e ss., pp. 412-415, 422: « I nuovi istituti giuridici non favoriscono solamente la solidarietà che si spiega nell'ordine dello spazio tra coloro che vivono nella stessa età; favoriscono anche quella solidarietà che si spiega nell'ordine del tempo fra le generazioni che si succedono ».

socialismo giuridico italiano, e dalle pagine più austere di coloro che, guardando alla pandettistica tedesca, intendevano rispondere a ogni nuova esigenza sociale con l'astrazione del sistema, mantenendo ben fermo il primato della costituzione privatistica e relegando in un angolo appartato il transitorio e pubblicistico intervento sociale dello Stato⁽³⁴⁾. La proiezione 'nazionale' di solidarietà e la tensione volta a utilizzarla per rafforzare lo Stato-nazione e per difendere la costituzione privatistica affiorava — si può aggiungere — anche quando apparentemente massima era l'apertura verso l'attribuzione di diritti all'uomo (e non al solo cittadino) e il richiamo alla « solidarietà dell'umana famiglia »⁽³⁵⁾.

La confluenza di gran parte del solidarismo verso il corporativismo fascista, verso la solidarietà corporativa, non può certo spingere a considerare come paleo-corporativismo fascista le molteplici riflessioni 'solidali' proposte fra Otto e Novecento; indubbiamente però l'esito autoritario riprendeva fili sottesi a una costruzione giuridica indirizzata da un lato a esaltare l'intervento dello Stato per unire la nazione e contrastare una società pluralistica caratterizzata dal conflitto e, dall'altro, a conservare immune la costituzione privatistica da ingerenze

(34) Cfr. G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 112 e ss.

(35) L'apertura universalistica fissata nell'art. 3 del Codice civile del 1865, l'ammissione senza condizione di reciprocità dello straniero al godimento dei diritti civili del cittadino italiano, fu presentata, sulla scia delle pagine di Pasquale Stanislao Mancini e dei lavori preparatori, come « idea progressiva, generosa, liberale » indirizzata ad estendere diritti « a tutte le creature umane », come « omaggio al principio di solidarietà fra i popoli », « principio conforme alla grande legge di fratellanza di tutti gli uomini » (V. CATTANEO, C. BORDA, *Il Codice civile annotato*, Torino, Ute, 1865, p. 44; L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, Torino-Roma-Napoli, Utet, 1871, vol. I, p. 148). Rodotà presenta l'art. 3 — « ispirato al principio dell'accoglienza » e contrastante con la « cittadinanza *oppositiva*, nazionale, puramente identitaria » — come un principio « rivoluzionario » per la sua epoca (*Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 8-9, 20; e si veda anche in *Solidarietà*, p. 38). Se ciò è vero, è opportuno ricordare comunque che la proiezione universalistica di diritti e solidarietà proposta da quell'articolo era fortemente legata al progetto di formazione del mercato nazionale, al 'farsi Stato' della nazione. Basti pensare che quando il Codice civile venne promulgato, erano stranieri i sudditi austriaci del Veneto ed i sudditi pontifici del territorio romano, prima ancora che i cittadini degli Stati d'oltr'Alpe e d'oltre mare: la cancellazione del principio di reciprocità si presentava come « il manifesto dell'unificazione in corso », come lo strumento di una lucida programmazione del mercato nazionale (S. CAPRIOLI, *Codice civile. Struttura e vicende*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 107). Con riferimento alle ambiguità dei commentatori del Codice e dello stesso Mancini sul punto cfr. G. CAZZETTA, *Patria senza territorio? Emigrazione e retorica dello Stato-nazione*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. III: *I multiformi profili del giuridico*, Napoli, Jovene, 2014, p. 146 e ss.

sociali, a riaffermare la sempre più mutila purezza di quel... *qui dit contractuel dit juste*.

4. *Allargare gli orizzonti.*

È opportuno però far ritorno al volume di Rodotà. È da questa solidarietà 'di ieri' che Rodotà intende distanziare la costruzione del principio. Storicizzare la solidarietà, continuare ad analizzare la sua 'virtù trasformativa', vuol dire collocare nel passato una solidarietà/fraternità caratterizzata da sparse intuizioni ingabbiate entro la costituzione privatistica; significa negare un'origine condizionante e, soprattutto, prendere sul serio la svolta del costituzionalismo del secondo dopoguerra, i doveri di solidarietà non più caratterizzati dalla finalità di « neutralizzare l'incidenza dei conflitti nelle dinamiche sociali e sull'assetto degli interessi economici » (p. 58).

Vuol dire muovere in direzione di un complessivo 'elargimento dell'orbita del diritto comune'. Un allargamento di orizzonti, quello cui fa riferimento Rodotà, ovviamente diverso dalle proposte dei giuristi di fine Ottocento, perché tutto ispirato dalla centralità dei principi costituzionali, dalla costituzionalizzazione dell'ordinamento, dall'indivisibilità dei diritti civili politici sociali, dalla costruzione congiunta di diritti inviolabili e « doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale ». E, del resto, proprio nella direzione di una ricostruzione di fondamentali istituti privatistici — responsabilità, proprietà, contratto — « nel quadro del principio di solidarietà », una solidarietà « sociale », intesa come « valore fondante » dell'intero ordinamento giuridico, si mossero gli studi di Rodotà negli anni '60, anni in cui « gli studiosi del diritto civile consideravano la Costituzione come *terra incognita* » e ancora si stentava a « ricostruire l'ordine giuridico sulla base dei principi »⁽³⁶⁾.

Storicizzare la solidarietà, avendo ben presente quella svolta, è ancor più essenziale « oggi ». Nell'odierno « ampliarsi di orizzonti » oltre le barriere dello Stato nazionale la riflessione storica è essenziale (non per spingere il giurista a « un ritorno alle origini » ma) per rintracciare la « forza autonoma » del principio e proiettarlo « al di là delle contingenze »: « il punto chiave della riflessione » resta — riba-

⁽³⁶⁾ Si veda p. 45 (testo e nota). Il riferimento va a *Note critiche in tema di proprietà* (1960); *Il problema della responsabilità civile* (1964); *Le fonti di integrazione del contratto* (1969). Sulla rilevanza di tali studi si cfr. almeno G. ALPA, *I principi generali e le fonti del diritto*, in « *Politica del diritto* », XXIII, 4 (dicembre 1992), p. 635; ID., *Le 'autonomie contrattuali' tra mercato e persona*, in *La vocazione civile del giurista*, cit., p. 204 e ss.; P. GROSSI, *Rileggendo le Note critiche in tema di proprietà* (1960), ivi, p. 80 e ss.

disce Rodotà — considerare solidarietà « come principio », solo così è possibile farle conservare, anche oltre la crisi dello Stato sociale, « una sua più generale forza conformativa del sistema [...] nella direzione del recupero/ricostruzione di strutture di welfare »; « solo così [...] è possibile proiettarla in dimensioni più vaste, da quella europea a quella globale » e « produrre vera solidarietà internazionale »⁽³⁷⁾. Non isolata dai diritti umani e dai principi di dignità e uguaglianza⁽³⁸⁾, solidarietà abbatte le distanze spaziali e contrasta lo spietato ritorno a un diritto dei privati ‘senza principi’, la fideistica esaltazione neoliberalista della globalizzazione dei mercati.

L’interprete più che limitarsi alla semplice denuncia degli scostamenti tra realtà e modello, costruisce il sistema, in una costruzione continua e dinamica protesa a leggere e vincere il contesto. Non si tratta di un’astratta pretesa ideologica ma di una necessaria conseguenza cui giungere in base alla « ricostruzione sistematica » della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, guardando ‘nella realtà’ l’allargarsi degli orizzonti (e il riferimento va in primo luogo al tema dei migranti e all’ambiente) che impone una « coerente [...] proiezione cosmopolitica della solidarietà », « un costituzionalismo cosmopolita » (pp. 108; 110; 105).

La tensione ‘di ieri’ verso un’unità della nazione diviene costruzione costituzionale di principi che si trasformano, permeano l’intero ordinamento e, con concreta vocazione universale, si pongono come limite alla discrezionalità della politica, come indirizzo per una politica consapevole⁽³⁹⁾.

5. *Prossimità e distanze: l’utopia necessaria.*

La relazione tra contesto e sistema costruisce il principio di solidarietà nel tempo e nello spazio: ‘allontana’ il passato e i vincoli posti dalle origini, ‘avvicina’ il futuro, disegnando in contrasto con una lettura miope o rassegnata del presente una solidarietà spaziale che accomuna l’umanità; l’umanità « declinata al futuro », « da costruire incessantemente attraverso l’azione comune e, appunto, solidale di una

⁽³⁷⁾ Le citazioni sono tratte nell’ordine dalle pp. 58, 100, 74, 103 (e cfr. 109-110).

⁽³⁸⁾ Per una ricognizione dei « diritti di solidarietà » (e dei nessi tra diritti umani e solidarietà) volti a superare ogni logica ‘insulare’, ‘atomistica’, ‘mercantile’ dei diritti per affermare limiti, correzioni, fini, in relazione ai bisogni delle persone e all’equità distributiva, si cfr. l’efficace sintesi proposta da B. PASTORE, *Pluralismo, fiducia, solidarietà. Questioni di filosofia del diritto*, Roma, Carocci, 2007, in particolare p. 109 e ss., 123 e ss.

⁽³⁹⁾ Si cfr. p. 126 e ss. con riferimenti alle « vie istituzionalmente percorribili ».

molteplicità di soggetti » (p. 122). La ‘necessaria utopia’ indicata dal titolo scaturisce dal gioco di prospettive e dalla ricerca di una « connessione » tra la necessità di scorgere l’azione ‘realisticamente possibile’ del principio per tracciare un confine e la non meno necessaria tensione a una sua proiezione ‘sconfinata’ (40).

In riferimento al principio di solidarietà si riaffaccia in maniera più pressante la questione affrontata da Rodotà nel *Diritto di avere diritti*: il problema degli attori sociali, dei protagonisti collettivi, dei nuovi soggetti storici chiamati dopo il tramonto delle grandi narrazioni, nella *fin des sociétés* (41), all’azione comune solidale. La questione si pone in modo più pressante perché il ruolo performativo del diritto nella « création de nouveaux acteurs sociaux » (42) evidenzia uno scarto che appare quasi incolmabile tra il sistema dei diritti fondamentali e ‘l’ordine normativo globale’, la realtà imposta dalla globalizzazione dei mercati; una realtà caratterizzata dalla frammentazione degli interessi, dal trionfo individualistico dell’autonomia del contratto, dall’affermarsi di ‘solidarietà di prossimità’ opposte alla solidarietà che abbatte le frontiere e proietta ‘erga omnes’ il riferimento a un’*esistenza libera e dignitosa* (43).

È ancora « l’appello alla storia » che consente a Rodotà di offrire una risposta. Apprendere dalla storia « la lezione del realismo e della concretezza » significa non solo saper scorgere i soggetti storici della grande trasformazione moderna ma anche le idee che hanno affiancato, sostenuto, costruito, l’idea di solidarietà; e significa oggi saper scorgere l’incessante « prodursi di legami », « l’inedita connessione tra l’astrazione dei diritti e la concretezza dei bisogni che mette all’opera soggetti

(40) Una connessione, quella tra ‘confini della solidarietà’ e affermazione ‘sconfinata’ del principio, che è « ben più impegnativa », « ben più problematica di quelle che si riferiscono a libertà e uguaglianza, dignità e cittadinanza » (p. 122).

(41) A. TOURAINE, *La fin des sociétés*, Paris, Seuil, 2013.

(42) Cfr. *ivi*, p. 31 e ss., p. 632.

(43) Il riferimento va alla frantumazione del concetto di solidarietà che affiora dall’art. 8 della legge 14 dicembre 2011, n. 148, che a certe condizioni rende possibile alla contrattazione ‘di prossimità’ di derogare *in peius* la ‘distante’ contrattazione nazionale (e le norme inderogabili) ed espellendo così « l’anima egualitaria dal corpus normativo che la custodiva ». Sul punto è qui sufficiente rinviare a U. ROMAGNOLI, *La deriva del diritto del lavoro (Perché il presente obbliga a fare i conti col passato)*, in *La vocazione civile del giurista*, cit., p. 138 e ss. (da cui è tratta la citazione riportata sopra). Sulla contrastata tensione tra ‘de-fondamentalizzazione’ dei diritti collettivi e ‘costruzione di solidarietà’ a livello europeo si cfr. S. GIUBBONI, *Cittadinanza lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, in « Rivista del diritto della sicurezza sociale » (2013), fasc. 3, p. 491 e ss., 508 e ss.

reali », « una molteplicità di soggetti sempre cangianti » (44). La lotta per i diritti, *il diritto di avere diritti*, fonda solidarietà e offre quanto il realismo rassegnato di oggi non vuol cogliere, quanto la solidarietà senza conflitti di ieri non poteva proporre.

È « un altro realismo » (45). Un realismo che si oppone alla fine della storia ed è sguardo critico sulla realtà per non lasciarsene sommerge. Solidarietà emerge da contesto e si ribella ad esso, è principio fondante dell'ordine giuridico e 'utopia necessaria' del nuovo costituzionalismo: « un nuovo costituzionalismo, che porta in primo piano la materialità delle situazioni e dei bisogni, *che individua nuove forme dei legami tra le persone e le proietta su una scala diversa da quella che abbiamo finora conosciuto* » (46).

Il principio di solidarietà si pone come specchio e come costruzione dell'esperienza; una costruzione giuridica che si ribella all'accrescersi della frammentazione sociale, a legami sociali che si rinsaldano in modo 'oppositivo', a una 'prossimità' che non va oltre la solidarietà 'di ieri' e spesso cancella anche quella. Abbattere la distanza tra astrazione e concretezza del bisogno, costruire un diritto capace di cancellare prossimità e distanze, connettere lotta per i diritti e nuovi legami sociali, 'costruire solidarietà' in opposizione al passato è scelta necessaria, indispensabile. Il principio di solidarietà non può essere schiacciato entro « logiche di affinità » che occultano le posizioni conflittuali (p. 89), non deve « rimpicciolire l'idea stessa di prossimo » sino a ridurla a 'prossimità', « a un fatto fisico, territoriale » (p. 86). Prossimo è chi un tempo era lontano ed è impossibile oggi « pensare la solidarietà fuori dal contesto globale » (p. 91), un contesto in cui la solidarietà si allarga al pianeta, senza distinzioni tra vicino e lontano.

A unire necessità e utopia resta il dilemma della prossimità e della distanza. L'abbattimento della simbolica distanza con il mandarino cinese, l'aver vicino, il vedere da lontano, complica e rende più drammatiche — « Niente è più abbastanza lontano da rendere naturale la nostra indifferenza » — ma non elimina le implicazioni della distanza (47).

La notizia del terremoto di Lisbona del 1° novembre 1755

(44) RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 6, p. 13; ID., *Solidarietà*, cit., pp. 104, 136-137.

(45) RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 14.

(46) Ivi, p. 7 (corsivo mio).

(47) Cfr. C. GINZBURG, *Uccidere un mandarino cinese. Le implicazioni morali della distanza*, in Id., *Occhiacci di legno. Nove riflessioni sulla distanza*, Milano, Feltrinelli, 1998, p. 194 e ss.; A. SOFRI, *Chi è il mio prossimo*, Palermo, Sellerio, 2007, in particolare p. 173 e ss., p. 175. Da questo testo la citazione; e da qui riprendo il riferimento successivo al terremoto di Lisbona.

raggiunse Parigi ventitré giorni dopo; Voltaire, sconvolto dalla notizia in modo ossessivo, si fece propagatore di riflessioni sui limiti della commozione umana alla distanza, una distanza che rimpiccioliva, impediva di vedere. In un presente così lontano da quel passato, in un oggi in cui tutto è immediato e si vede, niente è più lontano. La nostra compassione si è certo estesa ma sino a che punto abbiamo vinto le distanze? Quanto riusciamo ad andar oltre la solidarietà di ieri?

BARTOLOMÉ CLAVERO

¿SE DEBE A DERECHOS HUMANOS LA ABOLICIÓN DE LA ESCLAVITUD?

(A propósito de los *Usos de la Historia*
de Samuel Moyn y de sus críticos)

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

(Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 4)

1. Provocación de Samuel Moyn a la historiografía de los derechos humanos. — 2. Repercusión retrospectiva sobre la historia de la abolición de la esclavitud americana. — 3. Asalto a la trata atlántica de esclavos y jurisdicciones interestatales al efecto. — 4. Abolición en Estados Unidos versus derecho constitucional a la propiedad esclavista. — 5. La abolición global entre Liga de Naciones y Corte Penal Internacional. — 6. ¿Historia cómo y derechos según quienes?

1. *Provocación de Samuel Moyn a la historiografía de los derechos humanos.*

Samuel Moyn es un polemista nato. Polémicos son sus escritos y polémicas sus críticas y réplicas. Polémico es su libro sobre los derechos humanos como una *last utopia* precaria y pasajera; polémicos son sus ensayos sobre *abuses of history* por parte de quienes confieren en cambio a los derechos humanos una entidad presente con sólidas raíces además en el pasado próximo, cuando no también en el remoto ⁽¹⁾. Tras

⁽¹⁾ S. MOYN, *Human Rights and the Uses of History*, Londres, Verso, 2014. Salvo un capítulo, prólogo y epílogo, se trata de una recopilación de artículos publicados en el semanario *The Nation* entre 2007 y 2013 (thenation.com/authors/samuel-moyn). Una reseña justamente apunta que el libro, a tenor de su contenido, podría haber empleado en su título *abuses* mejor que *uses*, así *Human Rights and the Abuses of History*: Ardevan YAGHOUBI, *Something Fishy: the Politics of Human Rights History*, en «The Oxonian Review», 25 (2014), 4 (oxonianreview.org), art. 2.

su primer libro sobre derechos humanos, *The Last Utopia: Human Rights in History*, viene una obra menor, *Human Rights and the Uses of History*, menor pues recoge recensiones y reflexiones ya publicadas, pero que cobra una dimensión mayor en relación al alcance y al impacto de su labor precedente y paralela. *Human Rights in History*, qué pintan los derechos humanos en la historia, es el tema suyo que aquí nos interesa ⁽²⁾.

Moyn parte de una evidencia a su entender palmaria: con toda la historiografía tradicionalista existente sobre derechos humanos desde la Biblia hasta la era de las primeras revoluciones entre los siglos XVIII y XIX, pasando a través de filosofías medievales y altomodernas europeas y acercándose ulteriormente hasta mediados del siglo XX a la vista de la fundación de Naciones Unidas y de su Declaración Universal, con todo esto, con toda esta historia y con toda esa historiografía, nadie se plantea la cuestión de cómo no haya sido sino más cercanamente, bastante más cercanamente todavía, tan sólo desde los años setenta del siglo pasado, que el motivo de algo aparentemente tan clave para la humanidad toda como los derechos dichos humanos alcanzase una presencia realmente apreciable en la política a todos los niveles, del internacional al local, y una incidencia sin precedentes en una historiografía que, aun la de signo ya nada tradicionalista, sigue tendiendo a los tiempos más largos ⁽³⁾.

⁽²⁾ S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard College, 2010. Jurista e historiador, especializado en historia intelectual europea contemporánea, *The Last Utopia* fue en efecto su primera publicación exenta centrada en la materia de los derechos humanos, pero su interés al respecto no era sobrevenido: S. MOYN, *Origins of the Other: Emmanuel Levinas between Revelation and Ethics*, Ithaca, Cornell University Press (CoUP), 2005, pp. 208-210. Las reseñas, artículos y simposios ante la aparición de *The Last Utopia* afluyeron en medios de especialidad sobre todo jurídica y politológica. El mismo año 2010 se inició bajo la dirección de Moyn « Humanity » (humanityjournal.org), revista que ofrece trabajos sobre problemas concretos de prácticas inspiradas por derechos humanos. Moyn se mantiene además muy activo, publicando comentarios y recomendando textos, mediante tweets reproducidos en el sitio de Humanity.

⁽³⁾ S. MOYN, *Substance, Scale, and Salience: The Recent Historiography of Human Rights*, en « Annual Review of Law and Social Science », 8 (2012), pp. 123-140 (*Die Neue Historiographie der Menschenrechte*, en « Geschichte und Gesellschaft », 38 (2012), 4, pp. 545-572, refundiendo artículos de *The Nation*); *The Return of the Prodigal: The 1970s as a Turning Point in Human Rights History*, en *The Breakthrough: Human Rights in the 1970s*, Jan Eckel y S. Moyn (eds.), Filadelfia, University of Pennsylvania Press (UPP), 2014, cap. 1 (ed. primera, con otra ordenación de capítulos: *Moral für die Welt? Menschenrechtspolitik in den 1970er Jahren*, Gotinga, Vandenhoeck und Ruprecht, 2012).

Dos factores fundamentales se identifican por Moyn para explicar el auge del discurso de los derechos humanos a partir hace sólo de cuatro décadas y no de antes. Tras el desastre sin paliativos de la guerra de Vietnam para los Estados Unidos, les brinda a éstos ideología y motivación para rehabilitar políticas agresivas de intervencionismo exterior. Por otra parte, el discurso de los derechos humanos ofrece una vía presentable de salida conservadora del hundimiento de socialismos y dictaduras de Estado en Europa del Este y en América Latina, cada caso con sus circunstancias. Los mismos derechos humanos de Naciones Unidas se habrían ya formulado bajo supuestos más conservadores de lo que habitualmente se da luego por entendido ⁽⁴⁾. Para el conservadurismo, los derechos humanos brindarían la gran ventaja de que no representan una *política*, sino una *moral*. Estarían contribuyendo a la despolitización de las políticas internacionales con su peso creciente en línea neoliberal ⁽⁵⁾.

Hay quienes reducen los derechos humanos a función legitimadora del fundamentalismo de mercado, pero Moyn tan sólo constata que no constituyen contrapeso eficaz ante el neoliberalismo más inhumano. Son para él un signo de la bancarrota y el abandono de políticas sociales locales y globales con ambición transformadora de una humanidad sumida en desigualdades abultadas e iniquidades contumaces. La recuperación de tales políticas a todos los niveles supondría la

(4) S. MOYN, *Jacques Maritain, Christian new order, and the birth of human rights*, en *The Social and Political Philosophy of Jacques Maritain: Selected Readings*, Notre Dame, Notre Dame University Press, 2008 (*Jacques Maritain: le origini dei diritti umani e il pensiero politico cristiano*, en *Dialogo interculturale e diritti umani*, Luigi Bonanate y Roberto Papini, eds., Bolonia, il Mulino, 2008, pp. 97-124); ID., *Personality, Community, and the Origins of Human Rights*, en *Human Rights in the Twentieth Century*, Stephan-Ludwig Hoffmann (ed.), Nueva York, Cambridge University Press (CUP), 2011, cap. 4; ID., *The First Historian of Human Rights*, en «The American Historical Review», 161 (2011), 1, pp. 58-79; ID., *Imperialism, Self-Determination, and the Rise of Human Rights*, en *The Human Rights Revolution: An International History*, Akira Iriye, Petra Goedde y William I. Hitchcock (eds.), Nueva York, Oxford University Press (OUP), 2012, pp. 159-178; ID., *The Universal Declaration of Human Rights in the History of Cosmopolitanism*, en «Critical Inquiry», 40 (2014), 4 (*Around 1948: Interdisciplinary Approaches to Global Transformation*, Leela Gandhi and Deborah L. Nelson, eds.), pp. 365-384.

(5) MOYN, *The Last Utopia*, cit., epílogo: *The Burden of Morality*, con argumentos en los que ha seguido abundando por sí mismo y frente a críticas: reseña a Aryeh NEIER, *The International Human Rights Movement: A History*, Princeton, Princeton University Press (PrUP), 2012, en «Ethics and International Affairs», 28 (2012), 3, pp. 392-395, en respuesta al cabo a críticas que le dirige Neier (pp. 4 y 338-339).

caducidad del prestigio presente de los derechos humanos o al menos la superación decisiva de la versión insocial actualmente dominante (6). A la vista está que tal es el sesgo que le imprimen los Estados Unidos y la Unión Europea como potencias sedicentemente promotoras de derechos humanos, así como algunas instancias, no todas ni mucho menos, de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales (7).

Digamos todavía de entrada, para quedar situados, que, pese a la proclamación de la Declaración Universal en 1948, el empeño de Moyn por datar el despegue de los derechos humanos un tanto más tarde, en los años setenta del siglo pasado, no parece una ocurrencia gratuita (8). Además de los factores que destaca, a los que suma el empuje del oenegismo internacional de derechos humanos desde dicha misma década de hace cuarenta años (9), es por entonces cuando entran en vigor los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, esto es, el desarrollo directo de la Declaración Universal mediante tratados multilaterales entre Estados, y es desde entonces que se activan y multiplican en Naciones Unidas los comités de tratados de derechos humanos, de esos

(6) S. MOYN, *A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism*, en « Law and Contemporary Problems », 77 (2014), 4, *Law and Neoliberalism*, pp. 147-169, debatiendo con quienes vinculan estrechamente derechos humanos y neoliberalismo; el trabajo tuvo como *working title* uno más expresivo: *Why Human Rights are not Neoliberal, but haven't helped either* (hhr.hypotheses.org/215).

(7) state.gov/j/drl/hr; usaid.gov; ec.europa.eu/europeaid; eeas.europa.eu/human_rights; worldbank.org; unglobalcompact.org; unctad.org; pnud.org; wto.org; oecd.org.

(8) Respecto a Estados Unidos, Barbara J. KEYS, *Reclaiming American Virtue: The Human Rights Revolution of the 1970s*, Cambridge, Harvard College, 2014, p. 348, de agradecimientos: « Sam Moyn merece mención especial por asistencia e inspiración »; « incluso o especialmente cuando estoy en desacuerdo, sus argumentos provocativos me han incitado a pensar en direcciones nuevas y productivas, como también lo ha hecho la marea de discusiones y debates causada por *The Last Utopia* ». Aparte el agradecimiento personal, en todo esto es evidente que no está sola.

(9) Moyn lo ejemplifica con Amnistía Internacional y su Nobel de la Paz en 1977, pero parece mejor ejemplo el de Human Rights Watch por su vinculación, desde su fundación en 1978 como Helsinki Rights Watch, a la política intervencionista de los Estados Unidos que se sirve de los derechos humanos: Peter SLEZKINE, *From Helsinki to Human Rights Watch: How an American Cold War Monitoring Group Became an International Human Rights Institution*, en « Humanity », 5 (2014), 3, pp. 345-370. Para una defensa de Amnistía Internacional frente a Moyn, la reseña de *The Last Utopia* por Cristián RUSTOM en « Revista de Ciencia Política » (Pontificia Universidad Católica de Chile), 34 (2014), 2, pp. 491-495.

y de más, así como otras instancias con capacidad de supervisión de la trayectoria de los Estados. En cuanto a cronología la posición de Moyn parece que de entrada se sostiene frente a sus críticos ⁽¹⁰⁾.

Habrà por supuesto quienes sigan presentando la historia de los derechos humanos en el orden internacional como una trabajosa epopeya que parte de la Declaración Universal, si no de antes, guardando una sustancial continuidad hasta hoy y hacia el futuro, pero tendrán que hacerlo sorteando la obra de Samuel Moyn. Ya se tiene algún ejemplo bastante elocuente ⁽¹¹⁾. Hay también por supuesto quienes sigan su propio programa por derroteros que no se interfieren con los planteamientos ni chocan con las provocaciones de Moyn. En cuanto que vienen a los derechos humanos ⁽¹²⁾, también a su modo testimonian la eclosión de esto último años en el terreno no sólo de la política, sino igualmente en el de la historiografía ⁽¹³⁾. Y ésta puede decirse en fin que

⁽¹⁰⁾ Para una crítica bastante común, Philip ALSTON, *Does the Past Matter? On the Origins of Human Rights*, en « Harvard Law Review », 126 (2013), 7, pp. 2043-2081, en concreto pp. 2069-2070, rechazando el concepto de derechos humanos de Moyn que sirve para fijar tal cronología por no tomar en cuenta que los mismos también operan con anterioridad y al mismo tiempo en jurisdicciones estatales, pero esto sólo tiene sentido desde las posiciones del crítico. Alston está entre tantos cuantos piensan que los derechos constitucionales pudieron ser derechos humanos *avant la lettre*, lo cual veremos que Moyn rechaza tajantemente con buenas razones.

⁽¹¹⁾ Christopher N.J. ROBERTS, *The Contentious History of the International Bill of Human Rights*, Nueva York, CUP, 2015, p. 6: a ALSTON, *Does the Past Matter?*, cit., se le presenta como « un excelente tratamiento de la investigación referida a la historia de los derechos humanos » mientras que a MOYN, *The Last Utopia*, cit., se le despacha, sin más discusión, como si se tratase de una ocurrencia reductiva. También ha de sortearse a Mark MAZOWER, *The Strange Triumph of Human Rights, 1933-1950*, en « The Historical Journal », 47 (2004), 2, pp. 379-398, quien venía prestando atención a sugerencias de Moyn al respecto desde sus artículos en *The Nation*, antes de *The Last Utopia*: M. MAZOWER, *No Enchanted Palace: The End of the Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, Princeton, PrUP, 2009, p. 8.

⁽¹²⁾ Lawrence M. FRIEDMAN, *The Human Rights Culture: A Study in History and Context*, Nueva Orleans, Quid Pro, 2001, amplificando su programa de historia jurídica hacia el derecho internacional precisamente de los derechos humanos que no tenía atendido: ID., *A History of American Law* (1973), ed. revisada, Nueva York, Touchstone, 2005; ID., *American Law in the 20th Century*, New Haven, Yale University Press (YUP), 2002.

⁽¹³⁾ Kenneth CMIEL, *The Recent History of Human Rights*, en « The American Historical Review », 109 (2004), 1, pp. 117-135, marcando el arranque en términos de « agenda política »; p. 118: « no es sorprendente que los historiadores se hayan unido a la macha ». Todavía no había hecho acto de comparecencia la obra al respecto de Samuel Moyn, la cual no deja de tomar debidamente en cuenta, partiendo del estado de la

se encuentra actualmente sometida a un proceso de revisión debido en buena parte al impacto de *The Last Utopia* de Samuel Moyn (14).

2. *Repercusión retrospectiva sobre la historia de la abolición de la esclavitud americana.*

El libro impulsor de toda la movida que nos va a interesar, *The Last Utopia*, aunque se centraba en ese impacto de los derechos humanos en las últimas décadas, ha tenido una inesperada repercusión en la historiografía referente a tiempos anteriores. El caso más llamativo a mi entender es el de la obra de Robin Blackburn sobre la esclavitud y su abolición en las Américas, una obra desarrollada en línea materialista con notable capacidad abarcadora de las más diversas dimensiones de su objeto salvo, precisamente, la del orden y la cultura del derecho en sus aspectos más intrínsecos (15).

Pues bien, la última aportación de Blackburn sobre la esclavitud atlántica y su abolición trae sorprendentemente el motivo de los derechos humanos nada menos que a portada: *Slavery, Emancipation and Human Rights*. Es el subtítulo de *The American Crucible*, un subtítulo más expresivo que el título mismo, *El Crisol de las Américas* (16). Contrasta esto desde luego con otras obras recientes de amplio aliento al respecto que no entran en la consideración específica de un elemento no testimoniado suficientemente por las fuentes de la época,

cuestión de Cmiel, Devin O. PENDAS, *Toward a New Politics? On the Recent Historiography of Human Rights*, en «Contemporary European History», 21 (2012), 1, pp. 95-111. Para una consideración por mi parte de la repercusión historiográfica reciente, B. CLAVERO, *Derecho Global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014, cap. 4 (libro que reúne trabajos originalmente publicados en estos «Quaderni fiorentini» y en la Biblioteca anexa: www.centropgm.unifi.it).

(14) Para una expresiva muestra de entrada, Jean-Paul LEHNERS, *Pleading for a New History of Human Rights*, en *The SAGE Handbook of Human Rights*, Londres, SAGE, 2014, vol. 1, pp. 22-38.

(15) Robin BLACKBURN, *The Overthrow of Colonial Slavery 1776-1848*, Londres, Verso, 1988; ID., *The Making of New World Slavery: From the Baroque to the Modern 1492-1800*, Londres, Verso, 1997.

(16) R. BLACKBURN, *The American Crucible: Slavery, Emancipation and Human Rights*, Londres, Verso, 2011. Dada la apropiación del nombre de *America*, en Estados Unidos el título se entiende como crisol estadounidense, pero el libro trata de las Américas. Blackburn es británico. Hay otro libro anterior de misma manida y dudosa imagen por título refiriéndose sólo a Estados Unidos: Gary GERSTLE, *American Crucible: Race and Nation in the Twentieth Century*, Princeton, PrUP, 2001.

esto es, el dispositivo de los derechos humanos (17). Del largo e intenso debate sobre el auge y la decadencia de la esclavitud desde hace décadas aquí sólo nos interesa ese extremo de los derechos humanos que, como Moyn advierte, pudiera resultar llanamente anacrónico incluso para tiempos de historia contemporánea. Aparecen sin embargo con fuerza los derechos en el último gran mural sobre los tiempos no sólo coloniales de la esclavitud americana (18).

En la conversión del planteamiento de Blackburn juega un papel relevante *The Last Utopia* de Moyn o más en concreto la reacción ambivalente que le provoca. Aunque no fuera cuestión de su competencia, Blackburn le dedicó una reseña (19). Aprecia su vertiente crítica del uso espurio de los derechos humanos, pero el resto lo impugna. « El abuso de los derechos humanos en beneficio de los fines de las grandes potencias no los descalifica necesariamente como herramientas emancipatorias »; « el registro histórico simplemente no soporta la afirmación de Moyn » de que los derechos naturales de la ilustración europea y el subsiguiente movimiento abolicionista de la esclavitud no guarden relación genética con los derechos humanos aunque éstos todavía no se hubieran en rigor concebido. Moyn tiene una respuesta: « incluso los marxistas, que antes criticaban los derechos burgueses y cualquier abstracción como algo inútil a efectos emancipatorios, ahora no ven otra alternativa que la de recalibrar sus políticas en los términos establecidos por la eclosión de los derechos humanos de hoy en día » (20).

La respuesta puede que tenga algo de cierto en general, pero resulta injusta para el caso. La preocupación por los derechos de Blackburn parece genuina, por qué, si no, iba a molestarse en reseñar

(17) Principalmente, Seymour DRESCHER, *Abolition: A History of Slavery and Antislavery*, Nueva York, CUP, 2009; David Brion DAVIS, *The Problem of Slavery in the Age of Emancipation*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 2014.

(18) Peter KOLCHIN, *Complicating the Big Picture: Robin Blackburn's 'The American Crucible'*, en « Slavery and Abolition. A Journal of Slave and Post-Slave Studies », 33 (2012), 4, pp. 611-618.

(19) R. BLACKBURN, *Reclaiming human rights*, en « New Left Review », 69 (2011), pp. 126-138; cito a continuación por la edición castellana de la misma revista: *Reivindicando los derechos humanos*, 69 (2011), pp. 115-127. Y *The Last Utopia* no deja de comparecer, motivando a la contra, en BLACKBURN, *The American Crucible*, cit., especialmente en su epígrafe conclusivo que justifica el subtítulo: *Emancipation and 'Human Rights' from Empire to Decolonization*. En el epígrafe interior, pero no en el título de portada, se introducen los apóstrofes distanciadores.

(20) MOYN, *Human Rights and the Uses of History*, cit., p. 61, relegando la crítica a nota en un trabajo de debate historiográfico.

The Last Utopia. Desde antes la manifiesta paladinamente (21), sólo que no se encierra en las coordenadas trazadas por Moyn, de donde podría entenderse la incomprensión de éste. A efectos historiográficos Blackburn ya estaba haciendo intentos, antes de aparecer *The Last Utopia*, de contrarrestar las visiones más críticas sobre el abolicionismo ilustrado que lo entienden insensible para con la inhumanidad de la esclavitud, ya no digamos para con los derechos de esclavos y esclavas. A efectos políticos, Blackburn manifestaba su propósito de impedir que la memoria del abolicionismo quedase en manos conservadoras, lo que ya motivaba su reivindicación del nexo entre un pasado y un presente en línea marcadamente emancipatoria (22). Es comprensible el choque que le produjo *The Last Utopia*.

De ahí, de obra y de preocupaciones propias, es de donde precisamente proviene un apartado en *The American Crucible* que se dedica a demostrar, no que los derechos humanos se concibiesen por el primer abolicionismo viniendo a inspirarlo, sino que en el mismo ya operó y se fomentó una cultura emancipatoria que guardaría conexión histórica con los derechos humanos en la actualidad y todo lo bueno que Blackburn, frente a Moyn, entiende que suponen (23). Con todo esto y en todo caso, a lo que ahora estamos, Blackburn ha impugnado a Moyn y éste le ha replicado de un modo displicente que no ofrece en lo más mínimo respuesta razonada.

(21) R. BLACKBURN, *Haiti, Slavery, and the Age of Democratic Revolution*, en « The William and Mary Quarterly », 63 (2006), 4, pp. 643-674, con registro entonces, en relación al juego histórico de los derechos, de Richard TUCK, *Natural Rights Theories: Their Origins and Development*, Cambridge, CUP, 1979.

(22) R. BLACKBURN, *The Philosopher and his Blacks*, en « New Left Review », 52 (2008), pp. 127-137, que es recensión de Louis SALA-MOLINS, *Dark Side of The Light: Slavery and the French Enlightenment*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2001 (ed. original: *Les misères des Lumières. Sous la Raison, l'outrage*, París, Robert Laffont, 1992). En línea análoga, posteriormente, ID., *Gunboat Abolitionism*, en la misma revista, 87 (2014), pp. 143-152, recensión de Richard HUZZEY, *Freedom Burning: Anti-Slavery and Empire in Victorian Britain*, Ithaca, CoUP, 2012.

(23) BLACKBURN, *The American Crucible*, cit., epígrafe último ya citado: *Emancipation and 'Human Rights' from Empire to Decolonization*. Blackburn puede conceder una larga entrevista sobre el libro sin mencionar el asunto de los derechos humanos, si bien subraya el papel del abolicionismo en general y de los afrodescendientes en particular en el fomento del « lenguaje de los derechos »: isreview.org/issue/79/rise-and-fall-new-world-slavery.

3. *Asalto a la trata atlántica de esclavos y jurisdicciones interestatales al efecto.*

La respuesta de Moyn no es sin embargo elusiva. La nota desdeñosa contra Blackburn se encuentra en un capítulo de *Human Rights and the Uses of History* que discute las cuestiones precisas para confrontar las posiciones referentes a derechos de *The American Crucible: Slavery, Emancipation and Human Rights*. Se ocupa de otro libro que las provoca con creces, yendo bastante más allá: *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law* de Jenny Martinez. No sólo los derechos humanos, sino también la jurisdicción internacional para ampararlos, los tendríamos ya claramente al menos desde 1807 por una primera política abolicionista de amplio radio, la del tráfico esclavista atlántico que todavía ni siquiera se planteaba la abolición de la esclavitud misma. Resulta evidente que, en su labor crítica, Moyn prefiere habérselas con literatura del ámbito, no de la historiografía general, sino del más específico de la historia o la política del derecho, aunque también a veces parece que opta por quienes representan posiciones menos matizadas facilitándole así la impugnación. Ese y otros capítulos de sus '*Abuses*' of History no se detienen, ni para bien ni para mal, en la literatura menos especializada que a veces puede resultar, como en el caso de Blackburn versus Martinez, más relevante. Pero el primero le merece una nota y la segunda un artículo, el que ahora es capítulo de *The American Crucible* ⁽²⁴⁾.

El libro de Martinez es una monografía sobre las comisiones mixtas, bilaterales, organizadas por tratados de Gran Bretaña con otros Estados, entre ellos España, durante la primera mitad del siglo XIX para decidir sobre los apresamientos de embarcaciones de carga esclava en el tráfico entre África y las Américas a fin de poner en práctica una política de prevención y represión del tráfico de esclavos, no de la esclavitud misma, por el espacio atlántico. La existencia de tales

(24) MOYN, *Human Rights and the Uses of History*, cit., cap. 4: *Of Deserts and Promised Lands: on International Courts*, recensionando a Jenny S. MARTINEZ, *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, Nueva York, OUP, 2012. Otros capítulos se ocupan principalmente de Lynn HUNT, *Inventing Human Rights: A History*, Nueva York, W.W. Norton, 2007; J. WALDRON y otros, *Dignity, Rank, and Rights*, ed. Meir Dan-Cohen, Nueva York, OUP, 2012; Gary J. BASS, *Freedom's Battle: The Origins of Humanitarian Intervention*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 2008; Elaine SCARRY, *The Body in Pain: The Making and Unmaking of the World*, Nueva York, OUP, 1985, así como de diversas publicaciones sobre imperialismo presuntamente liberal y sobre holocausto y memoria, esto por cuanto que a su vez sólo conecta igualmente con derechos humanos en los años setenta del siglo pasado y no antes, no mediante relación consecutiva en su momento entre genocidio nazi y reconocimiento de derechos por Naciones Unidas.

comisiones era más conocida de lo que Martínez proclama ⁽²⁵⁾, pero ella la presenta como un descubrimiento que demostraría el temprano arranque del reconocimiento internacional de los derechos humanos a los efectos además prácticos de su garantía jurisdiccional en una línea que conectaría con las prácticas actuales y que sería relevante incluso para el futuro del derecho y de las jurisdicciones supraestatales ⁽²⁶⁾. Alguna mención ocasional de *human rights*, cual una de Thomas Jefferson refiriéndose al comercio esclavista como violación de los mismos, sería para Martínez augurio de que ya estuviera operando una categoría emergente ⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ MARTINEZ, *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, cit., p. 15: « el segmento olvidado de la historia que se cuenta en este libro ». Sus posiciones ya las había adelantado: J.S. MARTINEZ, *Antislavery Courts and the Dawn of International Human Rights Law*, en « Yale Law Journal », 117 (2008), 4, pp. 550-641. No estaba el asunto tan olvidado: B. CLAVERO, *Bioko, 1837-1876: Constitucionalismo de Europa en África, derecho internacional consuetudinario del trabajo mediante*, en estos « Quaderni fiorentini », 35 (2006), pp. 429-556; en particular pp. 501-513. Seguí la pista de David MURRAY, *Odious Commerce: Britain, Spain, and the abolition of the Cuban slave trade*, Cambridge, CUP, 1980. Para visita más afines a la de Martínez, Tara HELFMAN, *The Court of Vice Admiralty at Sierra Leone and the Abolition of the West African Slave Trade*, en « Yale Law Journal », 115 (2006), 5, pp. 1122-1156 (el Almirantazgo británico, siendo la verdadera jurisdicción marítima, concurrió con las comisiones mixtas); Eugene KONTOROVICH, *The Constitutionality of International Courts: The Forgotten Precedent of Slave Trade Tribunals*, en « University of Pennsylvania Law Review », 158 (2009), 1, pp. 39-115. En su contexto diplomático más que propiamente jurisdiccional aunque así, como judicial incluso, se presente, Farida SHAIKH, *Judicial Diplomacy: British Officials and the Mixed Commission Courts*, en *Slavery, Diplomacy and Empire: Britain and the Suppression of Slave Trade, 1807-1975*, Keith Hamilton y Patrick Salmon (eds.), Eastbourne, Sussex Academic Press, 2009, pp. 42-64. Para tenerse a la vista cifras de la envergadura del tráfico: slavevoyages.org.

⁽²⁶⁾ MARTINEZ, *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, cit., cap. 8: *A Bridge to the Future: Links to Contemporary International Human Rights Law*, y cap. 9: *International Human Rights Law and International Courts: Rethinking their Origins and Future*.

⁽²⁷⁾ www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=29448: *The American Presidency Project*, Sexto Mensaje Anual al Congreso de Jefferson, 1806; también en el centón de documentación constitucional e internacional del *Avalon Project* de la Universidad de Yale: avalon.law.yale.edu/19th_century/jeffmes6.asp: « Os felicito, conciudadanos, por acercarnos al momento en el que podréis interponer constitucionalmente vuestra autoridad para jubilar a los ciudadanos de los Estados Unidos de toda participación futura en las violaciones de derechos humanos que durante tanto tiempo se han cometido contra los habitantes inocentes de África », anunciando así la prohibición del tráfico atlántico que se formalizaría en 1807 para entrar en vigor al año siguiente

La crítica de Moyn es terminante: los derechos apenas tenían cabida entre los argumentos abolicionistas de la trata ni de la esclavitud; «dada la posición del derecho de propiedad privada en el derecho natural, el discurso de los derechos fácilmente se decantaba a favor de la esclavitud y no en su contra» incluso a efectos constitucionales de derecho positivo; «en el derecho internacional, los derechos naturales entendidos como base de libertad (individual) brillaban por su ausencia»; «ni en la teoría ni en la práctica las comisiones mixtas conferían a los esclavos ningún derecho y, menos aún, derechos positivos basados en su condición humana»⁽²⁸⁾; ni siquiera solían liberarlos plenamente, sino que se les confería un status de emancipación formalmente no servil mas sujeto por igual a trabajo y sin plena capacidad civil⁽²⁹⁾. La palabra española *emancipado* pasó por entonces al inglés americano, tal cual, para significar *freedman* o, dicho mejor, *freedperson*, persona liberada, para recalcar que sólo lo era a medias⁽³⁰⁾. Fue éste un efecto

conforme a la Constitución (art. 1, sec. 9, pár. 1), una Constitución que aseguraba la institución de la esclavitud defendida y practicada además por el presidente que hacía el anuncio, como recordaremos. En este contexto, el adjetivo *humano* para *derecho* participable a *africanos* lo más que hace es recalcar que éstos no son meros animales de carga o de compañía. No contextualiza MARTINEZ, *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, cit., p. 17 y 43.

⁽²⁸⁾ Estoy traduciendo de MOYN, *Of Deserts and Promised Lands: on International Courts*, cit. Para críticas concurrentes de la obra de Martinez, ALSTON, *Does the Past Matter?*, cit.; la reseña de Lauren BENTON en «Victorian Studies», 56 (2013), 1, pp. 127-129, con base en su *Abolition and Imperial Law, 1790-1820*, en «The Journal of Imperial and Commonwealth History», 39 (2011), 3, pp. 355-374; Michelle TUSAN, *Humanitarianism, genocide and liberalism*, en «Journal of Genocide Studies», 17 (2015), 1, pp. 83-105 (pp. 91-96: *Humanitarianism, slavery and abolition*).

⁽²⁹⁾ Matthew MASON, *Keeping Up Appearances: The International Politics of Slave Trade Abolition in the Nineteenth-Century Atlantic World*, en «The William and Mary Quarterly», 66 (2009), 4, *Abolishing the Slave Trades: Ironies and Reverberations*, pp. 809-832; Samuel COGHE, *Apprenticeship and the Negotiation of Freedom: The Liberated Africans of the Anglo-Portuguese Mixed Commission in Luanda (1844-1870)*, en «Africana Studia» (Universidade do Porto), 14 (2010), pp. 255-273; Henry B. LOVEJOY, *The Registers of Liberated Africans of the Havana Slave Trade Commission: Transcription Methodology and Statistical Analysis*, en «African Economic History», 38 (2010), pp. 107-135. Y merece recordarse, por el expresivo título que ya hemos encontrado, Robert CONRAD, *Neither Slave Nor Free: The Emancipados of Brazil, 1818-1868*, en «The Hispanic American Historical Review», 53 (1973), 1, pp. 50-70.

⁽³⁰⁾ La palabra llega al inglés europeo parece que por vía de las comisiones mixtas de Freetown y de La Habana con España: CLAVERO, *Bioko, 1837-1876*, cit., p. 509, n. 146: se cuestiona a mediados del XIX en una comisión del parlamento británico sobre el tráfico si la condición de *emancipado* es peor que la de esclavo porque, estando

bastante común, no siempre subrayado hoy, cuando advengan las aboliciones de la esclavitud misma ⁽³¹⁾.

Al libro de Martínez contraponen Moyn el de Kathryn Sikkink sobre la historia realmente más cercana de las jurisdicciones internacionales y particularmente de las penales, relacionándola además con prácticas de jurisdicciones de Estado que comenzaron a considerar el amparo judicial de derechos humanos antes que instancias ubicadas por encima de los Estados, reconocimiento estatal mediante, lo hicieran de una forma ya continua. Hilo de continuidad directa no parece en efecto que haya entre comisiones mixtas, interestatales, y cortes internacionales, supraestatales ⁽³²⁾.

A Moyn le interesa especialmente la dialéctica entre jurisdicciones de Estados y sobre Estados por un argumento en el que viene insistiendo desde *The Last Utopia*: no puede haber derechos humanos mientras que los derechos sean en exclusiva cosa de Estados; tanto es así que su reconocimiento y garantía constitucionales han funcionado históricamente como mecanismo de construcción y potenciamiento de los Estados mismos antes que como acreditación y aseguramiento de libertad humana. Los derechos constitucionales no son ni pueden ser derechos humanos. Éstos se caracterizan por situarse y operar por encima y, eventualmente, frente a los propios Estados, sea tanto en jurisdicciones estatales como supraestatales, o ya también regionales. Y supraestatales, insistamos, no eran precisamente las comisiones mixtas ⁽³³⁾. Con todo ello, entre el ayer ajeno y el hoy nuestro, historias

igualmente obligado a prestar su trabajo, ya no se cuenta con la ventaja de un propietario que cuida de él « como se cuida al animal que trabaja para uno ».

⁽³¹⁾ He aquí la elocuente denominación que adoptaría en 1833 la ley británica de abolición de la esclavitud misma: *An Act for the Abolition of Slavery throughout the British Colonies; for Promoting the Industry of the manumitted Slaves; and for Compensating the Persons hitherto entitled to the Services of such Slaves*, para abolir la esclavitud, para compeler a los emancipados al trabajo por cuenta ajena y para indemnizar sustanciosamente a los expropietarios a cargo del presupuesto público. Para ilustración en otros casos del estado de emancipación cualificando de hecho aún servilmente la libertad, Rebecca J. SCOTT, *Degrees of Freedom: Louisiana and Cuba after Slavery*, Cambridge, Harvard College, 2005. Y recuérdese *Neither Slave Nor Free: The Freedmen of Africa Descent in the Slave Societies of the New World*, David W. Cohen y Jack P. Greene (eds.), Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1972.

⁽³²⁾ Kathryn SIKKINK, *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*, Nueva York, W.W. Norton, 2011, aunque también Moyn le reprocha un sesgo de optimismo, no inferior al de Martínez, que vela vertientes oscuras de la historia y del presente.

⁽³³⁾ Martínez ha respondido a sus críticos, pero de forma reiterativa que puede justificar la falta de dúplica por parte de Moyn: J.S. MARTINEZ, *Human Rights and*

como la de Martínez pertenecerían en definitiva al género de la historia-ficción ⁽³⁴⁾, algo por otra parte tan característico de la especialidad jurídica y politológica de la historiografía emprendida sin formación histórica ⁽³⁵⁾.

Pese al referido ajuste del concepto de derechos humanos como necesariamente supraestatal aun cuando pueda también intentar amparárseles a nivel estatal o regional, Moyn no valora sino muy relativamente la dimensión jurisdiccional en su visión de un auge y una caducidad, ese auge de los derechos humanos que sitúa en los años setenta del siglo pasado y esa caducidad de los mismos que pronostica para un futuro próximo ⁽³⁶⁾. Y el caso es que en dicha década también se produjo, como he recordado, el arranque ya continuo de los comités

History, en « Harvard Law Review Forum », 126 (2013), 7, pp. 221-240. Profesionalmente es más jurista que historiadora, pero su problema a mi entender radica en el manejo poco riguroso de las categorías jurídicas tanto de ayer como de hoy. La misma idea de la conexión entre comisiones mixtas y jurisdicciones supraestatales ya hemos visto que no es original suya, sino de un autor que conoce y cita: KONTOROVICH, *The Constitutionality of International Courts*, cit., sobre la base de que los Estados Unidos se plantearon frente a las comisiones mixtas problemas constitucionales aparentemente semejantes a los alegados hoy para no ratificar instrumentos internacionales como el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Kontorovich es también profesionalmente jurista, no historiador, habiendo llegado a la historia vía el estudio del delito de piratería en plan retrospectivo como Martínez con las jurisdicciones internacionales.

⁽³⁴⁾ La historia-ficción resultante de la retrospección la acusa también frontalmente Moyn, aunque esas no sean expresiones suyas, en su capítulo sobre HUNT, *Inventing Human Rights*, cit., que se centra al efecto en el abolicionismo, no de la esclavitud, sino de la tortura, con la empatía humana generada por la reacción en contra a partir de un determinado momento de sensibilización más que de racionalización: MOYN, *Human Rights and the Uses of History*, cit., cap. 1: *On the Genealogy of Morals*.

⁽³⁵⁾ Sobre « la falacia del presentismo », ejemplificando con la historia retrospectiva usual de la *judiciary review* (en base a Philip HAMBURGER, *Law and Judicial Duty*, Cambridge, Harvard College, 2008), véase ahora Ilan WURMAN, *Law Historians' Fallacies*, a publicarse en « North Dakota Law Review », 91 (2015), (ssrn.com/abstract=2588725), aun con cierto optimismo conclusivo: « las habilidades necesarias para la investigación histórica son las mismas que emplean cotidianamente juristas y jueces: pensamiento crítico, razonamiento analógico, balance adecuado de las evidencias ». ¿Qué es lo que falta para marcar en cambio la debida diferencia? La constancia real de partida de que el pasado, porque sea en su caso historia propia, no deja de ser siempre tiempo ajeno.

⁽³⁶⁾ S. MOYN, *Do human rights treaties make enough of a difference?*, en *Cambridge Companion to Human Rights Law*, Conor Gearty y Costas Douzinas (eds.), Nueva York, CUP, 2012, pp. 329-347; ID., *The International Law that is America, Reflections on the Last Chapter of 'The Gentle Civilizer of Nations'*, en « Temple International and Comparative Law Journal », 27 (2013), 2, *Engaging the Writings of*

de tratados de derechos humanos y otras instancias de Naciones Unidas que impulsan los derechos humanos en el terreno jurídico comprometiéndolo a los Estados. Si Moyn considerase en sus méritos propios esta vertiente más sustantiva del auge de los derechos humanos, no les estaría tan fácilmente diagnosticando estado de precariedad y endosando fecha de caducidad⁽³⁷⁾. Para lo bueno y para lo malo, los derechos humanos están cambiando y llevan incluso camino de no ser lo que eran con posibilidades de ser lo que deben, derechos en pie de igualdad individual y colectiva⁽³⁸⁾. No es prudente repudiarlos por razones sólo políticas.

4. *Abolición en Estados Unidos versus derecho constitucional a la propiedad esclavista.*

Regresemos al abolicionismo histórico. Vayamos a uno segundo. Me refiero a la abolición de la que se ha llamado segunda esclavitud americana, la que reverdeciera durante parte del siglo XIX principalmente en los Estados Unidos sureños, en Brasil y en la Cuba colonial española⁽³⁹⁾. Como sólo estamos tratando de calibrar la visión de

Martti Koskenniemi, en referencia naturalmente a Martti KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, CUP, 2002. Koskenniemi se encuentra entre no asumen los planteamientos de Moyn no porque aprecie en mayor medida el juego actual de los derechos humanos, sino por entender que los derechos tienen una historia incluso teológica: M. KOSKENNIEMI, *Vitoria and Us: Thoughts on Critical Histories of International Law*, en «Rechtsgeschichte — Legal History», 22 (2014), pp. 119-138; para la toma de distancia, p. 121.

⁽³⁷⁾ MOYN, *Human Rights and the Uses of History*, cit., epílogo: *The Future of Human Rights*, en términos siempre de política de derechos humanos, no de derecho de derechos humanos: «Las políticas de derechos humanos deben trascender a la justicia. La historia muestra que los movimientos que se apoyan en la justicia resultan débiles». Hay traducción castellana, que no sigo, de una versión anterior: S. MOYN, *El futuro de los derechos humanos*, en «Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos», 29 (2014), *Derechos humanos en movimiento*, pp. 61-69.

⁽³⁸⁾ CLAVERO, *Derecho global*, cit., cap. 3; Federico LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights Law*, Oxford, OUP, 2014.

⁽³⁹⁾ *Slavery and Antislavery in Spain's Atlantic Empire*, Josep M. Fradera y Christopher Schmidt-Nowara (eds.), Nueva York, Berghahn, 2013, introducción de los editores: *Colonial Pioneer and Plantation Latecomer*, ubicando el caso español en el contexto de esa «segunda esclavitud». En España había habido un título oportunista: *Esclavitud y derechos humanos. La lucha por la libertad del negro en el siglo XIX*, Francisco de Solano y Agustín Guimerá (eds.), Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1990, aun con algún material valioso. Llega ahora una crónica: Eduardo GALVÁN, *La abolición de la esclavitud en España. Debates parlamentarios*,

Moyn, bástenos aquí con una visita al caso más conocido y estudiado, el estadounidense con su literatura y su cinematografía más o menos de ficción además de su historiografía. Contemos con esta ventaja relativa ⁽⁴⁰⁾.

El punto de partida al que hubo de enfrentarse el abolicionismo en los Estados Unidos es el señalado por Moyn: la propiedad esclavista como derecho constitucional a fuer de derecho natural. Lo era tanto para los Estados sureños como para el derecho federal. Había derechos reconocidos y garantizados como absolutos o fundamentales, pero figurando entre ellos en lugar principal el derecho de propiedad sobre seres humanos. Formaba parte de un derecho natural cuyos sujetos de libertad no eran todos, sino propietarios independientes varones padres de familia y de matriz cultural europea en posición netamente supremacista, aun en distinto grado, diferente medida y diversa forma, sobre el resto completo de la humanidad toda. Respecto a mujeres como a trabajadores subordinados, en relación a indígenas como a afrodescendientes, eso se presuponía, aunque no siempre se consiguiera, al hablarse de derechos de libertad y al ejercerlos. Puede ofrecerse en momentos otra impresión sobre todo, al cabo del tiempo, a la historiografía menos prevenida. El uso legitimador de un lenguaje universalista

1810-1886, Madrid, Dykinson, 2014. De interés más sustantivo, se tiene a R.J. SCOTT, *Slave Emancipation in Cuba: The Transition to Free Labor, 1860-1899* (1985), con nuevo epílogo, Pittsburg, University of Pittsburg Press, 2000; C. SCHMIDT-NOWARA, *Slavery, Freedom, and Abolition in Latin America and the Atlantic World*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 2011. Para Brasil, Leslie BETHELL, *The Abolition of the Brazilian Slave Trade: Britain, Brazil and the Slave Trade Question, 1807-1869*, Cambridge, CUP, 1970, con atención además a las comisiones mixtas de Río de Janeiro y de Luanda; R.J. SCOTT y otros, *The Abolition of Slavery and the Aftermath of the Emancipation in Brazil*, Dunham, Duke University Press, 1988; David BARONOV, *The Abolition of Slavery in Brazil: The 'Liberation' of Africans Through the Emancipation of Capital*, Westport, Greenwood, 2000.

⁽⁴⁰⁾ Leonard L. RICHARDS, *Who Freed the Slaves? The Fight over the Thirteenth Amendment*, Chicago, University of Chicago Press (UCHP), 2015, es la reconstrucción más documentada y circunstanciada del proceso político que condujo a la abolición constitucional. *Who* resulta por supuesto plural, quienes y no quién, un plural que reduce drásticamente protagonismos como el de Abraham Lincoln, no dejando L.L. Richards de referirse críticamente por dicha razón (p. X) al filme *Lincoln* de Steven Spielberg (20th Century Fox-DreamWorks, 2012), guión de Tony Kushner basado en Doris Kearns GOODWIN, *Team of Rivals: The Political Genius of Abraham Lincoln*, Nueva York, Simon and Schuster, 2005, con una cosecha de distinciones y encomios en la que la película no le ha ido a la zaga. Sobre la representación cinematográfica de la esclavitud, Natalie Zemon DAVIS, *Slaves on Screen: Film and Historical Vision*, Toronto, Vintage, 2000, cap. 4: *Witnesses of Trauma: 'Amistad' and 'Beloved'*, para Estados Unidos.

en la predicación de derechos no afectaba a un orden establecido que se tenía por natural ⁽⁴¹⁾. Entre teoría de libertades y prácticas de esclavitud incluso doméstica o, dicho mejor, sexual, el caso de Thomas Jefferson resulta tan inquietante como paradigmático ⁽⁴²⁾.

Aunque algunos Estados ya habían adoptado medidas abolicionistas, a la Federación hasta se le denegaba de principio la facultad de emancipar sin el consentimiento de los propietarios e indemnización consiguiente. En coordinación con la política británica de abolición del tráfico atlántico, tan sólo se le reconocía a la Federación competencia constitucional para prohibir la importación de esclavos ⁽⁴³⁾. Fue la secesión de los Estados sureños el acontecimiento que creó la oportunidad de operar de otro modo, pero en los términos de si el derecho de guerra permitía la confiscación de los esclavos como propiedad del enemigo para poder así procederse eventualmente a la emancipación, lo cual resultaba también problemático. La privación permanente de propiedad particular no figuraba entre las acciones bélicas consideradas legítimas ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴¹⁾ Woody HOLTON, *Forced Founders: Indians, Debtors, Slaves, and the Making of the American Revolution in Virginia*, Chapel Hill, University of North Carolina Press (UNCP), 1999; Aziz RANA, *The Two Faces of American Freedom*, Cambridge, Harvard University Press (HUP), 2010, cap. 2: *Citizens and Subjects in Postcolonial America*; Andrew FEDE, *Roadblocks to Freedom: Slavery and Manumission in the United States South*, Nueva Orleans, Quid Pro, 2011.

⁽⁴²⁾ Paul FINKELMAN, *Slavery and the Founders: Race and Liberty in the Age of Jefferson* (1996), Armonk, M.E. Sharpe, 2014; *Sally Hemings and Thomas Jefferson: History, Memory, and Civil Culture*, Ellen Lewis y Peter S. Onuf (eds.), Charlottesville, University of Virginia Press (UVP), 1999; Garry WILLS, "Negro President": *Jefferson and the Slave Power* (2003), con nuevo prólogo, Nueva York, First Mariner, 2005² (esencial respecto al vínculo no sólo personal, sino también político de Jefferson con la esclavitud aunque no sea obra de historiador profesional); Yoriko ISHIDA, *Modern and Postmodern Narratives of Race, Gender, and Identity: The Descendants of Thomas Jefferson and Sally Hemings*, Nueva York, Peter Land, 2010; Lucia STANTON, "Those Who Labor for My Happiness": *Slavery at Thomas Jefferson's Monticello*, Charlottesville, UVP, 2012.

⁽⁴³⁾ W.E.B. DU BOIS, *The Suppression of the African Slave-Trade to the United States of America, 1638-1870* (1896), Mineola, Dover, 1999; P. FINKELMAN, *An Imperfect Union: Slavery, Federalism, and Comity* (1981), Union, The Lawbook Exchange, 2000; Philip J. SCHWARZ, *Slave Laws in Virginia* (1996), Athens, University of Georgia Press, 2010; *Slavery and the Law* (1997), P. Finkelman (ed.), Lanham, Rowland and Littlefield, 2002; David WALDSTREICHER, *Slavery's Constitution: From Revolution to Ratification*, Nueva York, Hill and Wang, 2009; *The Laws of Slavery in Texas: Historical Documents and Essays*, Randolph B. Campbell (ed.), Austin, University of Texas Press, 2010.

⁽⁴⁴⁾ Stephen C. NEFF, *Justice in Blue and Gray: A Legal History of the Civil War*, Cambridge, HUP, 2010, cap. 4: *Occupying Territory and Seizing Property*; John Fabian

A ello vino la elaboración de un ordenamiento para la guerra que habilitase dicha posibilidad no exactamente todavía abolicionista, pero sí parcialmente emancipatoria. Se trata del conocido como Código Lincoln, de 1863, el cual miraba a unos objetivos principales de facilitar política de excepción constitucional, justicia en mano militar, guerra de tierra quemada y emancipación de esclavos como medida bélica. Contemplaba desde luego otras materias regulándoseles entre el rigor y la discreción, razón por lo que se le ha podido caracterizar como un ordenamiento que estaría moviéndose entre los polos de un belicismo expeditivo y un humanitarismo medido ⁽⁴⁵⁾.

Este segundo motivo, el del presunto humanitarismo, podría ser el más relevante a nuestros efectos dado que la invocación de humanidad suele más generalmente alegarse por la historiografía como prueba de que ya se pensaba en derechos humanos aunque no se tuviera acuñado el sintagma ⁽⁴⁶⁾. Pero resulta que, muy al contrario, humanidad se entendía como civilización en el sentido excluyente de culturas de

WITT, *Lincoln's Code: The Laws of War in American History*, Nueva York, Free Press, 2012, cap. 7: *Act of Justice*; menos incisivamente, Laura E. EDWARDS, *A Legal History of the Civil War and Reconstruction: A Nation of Rights*, Nueva York, CUP, 2015, cap. 3: *Enslaved Americans, Emancipation, and the Future Legal Order*.

⁽⁴⁵⁾ Tal especie de dicotomía es el leitmotiv que atraviesa la exposición de WITT, *Lincoln's Code*, cit., y que no deja de aplicarse al caso; el texto del llamado Código Lincoln o también, por su autor material principal, Código Lieber (oficialmente, *General Orders 100: Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field*) lo publica ahora WITT, *Lincoln's Code*, cit., como apéndice, pp. 375-394. La influencia exterior del Código Lincoln en el desarrollo de un derecho de la guerra, menos humanitario siempre de lo que se pretende, pierde la motivación más original de la emancipación, con lo que tiende a olvidarse. MARTINEZ, *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, cit., pp. 132-133 y 137, repara en ello, pero sacándolo de contexto.

⁽⁴⁶⁾ MARTINEZ, *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, cit., cap. 6: *'Hostis Humani Generis': Enemies of Mankind*, entendiendo que, con casos como el de la persecución de la piratería y como el de la misma política abolicionista del tráfico de esclavos, ya se concebían, en el sentido actual, crímenes contra la humanidad y sobrentendiendo además en ésta, en la humanidad como sujeto de la lesión, la cifra de los derechos humanos. Con su estilo peculiar, se introduce en la cuestión anunciando que va a sorprender con los hallazgos de este capítulo a los iusinternacionalistas. No a todos desde luego: Stephen HOPGOOD, *The Endtimes of Human Rights*, Ithaca, CoUP, 2013, cap. 2: *The Church of Human Rights*, sobre el carácter nada humanista del abolicionismo europeo y euroamericano desde perspectiva análoga a la de Moyn.

matriz distinta a la europea ⁽⁴⁷⁾. Las mismas reglas de la guerra no eran iguales ya se tratase de los Estados secesionistas o de los pueblos indígenas. Con unos la humanidad se compartía; a los otros la humanidad se les imponía ⁽⁴⁸⁾. El humanitarismo era instrumento de sometimiento y no de emancipación de humanidad, nada que ver por tanto con génesis alguna de los derechos humanos, lo que no quiere decir que no pueda constituir precedente de prácticas que ahora pueden pervertirlos ⁽⁴⁹⁾. En todo caso, si había un principio para aquel derecho, era el de la necesidad militar que permitía prácticamente todo, lo malo como lo bueno, lo malo de la extinción de indígenas como lo bueno de la emancipación de esclavos, a discreción de la fuerza sobre el terreno y al mando ⁽⁵⁰⁾.

Al final en los Estados Unidos la abolición ya se sabe que se

⁽⁴⁷⁾ Rotem GILADI, *A Different Sense of Humanity: Occupation in Francis Lieber's Code*, en « International Review of the Red Cross », 885 (2012), *Occupation*, pp. 81-116. La literatura celebratoria sobre el Código Lincoln, que es abundante no sólo en Estados Unidos, toma sistemáticamente humanidad por humanitarismo en relación a todo el género humano. Para el contexto, Bruce MAZLISH, *Civilization and its Contents*, Stanford, Stanford University Press (SUP), 2004, cap. 2: *Civilization as Colonial Ideology*. Sobre la persistencia del interesado equívoco en la era de los derechos humanos, David KENNEDY, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton, PrUP, 2004; C. DOUZINAS, *Human Rights and Empire: The political philosophy of cosmopolitanism*, Abington, Routledge-Cavendish, 2007.

⁽⁴⁸⁾ Sobre el doble rasero, Helen M. KINSELLA, *The Image before the Weapon: A Critical History of the Distinction between Combatant and Civilian*, Ithaca, CoUP, 2011, cap. 4: *General Orders 100, Union General Sherman's March to Atlanta, and the Sand Creek Massacre*. Para ejemplo de la resistencia a admitirse evidencias, Alex ALVAREZ, *Native America and the Question of Genocide*, Lanham, Rowland and Littlefield, 2014.

⁽⁴⁹⁾ No considerándolo tanto pervisión de los derechos humanos como función a la que se prestan, MOYN, *Human Rights and the Uses of History*, cit., cap. 3: *Spectacular Wrongs: On Humanitarian Interventions*, R2P (« responsibility to protect ») en la actual jerga internacional. Es el capítulo que se ocupa de BASS, *Freedom's Battle*, cit. Añádase la reseña del propio S. MOYN a Luke GLANVILLE, *Sovereignty and the Responsibility to Protect: A New History*, Chicago, UChP, 2014, en « Law and History Review », 33 (2015), 1, pp. 269-271.

⁽⁵⁰⁾ Para el peso ulterior del principio de la necesidad militar, Isabel V. HULL, *A Scrap of Paper: Breaking and Making International Law during the Great War*, Ithaca, CoUP, 2014, reseñado por S. MOYN en « The Wall Street Journal », 5-VI-2014, concluyendo con su baño de realismo: « la historia muestra que el derecho de guerra por sí solo no es remedio esperanzador, sino instrumento quebradizo ». Hull no considera la vertiente ni el escenario de las colonias. Y para el juego del abolicionismo como instrumento de penetración y dominación, Amalia Ribí FORCLAZ, *Humanitarian Imperialism: The Politics of Anti-Slavery Activism, 1880-1940*, Oxford, OUP, 2015.

produjo con carácter general, mediante enmienda constitucional federal de finales de 1865, sin consentimiento de los propietarios ni indemnización que les valiera, sin esta especie de reconocimiento póstumo y sustancioso del derecho esclavista, pero esto no significa que se procediese por acreditación de derechos a los esclavos. De haber sido de este otro modo, se hubiera planteado indemnización a favor de cuantos y cuantas habían sufrido privación absoluta de libertad y sus secuelas, así como requerido responsabilización de quienes hubieran venido atentando contra derecho humano tan fundamental. No fue así porque no lo era, ni derecho ni humano ni fundamental. Indemnización no se había admitido ni siquiera en casos de esclavización sin título de propiedad dentro de los mismos Estados Unidos. Habían venido operando unas presunciones de estado de esclavitud del afrodescendiente y de consiguiente buena fe del esclavizador eurodescendiente. La divisoria racista era clave. Con todo, la reparación por haber sufrido esclavitud resultaba inconcebible para el derecho de entonces ⁽⁵¹⁾. La historiografía sigue usualmente hoy sin afrontar esta cuestión clave al analizar la abolición. Propaga una imagen de justicia cumplida simplemente con la abolición que no deja de repercutir en el derecho ⁽⁵²⁾.

Lo de las consecuencias de que la abolición se hubiera producido por reconocimiento de derechos de los esclavos y la importancia de que no fuera así es un aspecto esencial de toda esta historia que no suele ni siquiera advertirse ⁽⁵³⁾. El mismo debate sobre si entre los derechos que se conciben en las revoluciones y aboliciones entre los siglos XVIII y XIX los hay o no humanos bloquea la consideración de lo que resulta decisivo: qué sujetos y con qué limitaciones eran los de aquellos

⁽⁵¹⁾ A. FEDE, *People Without Rights: An Interpretation of the Fundamentals of the Law of Slavery in the U.S. South* (1992), Abingdon, Routledge, 2011; Robert WESTLEY, *Restitution Claims for Wrongful Enslavement and the Doctrine of the Master's Good Faith*, en « *British Journal of American Law Studies* », 3 (2014), 2, pp. 287-312.

⁽⁵²⁾ Acerca de una sentencia de la justicia federal de distrito, de 2005, que insta a los afrodescendientes a contentarse por no seguir siendo esclavos y de la ratificación del rechazo de la pretensión de reparación de la esclavitud por la instancia de circuito que fue definitiva, pues la Corte Federal Suprema no admitió el caso, Christina E. LUTZ, *The Death Knell Tolls for Reparation in In Re African-American Slave Descendants Litigation*, en « *Seventh Circuit Review* », 3 (2008), 2, pp. 532-556; Lolita Buckner INNIS, *A Critical Legal Rhetoric Approach to In Re African-American Slave Descendants Litigation*, en « *Journal of Civil Rights and Economic Development* », 24 (2010), 4, pp. 649-696, ambas críticamente.

⁽⁵³⁾ ALSTON, *Does the Past Matter?*, cit., pp. 2050-2051, registra el asunto de la reparación pendiente por la esclavitud como cuestión actual del derecho internacional, pero no la considera respecto al momento histórico de la abolición. A su actualidad me referiré al final.

derechos, añadiéndose lo ya dicho de que la abolición suele dar lugar, incluso formalmente en muchos casos, a un estado de subordinación que no es exactamente la libertad que suele presumirse cuando se trata el fin de la esclavitud como si fuera el punto de llegada ⁽⁵⁴⁾.

5. *La abolición global entre Liga de Naciones y Corte Penal Internacional.*

Avancemos en el tiempo. Vengamos a una última abolición de la esclavitud, la de derecho internacional que, ya en el siglo XX, se inicia por la Liga de Naciones y prosigue por Naciones Unidas mediante Convenciones, respectivamente, de 1926 y 1956 ⁽⁵⁵⁾. En tiempos de colonialismo todavía abiertamente practicado y admitido, aun entre crecientes eufemismos, por el derecho internacional, lo que abarca todavía los primeros lustros de existencia de las Naciones Unidas, la abolición se declaraba de forma que permitiera el mantenimiento de regímenes formalmente no serviles de trabajo forzoso cuya práctica se imponía por Imperios y por Estados bajo la cobertura ideológica de la presunta virtud civilizatoria de la disciplina laboral. La cuestión de la continuidad de formas solapadas de esclavitud se planteó históricamente incluso respecto al trabajo asalariado, por no tan libre como se predicaba bajo un régimen que comenzaba por calificar al trabajador como *servant*, pero aquí nos interesa el extremo específico ya referido del status posesclavista de emancipación o similar ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ Para el abordaje de condiciones posesclavistas, se cuenta con un registro de fuentes impresas: *Societies after Slavery: A Select Annotated Bibliography of Printed Sources on Cuba, Brazil, British Colonial Africa, South Africa, and the British West Indies*, R.J. Scott, Thomas C. Holt, Frederick Cooper y Aims McGuinness (eds.), Pittsburg, University of Pittsburg Press, 2002.

⁽⁵⁵⁾ Suzanne MIERS, *Slavery in the Twentieth Century: The Evolution of a Global Problem*, Walnut Creek, AltaMira, 2003; *The Slavery Conventions: The Travaux Préparatoires of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nations Convention*, Jean Allain (ed.), Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.

⁽⁵⁶⁾ Robert J. STEINFELD, *The Invention of Free Labor: The Employment Relation in English and American Law and Culture, 1350-1870*, Chapel Hill, UNCP, 1991; Christopher L. TOMLINS, *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*, Cambridge, CUP, 1993; F. COOPER, *Decolonization and African Society: The Labor Question in French and British Africa*, Nueva York, CUP, 1996; Stanley L. ENGERMAN, *The Terms of Labor: Slavery, Serfdom, and Free Labor*, Stanford, SUP, 1999; F. COOPER, T.C. HOLT, R.J. SCOTT, *Beyond Slavery: Explorations of race, labor, and citizenship in postemancipation societies*, Chapel Hill, UNCP, 2000; Yann MOULIER-BOUTANG, *De l'esclavage au salariat. Économie historique du salariat bridé*, París, Presses Universitaires de France, 1998 (*De la esclavitud al trabajo asalariado. Economía histórica del trabajo*

La misma abolición de la esclavitud por la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el contexto de un nuevo arranque del derecho internacional que aún se resistía con empeño a pasar la página del colonialismo, se redactó de forma que no alcanzase a dichas prácticas de trabajo forzado entendido como civilizatorio ⁽⁵⁷⁾. Ni la Organización Internacional del Trabajo, anclada en coordenadas coloniales desde tiempos de la Liga de Naciones, estaba por zanjar la cuestión a favor inequívoco de unos derechos humanos de libertad ⁽⁵⁸⁾. Son evidencias que, como tantas otras, no les bastan a la historiografía ni a la jurología para tomarse nota de que, si hay continuidad, es relativa y compleja, y de que resulta impropio en consecuencia que se le figure sin más entre motivos de abolicionismos y principios de derechos ⁽⁵⁹⁾. A éstos pueden degradarles las imágenes tanto de mero continuismo como de simple discontinuidad, según espero que sigamos comprobando. No sólo es en la historia, sino también en la historiografía, donde cabe que se jueguen los derechos.

Aun cuando nominalmente, en tiempos de Naciones Unidas, pudiera estar ya operándose en nombre de los derechos humanos, no había tal. En Estados Unidos, cuando se fundaban las Naciones Unidas a mediados de los años cuarenta del siglo pasado, no eran la organización internacional ni el Estado anfitrión, sino plataformas de servodescendientes y otros sectores subalternos quienes defendían una concepción de los derechos humanos sin supremacismo ni discriminación,

embridado, Madrid, Akal, 2006); Patricia Ann REID, *Between Slavery and Freedom*, Ann Arbor, ProQuest, 2006; Douglas A. BLACKMON, *Slavery by Another Name: The Re-Enslavement of Black Americans from the Civil War to World War II*, Nueva York, Anchor, 2008.

⁽⁵⁷⁾ Johannes MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, Filadelfia, UPP, 1999, pp. 41-42; Id., *Cultural Genocide, the Universal Declaration, and Minority Rights*, en « Human Rights Quarterly », 21 (1999), 4, pp. 1009-1060.

⁽⁵⁸⁾ Sandrine KOTT, *The Forced Labor Issue between Human and Social Rights, 1947-1957*, en « Humanity », 3 (2012), 3, *When Rights Were Social*, pp. 321-335. Para el contexto todavía colonial, Luís RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Indigenous peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*, Nueva York, OUP, 2010. Para ubicación en el contexto institucional de derecho internacional, MIERS, *Slavery in the Twentieth Century*, cit., cap. 10: *The International Labor Organization and the Forced Labor Convention*.

⁽⁵⁹⁾ Joel QUIRK, *The Anti-Slavery Project: From the Slave Trade to Human Trafficking*, Filadelfia, UPP, 2011; *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, J. Allain (ed.), Oxford, OUP, 2012; J. ALLAIN, *Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2013.

salvo, a efectos prácticos, por lo común todavía la de género y, en menor medida, la de religión ⁽⁶⁰⁾. Ni siquiera con la adopción de una política descolonizadora en 1960, las Naciones Unidas asumieron la defensa de los derechos en términos que puedan en rigor decirse, por su alcance universal en pie de igualdad individual y colectiva, humanos ⁽⁶¹⁾.

Esta última abolición, la internacional, siendo la más importante desde luego, es notoriamente la que menos se somete a consideración y escrutinio por parte de la historiografía ⁽⁶²⁾. Se da por supuesto que, hablándose de derechos en el ámbito del derecho internacional, ya se trataría poco menos que automáticamente de derechos humanos ⁽⁶³⁾. Mas sigue sin haber tal. Ni la historia ni el derecho son cosas tan sencillas. Apliquemos la prueba del nueve que ya conocemos de las consecuencias que habrían de derivarse de la abolición si se realizara por reconocimiento del derecho del esclavo y de la esclava a la libertad y reparemos en que el derecho internacional no la satisface ni siquiera a nuestras alturas. Si basta con abolir sin responsabilidades ni públicas ni privadas depurables y exigibles por instancias supraestatales, las globales o las regionales, de fallar las estatales, no hay reconocimiento de derecho humano, ni teórico ni práctico que valga. No es sólo que las Convenciones de la Liga de Naciones y de las Naciones Unidas no se inspirasen de forma efectiva en derechos humanos; es que hoy tampoco se les interpreta de acuerdo con lo que deberían ser sus exigencias al respecto.

Derechos sin amparo judicial tanto civil como penal habrá de

⁽⁶⁰⁾ Carol ANDERSON, *Eyes Off the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955*, Nueva York, CUP, 2003; Henry J. RICHARDSON III, *The Origins of African-American Interests in International Law*, Durham, Carolina Academic Press, 2008; C. ANDERSON, *Bourgeois Radicals: The NAACP and the Struggle for Colonial Liberation, 1941-1960*, Nueva York, CUP, 2014 (NAACP = National Association for the Advancement of Colored People).

⁽⁶¹⁾ CLAVERO, *Derecho global*, cit., caps. 1 y 2, el segundo debatiendo la visión diametralmente distinta de Roland BURKE, *Decolonization and the Evolution of International Human Rights*, Filadelfia, UPP, 2010.

⁽⁶²⁾ Martin A. KLEIN, *Historical Dictionary of Slavery and Abolition* (2002), Londres, Rowman and Littlefield, 2014²; *Encyclopedia of Antislavery and Abolition*, Peter Hinks y John McKivigan (eds.), Westport, Greenwood, 2006-2007; mismos editores, *Abolition and Antislavery: A Historical Encyclopedia of the American Mosaic*, Westport, Greenwood, 2015.

⁽⁶³⁾ Merece recordarse a este efecto Renee Colette REDMAN, *The League of Nations and the Right to Be Free from Enslavement: The First Human Right to Be Recognized as Customary International Law*, en « Chicago-Kent Law Review », 70 (1994), 2, *Symposium on the Law of Freedom*, pp. 759-800.

recordarse que no son propiamente derechos. Entre los comités de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas que pueden supervisar la conducta de los Estados no lo hay que se ocupe de la abolición de la esclavitud, esto es, del derecho personal de libertad más elemental. Existe ya toda una historia del derecho internacional de los derechos humanos desde los años setenta del siglo pasado gracias fundamentalmente a la labor de dichos comités ⁽⁶⁴⁾, pero la misma no alcanza al derecho humano de libertad personal como base de la abolición de la esclavitud. Los organismos existentes en Naciones Unidas que se ocupan de la esclavitud no son de carácter permanente y se ubican a un nivel inferior a los comités de tratados. Son actualmente una Relatoría Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud incluidas sus causas y consecuencias, y un Grupo de Trabajo de expertos sobre los afrodescendientes ⁽⁶⁵⁾. Se trata de instancias, inclusive los comités, sin capacidad de ejecución propia frente a los Estados, pero con posibilidades de ejercer unas funciones de supervisión, censura y corrección ⁽⁶⁶⁾.

Podrá aducirse a todo esto que los derechos humanos están planteados por Naciones Unidas, desde la misma Declaración Univer-

⁽⁶⁴⁾ Para el comité en teoría más significado, Dominic MCGOLDRICK, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights* (1991), Oxford, OUP, 1994; Alex CONTE, Richard BURCHILL, *Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee* (2004), Farnham, Ashgate, 2009.

⁽⁶⁵⁾ Subraya justamente la significativa, pero poco advertida, inexistencia de un organismo permanente Claude E. WELCH JR., *Defining Contemporary Forms of Slavery: Updating a Venerable NGO*, en « Buffalo Legal Studies Research Paper Series », 2008 (ssrn.com/abstract=1081920). La oenegé *avant la lettre* es *Anti-Slavery Society*, de 1839, a la que sitúa en el relato de historia-ficción de los derechos humanos desde la abolición del tráfico. En Naciones Unidas había dado un serio toque de atención un informe de 1998 del entonces Grupo de Trabajo sobre formas contemporáneas de esclavitud con participación de Anti-Slavery (hoy, *Anti-Slavery International*), Kevin BALES, Peter T. ROBBINS, 'No one shall be held in slavery or servitude': *A critical analysis of international slavery agreements and concepts of slavery*, en « Human Rights Review », 2 (2001), 2, pp. 18-45.

⁽⁶⁶⁾ ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx para los comités de tratados de derechos humanos con enlace también a los llamados « procedimientos especiales », de bastante menor autoridad de cara a los Estados, entre los que se encuentran los referidos sobre la esclavitud y sobre *los afrodescendientes*, sic. Los sustantivos sin acepción de género en inglés, el *working language* en Naciones Unidas, quedan mal al traducirlos a un masculino que, ni en España ni en América, acaba de funcionar como inclusivo. A menudo cabrían alternativas como, en el caso, *la Afrodescendencia*.

sal, de forma que sean regularmente los Estados los que deban prestar protección y amparo, pero frente a esto cabe interponer el buen criterio de Moyn: resultan entonces derechos constitucionales o ciudadanos, con las discriminaciones y exclusiones que esto puede implicar, pero no, en rigor, derechos humanos, derechos que merezcan este calificativo de alcanzar y amparar a la humanidad toda. Ya estamos advertidos de que los *droits de l'homme* no son los *droits humains*, como tampoco los *Menschenrechte*. No lo son por mucho que se empeñen en seguir contribuyendo al equívoco ⁽⁶⁷⁾.

He aquí un último signo. A las alturas de 2002, año en el que entra en vigor, y hasta hoy o incluso mañana, pues no ha previsión de reforma,, el Estatuto de la Corte Penal Internacional no tipifica la esclavitud como delito en sí y por sí. Sólo la considera *crimen de lesa humanidad* « cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque » (art. 7.1.c) y además la conceptúa en unos términos restrictivos de servidumbre formalizada como propiedad: « Por *esclavitud* se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños » (art. 7.2.d) ⁽⁶⁸⁾. Esto es llamativo pues el empeño de Naciones Unidas viene siendo el de extender la condena de la esclavitud a todo tipo de actuaciones que la

⁽⁶⁷⁾ Lo subraya justamente, comentando *The Last Utopia*, Justine LACROIX, *Des droits de l'homme aux droits humains?*, en « La vie des idées » (laviedesidees.fr), 2010: « Si los derechos humanos son nuestra última utopía, esto es a condición de que entendamos que no son los derechos del hombre proclamados a finales del siglo XVIII ». Y está la razón adicional de género. Como apenas he advertido para el español, ni en francés ni en alemán los términos masculinos acaban de funcionar bien como conceptos inclusivos sin discriminación implícita. ¿Y ha de recordarse algo tan elemental como que las mujeres estaban radicalmente excluidas de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, esta declaración que, al cabo de casi dos siglos, ha vuelto a ser norma constitucional en Francia bajo otro entendimiento al respecto desde luego? Otro pequeño recordatorio: quien fuera responsable en Naciones Unidas del mantenimiento de la expresión *droits de l'homme* rechazando la de *droits humains* fue galardonado luego, en 1968, con el Nobel de la Paz como padre putativo de la Declaración Universal. Interesan para marcar distancias Dan EDELSTEIN, *The Terror of Natural Rights: Republicanism, the Cult of Nature, and the French Revolution*, Chicago, UChP, 2009; Jonathan ISRAEL, *Revolutionary Ideas: An Intellectual History of the French Revolution from 'The Rights of Man' to Robespierre*, Princeton, PrUP, 2014.

⁽⁶⁸⁾ ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UniversalHumanRightsInstrument.aspx para la edición online de estas normas de derecho internacional en el mismo sitio de Naciones Unidas, el del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ohchr.org).

implique se conceptúen o no como derecho de propiedad (*right of ownership, droit de propriété...*). Baste recordar la Convención sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud que data de 1956 ⁽⁶⁹⁾. Este concepto más amplio fue explícitamente rechazado en el proceso de acuerdo del Estatuto entre Estados ⁽⁷⁰⁾.

Adviértase que, si la abolición internacional de la esclavitud se hubiera venido fundando en el reconocimiento del derecho humano tan básico como el de la libertad personal (Declaración Universal, art. 1: « Todos los seres humanos nacen libres e iguales en libertad y derechos [...] »), tales restricciones hubiesen sido infactibles. Estamos en todo caso ante un paso atrás en el momento jurisdiccional de la verdad que no veo que se acuse como debiera por la doctrina internacionalista más significada por su compromiso nominal con los derechos humanos ⁽⁷¹⁾, ya no digo por la que se entiende realista y no los toman prácticamente en consideración. Bien se sabe que ante derechos humanos y jurisdicciones internacionales la literatura jurídica y la politológica tienden a ser ya descuidadas, ya celebratorias. Moyn pone ahora siempre el contrapunto ⁽⁷²⁾.

La situación actual del derecho internacional respecto a la esclavitud

⁽⁶⁹⁾ La de *derecho de propiedad* es la definición nuclear de ambas Convenciones, la de 1926 y la de 1956, pero con la extensión final hasta las *prácticas análogas*. El contraste sería aún mayor si la comparación se hiciera con las concepciones aún más abarcadoras de formas de sometimiento inhumano desarrolladas en las instancias de derechos humanos desde los años noventa del siglo pasado a partir de la labor del referido Grupo de Trabajo sobre formas contemporáneas de esclavitud: MIERS, *Slavery in the Twentieth Century*, cit., caps. 23 y 24.

⁽⁷⁰⁾ *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute. Issues - Negotiations - Results*, Roy S. Lee (ed.), La Haya, Kluwer, 1999, p. 369: « El Estatuto adopta una nueva definición de la esclavitud », habiéndose ya resaltado como parte positiva (p. 364) que el mismo contempla, por primera vez en normas del derecho internacional, la esclavitud sexual. La advertencia de la novedad conceptual adviene en un capítulo sobre género (pp. 357-390: Cate STEAINS, *Gender Issues*), faltando en el resto.

⁽⁷¹⁾ William SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Nueva York, OUP, 2010, reflejándolo acriticamente (pp. 160-163). Y hay casos de comentaristas del Estatuto que ni siquiera advierten el paso atrás.

⁽⁷²⁾ MOYN, *Human Rights and the Uses of History*, cit., p. 62: « ante la excitante historia de Jenny Martínez sobre cómo los africanos han sido liberados gracias al derecho internacional resultará sorprendente enterarse de que la Corte Penal Internacional ha procesado hasta hoy tan sólo a africanos »; p. 67: « originalmente promovida por naciones menores, la Corte Penal Internacional se ha convertido en un foro que sirve para acusar tan sólo a sus líderes » y no a los de las grandes potencias por criminales que sean.

vitut es, cuando menos, desconcertante. El derecho de derechos humanos, según reza en la Convención de 1956, condena sin paliativos « la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud », mas la misma institucionalidad internacional no se muestra a la altura para la importancia del asunto. Los paliativos vienen luego. Las instancias de Naciones Unidas competentes en la materia son de nivel bajo. Y el derecho penal internacional es de perfil bajísimo al respecto. Que la guardia ande baja no significa que sólo queden meros residuos por erradicar. La sola existencia hoy en Naciones Unidas de una relatoría especial que se ocupa de « la formas contemporáneas de la esclavitud incluidas sus causas y consecuencias » testimonia lo contrario ⁽⁷³⁾. Es parte de la vertiente más jurídica de la historia de presente de los derechos humanos de la que Moyn ya sabemos que no se ocupa, cuando debiera para aquilatar mejor sus posiciones.

6. *¿Historia cómo y derechos según quienes?*

¿Tenemos derechos humanos en la historia de la abolición de la esclavitud? ¿Los tenemos en la historia sin más? Tras todo lo visto, son preguntas éstas que parecen gratuitas o, si se prefiere, retóricas. Incluso hoy, a nuestras alturas, la existencia de un régimen necesariamente supraestatal de derechos humanos y la de un derecho humanitario basado en ellos que pudiera también gestionarse por los Estados, con el respaldo además todo ello de jurisdicciones y otras instancias supraestates, son cosas que resultan problemáticas ⁽⁷⁴⁾. Si partiéramos de esta constancia y no de las ilusiones que campean al respecto, tales preguntas, en vez de darse por entendido que se responden por sí solas positivamente para emprenderse y financiarse investigaciones sobre el vacío, no tendrían que formularse. Estas páginas serían entonces las que sobren.

Ni siquiera se han ocupado de las causas de la abolición de la esclavitud, cuestión a la que además difícilmente podría darse una respuesta inequívoca dado que aboliciones, igual que esclavitudes, ha habido muchas y algunas aún hay. Desde que Eric Williams, intelectual y político descendiente de esclavos, cuestionase el idealismo de los anglosajones británicos, estadounidenses y caribeños en la motivación del respectivo abolicionismo radicando en cambio por su parte el proceso en la materialidad de los intereses económicos hasta que Robin

⁽⁷³⁾ ohchr.org/EN/Issues/Slavery/SRSlavery/Pages/SRSlaveryIndex.aspx es su página oficial con la correspondiente documentación.

⁽⁷⁴⁾ M. MAZOWER, *Governing the World: The History of an Idea*, Nueva York, Penguin, 2012, cap. 11, ep. 2: *The Rise of the Human Rights and the NGO*, y cap. 13: *Humanity's Law*.

Blackburn, activista y académico europeo, ha construido su mural grandioso sobre la esclavitud y su desaparición en las Américas su-mando factores culturales a los materiales ⁽⁷⁵⁾, el debate no ha cesado, con todos sus altibajos, para el caso atlántico y para tantos otros. Aquí no es que lo hayamos eludido, sino que nos circunscribimos al extremo de si los derechos humanos tienen algo que ver con la abolición. La respuesta negativa, ya adelantada por Moyn, devuelve el debate al terreno de la historiografía liberándolo de proyecciones de presente. Lo cual no quiere decir que éste deje de interesar. La historia le alcanza y le afecta. Bien mirado, presente no hay, sino momento actual de la historia. No digo que toda historia lo sea del presente, sino que no la hay sino desde un presente que no deja de ser historia.

Historia y presente están unidos por el cordón umbilical del desenvolvimiento del tiempo. Pueden siempre tanto sanearse como contaminarse entre sí. Samuel Moyn abraza la justa preocupación de que la mala historiografía contribuya a producir mal derecho o peor política, en lo cual se muestra de acuerdo con su crítico Robin Blackburn aunque difiera en la forma de aplicación a efectos precisamente historiográficos ⁽⁷⁶⁾. En ese punto se conforman y en esto, visto lo visto, es

⁽⁷⁵⁾ BLACKBURN, *The American Crucible*, cit., pp. 25-26, oportunamente recuerda que Williams tuvo el humor de achacar a los historiadores británicos una narrativa de la abolición « como si su país hubiera organizado todo un sistema floreciente de esclavitud sólo para darse la satisfacción de suprimirlo ». La referencia es por supuesto a Eric WILLIAMS, *Capitalism and Slavery* (1944), Chapel Hill, UNCP, 1994, con introducción de Colin A. Palmer. La primera edición se tiene online en acceso libre.

⁽⁷⁶⁾ casetext.com/case/in-re-african-american-slave-descendants-litig, para el texto de la sentencia de primera instancia en el caso *In Re African-American Slave Descendants Litigation* a la que ya hice referencia, ejemplo gráfico de la mala historia ligada al mal derecho: se detiene en el repaso histórico de la esclavitud y su abolición en los Estados Unidos según la visión dominante para concluir que los afrodescendientes debieran estar agradecidos por lo que se ha hecho para librarles de la servidumbre en vez de andar reclamando reparaciones (« el oído sensible pudo escuchar el *thank you* colectivo de quienes fueron liberados »). Para encuadramiento doctrinal por el hijo del juez de circuito que ratificó el rechazo de la reparación por la esclavitud (Richard Posner), Eric A. POSNER, Adrian VERMEULE, *Reparations for Slavery and Other Historical Injustices*, en « Columbia Law Review », 103 (2003), pp. 689-747, en línea sustancialmente análoga a la del fallo, aunque los autores pretendan que sólo mapean neutralmente el terreno; para críticas a Posner-Vermeule, Roy L. BROOKS, *Getting 'Reparations for Slavery' Right: A Response to Posner and Vermeule*, en « Notre Dame Law Review », 80 (2004), 1, pp. 251-288 (p. 252: « like father like son », « de tal palo, tal astilla », respecto a la sintonía doctrinal entre progenitor y vástago); Alfred L. BROPHY, *Reconsidering Reparations*, en « Indiana Law Journal », 81 (2006), 3, pp. 811-849.

difícil encontrarse en desacuerdo al menos teórico (77). Una historiografía laxa ofrece compañía a un derecho laxo y viceversa. La falta de rigor en la identificación y caracterización de los derechos humanos en la historia se emplea por igual para la actualidad. La laxitud en las categorías campea tanto por el pasado como por el presente potenciándose mutuamente. Y esto es algo que interesa y afecta en definitiva no sólo al gremio de la historiografía, sino, sigan valiendo las grandes palabras, a la humanidad toda, a sus derechos individuales y colectivos (78).

En cuanto a la cronología, con su insistencia en que antes de los años setenta del siglo pasado no tenemos ni siquiera discurso de derechos humanos, ya no digamos práctica, puede que al final tenga Moyn más razón de lo que él mismo piensa o que, si la tiene menos, es por haberse quedado corto. Tampoco es que haya sido el primero en observar que el discurso de los derechos humanos, con Declaración Universal y todo, no acababa de tomarse en serio antes de dicha década (79). Y digo lo de que quizás cuente con más razón de la que

(77) A guisa de *Whig history* militante, en base a Annabel PATTERSON, *Nobody's Perfect: A New Whig Interpretation of History*, New Haven, YUP, 2002, hay quien argue que, a efectos prácticos, cualquiera que sea la razón que asista a Moyn para interponer su enmienda a la totalidad de las historias de los derechos humanos, éstas pueden servir para fomentar su mismo presunto *idealismo* que se entiende beneficioso para el derecho, esto para el crítico, no desde luego para Moyn: Justin ZAREMBY, *On the Uses and Disadvantages of History for Human Rights Law: Reading Samuel Moyn's 'The Last Utopia: Human Rights in History'*, en «Yale Human Rights and Development Journal», 15 (2012), 1, pp. 155-175.

(78) El reconocimiento internacional, por Naciones Unidas, de derechos humanos de sujeto colectivo, que arrastra encendidas polémicas, es paladino desde la Declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales de 1960 y se ha reafirmado con la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007 pasando por los artículos primeros de los dos Pactos Internacionales. Son normas que se encuentran por supuesto online en el sitio referido. LENZERINI, *The Culturalization of Human Rights Law*, cit., se bate entre dichas polémicas.

(79) En 1979 la mejor historia, todavía hoy, de los *derechos naturales* comenzaba constatando el « curioso fenómeno » de que « el lenguaje de los derechos humanos esté jugando un papel de importancia creciente en el debate político ordinario mientras que la filosofía política académica lo entiende en general como una forma de discurso elusiva e innecesaria »: TUCK, *Natural Rights Theories*, cit., p. 1. No hay que decir que Tuck no procede a una distinción neta entre derechos naturales y derechos humanos. Al contrario, como hemos podido detectar en el caso de Blackburn, su obra ha contribuido no sólo a la promoción del lenguaje de los derechos, sino también más específicamente al auge del discurso de los derechos humanos mediante su retroproyección sobre los derechos naturales.

imagina porque su constatación puede que rija no solo en el ámbito político que él contempla, sino también en el jurídico que posterga. Otra cosa es, como ya está dicho, que, si añadimos el derecho a la política, sus previsiones de futuro se sostengan. Nadie sin embargo puede decirlo. Es del pasado y del presente, de la historia que transcurre entre ellos, de lo que podemos hablar con cierta seguridad. La cuestión resulta entonces la de si cabe la historiografía de unos derechos, los llamados humanos, de incierta existencia rigurosamente en cuanto tales incluso a nuestras alturas, hoy en día. Y si es posible y deseable tal labor historiográfica, cómo emprenderla.

Genealogy matters, la genealogía importa, afirma Philip Alston frente a Samuel Moyn en relación a la historia europea y euroamericana de derechos que habría conducido a un presente global de unos cualificadamente humanos. Moyn estaría por completo equivocado con « su teoría del *big bang* de la eclosión de los derechos humanos surgiendo poco menos que de la nada » hace sólo cuatro décadas. Para Moyn, asegura Alston, « todo es contingente » y particularmente lo resulta « el edificio de los derechos humanos que se eleva en precario » para su modo de ver las cosas. Con esto, perdiéndose raíces y desarraigándose construcciones, es como realmente se debilitan, al entender de Alston, los derechos humanos y los movimientos que los defienden ⁽⁸⁰⁾.

Por parte de Philip Alston, para el abordaje de la historia no se trata de asumir las posiciones de proyección en el pasado sin sustento documentable representadas por Jenny Martinez ni nada parecido, sino de evaluar la evolución que lleva de los derechos simples, con todas sus subordinaciones y discriminaciones, a los derechos humanos, con toda su capacidad emancipatoria. Por esto, compartiendo frente a Moyn este extremo, entiende por su parte Robin Blackburn que ha de interesar muy especialmente, más que tradiciones liberales de las clases dominantes, la historia de la concepción y la defensa de derechos por los sectores que han sufrido subordinación, discriminación y todo tipo de explotación o que han sido de diversa forma mantenidos al margen por el orden internacional de planta dígase occidental, la inveteradamente

⁽⁸⁰⁾ ALSTON, *Does the Past Matter?*, cit., pp. 2074-2077, dispersándose a propósito de la genealogía en un debate sobre las posiciones de Marc Bloch acerca de la continuidad y la discontinuidad porque *The Last Utopia* (pp. 41-42) le alega justamente como autoridad. Peter BURKE, *Marc Bloch and the New History*, prefacio a M. Bloch, *The Historian's Craft*, Manchester, Manchester University Press, 2004, pp. VII-XVIII, en p. XVII: « Bloch nos está diciendo que la fijación con los orígenes no es sólo que esté equivocada, sino que además resulta peligrosa ». El problema con la historia teleológica que refunde pasado y presente no es sólo de ciencia, sino también de política.

colonialista ⁽⁸¹⁾. Para contrarrestarla ha de pugnarse con profundas raíces que todavía ofrecen soporte a árboles enhiestos de la frondosa cultura de matriz europea comenzándose por su vertiente jurídica, la cual no se encuentra entre las más atendidas por la floreciente historiografía poscolonial que acude a la necesaria descolonización cultural ⁽⁸²⁾.

Bienvenido sea el esfuerzo de Blackburn. Esa es la vía por la que creo que convendría aventurarse. ¿Cómo puede pensarse que viene haciéndose la historia de la esclavitud y su abolición si falta prácticamente por completo la voz de los principales concernidos, los esclavos, ellas y ellos? Bien está ⁽⁸³⁾, pero ¿cómo procederse? ¿Y cómo evitarse la contaminación de las reivindicaciones subalternas por la tradición imperante de los derechos, la supremacista, en el laboratorio de la historiografía una vez además que las fuentes tanto abundan de esta última parte como escasean o andan mucho menos a mano para la otra, para la subalterna, hasta la práctica inexistencia en forma directa

⁽⁸¹⁾ BLACKBURN, *The American Crucible*, cit., epígrafe conclusivo doblemente citado: *Emancipation and 'Human Rights' from Empire to Decolonization*, con los significativos apóstrofes como ya he señalado. Con mayor amplitud por su ambición global, ya hacía el intento la más potente historia premoyniana de los derechos humanos: Paul Gordon LAUREN, *The Evolution of International Human Rights: Visions Seen* (1998), Filadelfia, UPP, 2011, sobre la que conviene en todo caso compulsar la crítica de Reza AFSHARI, *On Historiography of Human Rights: Reflections on Paul Gordon Lauren's 'The Evolution of International Human Rights: Visions Seen'*, en «Human Rights Quarterly», 29 (2007), 1, pp. 1-67. Y es por supuesto significativo que el primero, como hemos visto, agudizase su atención a derechos ante el caso singular de un Estado creado por una rebelión de esclavos: BLACKBURN, *Haiti, Slavery, and the Age of Democratic Revolution*, cit. Discutiendo también a Moyn, Antony ANGHIE, *Whose Utopia? Human Rights, Development, and the Third World*, en «Qui Parle. Critical Humanities and Social Sciences», 22 (2013), 1, pp. 63-80.

⁽⁸²⁾ Precisamente atendiéndola, Robert A. WILLIAMS JR., *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Nueva York, OUP, 1990; ID., *Savage Anxieties: The Invention of Western Civilization*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2012. También contribuyen *Laws of the Postcolonial*, Eve Darian-Smith y Peter Fitzpatrick (eds.), Ann Arbor, University of Michigan Press (UMP), 1999; A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Nueva York, CUP, 2005; L. BENTON, *A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires, 1400-1900*, Nueva York, CUP, 2010; Andrew FITZMAURICE, *Sovereignty, Property and Empire, 1500-2000*, Cambridge, CUP, 2014.

⁽⁸³⁾ No es usual el aviso de cortesía de MIERS, *Slavery in the Twentieth Century*, cit., p. XIV: «Falta en este libro casi completamente la voz de los esclavos», cuando la obra que se presenta resulta anglocéntrica al ser británicos los principales archivos de los que la investigación depende.

respecto al caso de esclavos y esclavas, por no hablarse de la falta de manejo de lenguas y otras formas de comunicación no europeas por parte de la historiografía dominante? Es difícil desde luego de por sí ⁽⁸⁴⁾. Más difícil lo resulta por el peso de tendencias de la investigación no librada de supremacismo ella misma. Pienso particularmente en un par de enfoques sobre las postrimerías de la esclavitud que enrarecen el escenario historiográfico si de lo que se trata es de la posibilidad de acceder a mentalidades no supremacistas de sectores subalternos o postergados por la cultura supremacista de pasado y presente, de la imagen de la historia que impera hasta hoy. Me refiero al enfoque de la irrelevancia de la agencia esclava y al de la generosidad del agente esclavista en la misma abolición.

Por una parte, se pretende que, ante las fuentes hoy disponibles y franqueadas como si fueran todas las necesarias e imaginables, la mentalidad y la resistencia de los esclavos respecto a su propia sujeción constituye un factor poco menos que insignificante a los efectos de la abolición ⁽⁸⁵⁾. De otra parte, escindiéndose datos particulares de la economía de la esclavitud de claves generales de la evolución económica europea y euroamericana que la fagocitaba, se entiende que la abolición procedería, si no de un humanitarismo precursor de los derechos humanos, de un desprendimiento de los agentes dominantes respecto a sus efectos materiales, unos efectos que habrían sido ruinosos. Se trataría de una especie de sacrificio, de un suicidio económico, para

⁽⁸⁴⁾ Arlene R. KEIZER, *Black Subjects: Identity Formation in the Contemporary Narrative of Slavery*, Ithaca, CoUP, 2004; Anne C. BAILEY, *African Voices of the Atlantic Slave Trade: Beyond the Silence and the Shame*, Boston, Beacon, 2005; Pier M. LARSON, *Horrid Journeying: Narratives of Enslavement and the Global African Diaspora*, en «Journal of World History», 19 (2008), 4, pp. 431-464; Paul E. LOVEJOY, 'Freedom Narratives' of Transatlantic Slavery, en «Slavery and Abolition. A Journal of Slave and Post-Slave Studies», 32 (2011), 1, pp. 91-107; Sandra E. GREENE, *West African Narrative of Slavery: Text from Late Nineteenth- and Early Twentieth-Century Ghana*, Bloomington, Indiana University Press, 2011; Dale T. GRADEN, *Interpreters, Translators, and the Spoken Word in the Nineteenth-Century Transatlantic Slave Trade to Brazil and Cuba*, en «Ethnohistory», 58 (2011), 3, pp. 393-419.

⁽⁸⁵⁾ João Pedro MARQUES, *The Sounds of Silence: Nineteenth-Century Portugal and the Abolition of the Slave Trade*, Nueva York, Berghahn, 2006 (ed. original: *Os Sons do Silêncio. O Portugal de Oitocentos e a Abolição do Tráfico de Escravos*, Lisboa, Instituto de Ciências Sociais, 1999); *Who Abolished Slavery? Slave Revolts and Abolitionism. A debate with João Pedro Marques*, S. Drescher y Pieter C. Emmer (eds.), Nueva York, Berghahn, 2010. Un debate sobre las posiciones de Marques minimizadoras de los movimientos abolicionistas y del papel de los esclavos ya había planteado Valentim ALEXANDRE en Portugal: «Penélope. Revista de História e Ciências Sociais», 14 (1994), pp. 95-128, 15 (1995), pp. 143-170, y 17 (1997), pp. 123-151.

lograrse el bien de la emancipación de los esclavos; de un *econocide* por sí se quiere un nombre que contraponer al genocidio que el tráfico y la esclavitud supusieron ⁽⁸⁶⁾. También tiene nombre, *Maafa*, catástrofe o calamidad en kiswahili, lengua franca para millones de personas por buena parte de la África subsahariana ⁽⁸⁷⁾.

Añádase que la esclavitud no cobra relevancia como cuestión clave en la historia del derecho internacional incluso para la historiografía que se pretende multilateral o ya no supremacista ⁽⁸⁸⁾. No hace falta comulgarse con las posiciones más descarnadas para que operen sus efectos. Implícitamente a menudo, sin necesidad de adoptarse formulaciones extremas, son presuposiciones corrientes en el seno de la historiografía que lo importante han de ser las posiciones de la parte dominante, la esclavizadora en sentido lato que incluye posturas antiesclavistas, que la economía esclavista no afrontaba crisis serias y que la esclavitud no era un asunto tan de primer orden salvo para lo que su abolición se entiende que ha contribuido a la gestación de los derechos de libertad. Occidente, por decirle así, habría sido en la historia agente, no de esclavismo, sino de liberación ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁶⁾ S. DRESCHER, *Econocide: British Slavery in the Era of Abolition* (1977), con prólogo de D.B. Davis, Chapel Hill, UNCP, 2010² (no confundir con *ecocide*, destrucción del medio ambiente); James WALVIN, *Why Did the British Abolish the Slave Trade? 'Econocide' revisited*, en «Slavery and Abolition. A Journal of Slave and Post-Slave Studies», 32 (2011), 4, pp. 583-588.

⁽⁸⁷⁾ Roger SOMÉ, *Slavery, Genocide or Holocaust?*, en *From Chains to Bonds: The Slave Trade Revisited*, Doudou Diène (ed.), Nueva York, Berghahn-UNESCO, 2001, pp. 416-430; Pero Gaglo DAGDOVIE, *African History Reconsidered*, Ann Arbor, UMP, 2010, cap. 6: *Genocide and African American History*. El término *Maafa* para este genocidio lo acuñó Marimba ANI, *Let the Circle Be Unbroken: The Implications of African Spirituality in the Diaspora*, Trenton, Red Sea, 1989.

⁽⁸⁸⁾ Arnulf BECKER LORCA, *Mestizo International Law: A Global Intellectual History 1842-1933*, Cambridge, CUP, 2014, con referencia ocasional, no sistemática, al abolicionismo de la Liga de Naciones (pp. 277-280) y con una pista desaprovechada sobre lobby abolicionista africano y afroamericano (p. 73) en base a H.J. RICHARDSON III, *The Origins of African-American Interests in International Law*, cit. Lo de *mestizaje* pretende reubicar en un espacio más plural el componente *occidental* del derecho internacional (pp. 22-24); de hecho, selecciona, coopta, ignora, refunde y... *occidentaliza*. El tratamiento de la esclavitud por parte de KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., es también disperso y de bajo perfil, aunque no tan bajísimo como parece por el *index*. Algo más de interés, bien poco y tampoco nunca sistemático, le presta David ARMITAGE, *Foundations of Modern International Thought*, Nueva York, CUP, 2013.

⁽⁸⁹⁾ Todo esto habría de comprobarse, no en la literatura monográfica que ha de suponer la importancia de su objeto, sino en la historiografía más general, aquella que,

En un escenario historiográfico en el que la esclavitud en sí resulta un asunto secundario y donde, de venir a su consideración, el protagonismo se le reserva a todos los efectos, incluso al de la abolición, a la parte esclavizadora, ¿cómo va ni siquiera a concebirse la cuestión de la idea de derechos propios, pensáranse como se pensarán y dijéranse como se dijeran, que pudiera abrigarse entre esclavos y esclavas y que pudiese conectar, mejor que la tradición supremacista europea y euro-americana, con lo que hoy conceptuamos como derechos humanos? ¿Cómo no va a seguir la historiografía predominante presa de las pretensiones de una estirpe esclavista devenida abolicionista en términos históricamente antes religiosos que jurídicos para redención de la humanidad comenzando por ella misma, por la estirpe, y, caso de hacerse además en nombre de sus derechos, empezando por los propios, por los del linaje? ⁽⁹⁰⁾. Si se pertenece a esta parte visible de la crónica predominante o se ha encontrado acomodo en su regazo, intente imaginarse la otra cara desde la perspectiva que ha padecido la historia toda y que no ha podido producir historiografía ninguna. Ya que nos referimos a cultura religiosa, hubo y hay quienes tengan más fácil hacerse la idea de una religión otra, religión de esa otra perspectiva, incluso como variante del cristianismo ⁽⁹¹⁾.

como hemos visto en Moyn, es la que menos se tiende a discutir por parte de especialistas. Sobre la desatención práctica de la esclavitud tenemos aquí a mano el testimonio representativo e involuntario de la *Global Intellectual History del Mestizo International Law* de A. Becker Lorca respecto a periodo tan crucial como 1842-1933, entre segunda esclavitud americana y arranque de abolición internacional.

⁽⁹⁰⁾ En la historiografía más idealista de la abolición de la esclavitud que aquí, conforme a los planteamientos que hemos ido contemplando, ha debido quedar relegada como una antigualla, es un verdadero leitmotiv el de su inspiración religiosa, naturalmente cristiana, con dichas motivaciones redentoras que forzosamente en bastantes casos intentan reconducirse hacia el terreno del derecho e incluso, en menos, al de los derechos. Para noticia sumaria de un caso bien conocido que ha dado mucho juego a dichas pretensiones sobre todo en sectores protestantes, pues no tanto en los católicos, *William Wilberforce (1759-1833)*, en *The Encyclopedia of Christian Literature*, George Thomas Kurian y James D. Smith III (eds.), Lanham, Scarecrow, 2010, vol. 2, p. 641, aunque, para contrastar visiones, mejor recurso ahora sea googlear el nombre de quien es presentado como un *héroe para la humanidad* en una reciente biografía: Kevin BELMONTE, *Hero for Humanity: A Biography of William Wilberforce*, Colorado Springs, Navpress, 2002.

⁽⁹¹⁾ Dwight N. HOPKINS, *Down, Up, and Over: Slave Religion and Black Theology*, Minneapolis, Augsburg Fortress, 2000; *Black Theology, Slavery and Contemporary Christianity*, Anthony G. Reddie (ed.), Farnham, Ashgate, 2010; Karl LAMPLEY, *A Theological Account of Nat Turner: Christianity, Violence, and Theology*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2013; Raphael G. WARNOCK, *The Divided Mind of the Black Church:*

Reconstruir y evaluar debidamente, sin presunciones ni ventriloquismos, la cara esclavizada de la historia parece poco menos que imposible, pero el reto está ahí. Podría comenzarse al menos por la toma de conciencia respecto a que la genealogía de los derechos humanos no puede situarse troncalmente en la tradición de una cultura jurídica tan supremacista como la europea y euroamericana. Es un riesgo que, conscientes y todo sin duda, no conjuran a mi entender ni Philip Alston ni Robin Blackburn ni a su modo Samuel Moyn, éste por el vacío que provoca al bloquear con su *big bang* prácticamente toda posibilidad de genealogía ⁽⁹²⁾. El mismo ha intentado matizar esta imagen de cesura tanteando una prehistoria anterior que pudiera conectar con los derechos humanos, pero a través, no de la categoría tan lastrada de derechos, sino de la más genérica de dignidad, la de dignidad humana más fácilmente compartible ⁽⁹³⁾.

Theology, Piety, and Public Witness, Nueva York, New York University Press, 2014. Sobre las dificultades referidas de las fuentes en relación a dicho caso de las motivaciones y los métodos de la rebelión de Nat Turner, C.L. TOMLINS, 'The Confessions of Nat Turner': A Paratextual Analysis, en «Law and History» (Australian and New Zealand Law and History Society), 1 (2014), pp. 1-28.

⁽⁹²⁾ En una ronda de debate con críticos de *The Last Utopia* (entre ellos, ANGHIE, *Whose Utopia?*, cit.), Moyn no se identifica con la impresión de *big bang* producida por su libro, a lo que podrá en todo caso alegarse que una obra es también su lectura: S. MOYN, *The Continuing Perplexities of Human Rights*, en «Qui Parle. Critical Humanities and Social Sciences», 22 (2013), 1, *Political Ends, Historical Overtures: A Discussion of Samuel Moyn's 'The Last Utopia: Human Rights in History'*, pp. 95-115 («Ahora me percató de que, para prevenir malentendidos incluso por parte de los lectores más inteligentes, debería haber mencionado en todo caso la continuidad», aunque su margen, no deja de subrayar a continuación, sea muy inferior al de la discontinuidad). Para un comentario de *The Last Utopia* que reincide especialmente con posterioridad, recapitulando sobre unas y otras críticas, en ese punto débil del *big bang* y en el de la marcada desatención al derecho por amor de la política en la obra de Moyn, pero perdiendo con ello los aspectos más valiosos de su aportación, Christopher McCrudden, *Human Rights Histories*, en «Oxford Journal of Legal Studies», 35 2015, 1, pp. 179-212.

⁽⁹³⁾ MOYN, *Human Rights and the Uses of History*, cit., cap. 2: *The Surprising Origins of Human Dignity*, ocupándose de J. WALDRON y otros, *Dignity, Rank, and Rights*. Lo discute McCrudden, *Human Rights Histories*, cit., pp. 188-193: *Moyn and Human Dignity*, mostrando las dubitaciones de Moyn al comprobar que, sobre todo por el caso de Irlanda en 1937 (S. MOYN, *The Secret History of Constitutional Dignity*, en «Yale Human Rights and Development Journal», 17 (2014), 1, pp. 39-73; versión compendiada en *Understanding Human Dignity*, C. McCrudden, ed., Oxford, OUP, 2014), la historia constitucional de la categoría de dignidad arrastra también sus propios lastres, en su caso religioso no incluyente (otras comprobaciones además de las que él

Ahí estamos, entrándose, como el año 2015 está haciéndolo, en el *Decenio Internacional de los Afrodescendientes* declarado por Naciones Unidas, cuya principal cuestión ha de cifrarse en la diáspora producida por el tráfico de la esclavitud con sus secuelas y responsabilidades persistentes⁽⁹⁴⁾. Compete a la política, al derecho y a la historiografía en concurrencia y por tal orden, algo que no resulta evidentemente del gusto de la academia. Al final hemos acabado yendo algún paso más allá de las provocaciones de Samuel Moyn, nuestro bienvenido polemista nato.

añade: Chile en 1980, Perú en 1993...), lo cual por supuesto, agreguemos, no tiene por qué inhabilitarla para otros ámbitos culturales o para uno común humano, dígasele internacional o global. El mismo Moyn aprecia que la dignidad como principio puede estar regenerándose por acción judicial. Tampoco ha de descartarse que, frente a sus previsiones, los derechos humanos puedan también acabar por librarse de sus lastres.

⁽⁹⁴⁾ un.org/en/events/africandecade. Para cuestionario reconocidamente pendiente, Marc BOSSUIT, Stef VANDEGINSTE, *The Issue of Reparation for Slavery and Colonialism and the Durban World Conference against Racism*, en « Human Rights Law Journal », 22 (2001), pp. 341-350. En contexto, Elazar BARKAN, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*, Nueva York, W.W. Norton, 2000, cap. 12: *Restitution for Slavery: Opportunity or Fantasy?*; Janna THOMPSON, *Taking Responsibility for the Past: Reparation and Historical Injustice*, Cambridge, Polity, 2002, cap. 7: *The Rights of Descendants*; A.L. BROPHY, *Reparations: Pro and Con*, Nueva York, OUP, 2006, cap. 3: *The Modern Black Reparations Movement: Why Now, What, and What?*. Específicos, Rhoda E. HOWARD-HASSMANN, con Anthony P. LOMBARDO, *Reparations to Africa*, Filadelfia, UPP, 2008, conteniendo naturalmente capítulos sobre la trata y la esclavitud coloniales; *Colonialism, Slavery, Reparations and Trade: Remediating the Past?*, Fernne Brennan y John Packer (eds.), Abingdon, Routledge, 2012.

MAURIZIO FIORAVANTI

LA « REPUBBLICA » COME IDEALE COSTITUZIONALE

(Rileggendo la *Constitución de Apatzingán*)

1. Premessa. L'oggetto della ricerca. — 2. I due modelli: la Repubblica come regime costituzionale che realizza il bilanciamento dei poteri e la Repubblica come creazione del popolo sovrano che realizza il primato del Legislatore. — 3. La Repubblica nel modello radicale rivoluzionario. — 4. La Repubblica negli Stati costituzionali odierni.

1. *Premessa. L'oggetto della ricerca.*

Questo saggio prende le mosse da una lettura analitica del testo del *Decreto Constitucional para la Libertad de la America Mexicana*, deliberato il 22 ottobre 1814 ⁽¹⁾. Diciamo subito che il nostro intento non può essere quello di studiare la genesi immediata di questo Atto costituzionale, d'inserirlo cioè nel contesto degli avvenimenti concreti di quegli anni. Non possediamo in proposito le conoscenze e le competenze necessarie. E tuttavia, anche dalla semplice lettura del testo si ricavano due elementi decisivi che possono costituire il nostro punto di partenza. Il primo è dato dalla struttura generale del Decreto, che è quella di una vera e propria Costituzione, che ad imitazione delle Costituzioni rivoluzionarie francesi e degli Stati americani, muove dai principi fondamentali, che contengono la materia dei diritti, per passare poi ad una seconda parte dedicata alla forma di governo. Dunque, un

⁽¹⁾ Il Decreto è più noto come *Constitución de Apatzingán*, dal luogo della sua proclamazione e messa in vigore. Il testo del Decreto è facilmente reperibile. Noi abbiamo usato quello che si trova nella *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes* (www.cervantesvirtual.com). A questo importante Decreto è stato recentemente dedicato un Convegno Internazionale per celebrarne il Bicentenario (Jiquilpan de Juárez, Michoacán, 20-21 ottobre 2014). Si attendono ora gli Atti. Le nostre note che seguono erano state in origine preparate proprio in previsione di una partecipazione al Convegno che per motivi organizzativi non si è potuta realizzare. Esse volutamente conservano l'originario carattere discorsivo d'immediatezza proprio della relazione orale. Per questo stesso motivo si è preferito omettere qualsiasi riferimento bibliografico.

Decreto, che tra l'altro avrà vigenza breve e travagliata, ma costruito con l'ambizione di generare un'autentica Costituzione. Il secondo punto sta nella *pretesa instaurativa*, che è dichiarata nel Preambolo: liberarsi dal dispotismo della monarchia spagnola ed introdurre una forma di governo entro cui si realizzi l'indipendenza e la sovranità della nazione messicana.

Ora, la domanda che poniamo è: quale forma di governo? La risposta che noi diamo è molto semplice: la Repubblica. Diciamo questo ben consapevoli del fatto che il termine-concetto di « Repubblica » non compare nel testo del 1814. Lo ritroveremo magari più tardi, per esempio in modo chiaro nella Costituzione del 1857. E successivamente vi saranno ancora altre complicate fasi storiche. Ma il punto non è questo. Il punto è che il testo del 1814 si nutre di ideali costituzionali che a nostro avviso sono qualificabili principalmente come « repubblicani », in un senso e con un significato che preciseremo nello svolgersi di questo intervento, confrontandoci con la complessità della tradizione del costituzionalismo repubblicano.

2. *I due modelli: la Repubblica come regime costituzionale che realizza il bilanciamento dei poteri e la Repubblica come creazione del popolo sovrano che realizza il primato del Legislatore.*

C'è un primo tipo di repubblicanesimo che ha profonde radici nella tradizione costituzionalistica europea, e che avrà anche un suo esito nella Costituzione Federale degli Stati Uniti. Diciamo subito che non è questo il repubblicanesimo dei costituenti messicani del 1814. Ma si tratta comunque di una tradizione rilevantissima, che non può essere omessa nella nostra trattazione. Inoltre, esaminarla, anche brevemente, aiuta a comprendere, per differenza, il nostro oggetto d'indagine, ovvero l'ideale costituzionale repubblicano del 1814.

La tradizione cui ci riferiamo ha un modello classico antico, dato dalla repubblica romana. In un'opera-chiave come i *Discorsi sulla prima deca di Tito Livio* (1513-1519) Niccolò Machiavelli fornisce un'immagine precisa della repubblica romana, che diverrà la base del costituzionalismo repubblicano inglese e successivamente decisiva fonte d'ispirazione dei costituenti statunitensi. Per tutti gli autori che appartengono a questa linea di pensiero — da Machiavelli a James Madison, si potrebbe dire — la superiorità della repubblica è data dalla sua sicura vocazione anti-dispotica, che si realizza attraverso una tecnica ben precisa: il *bilanciamento dei poteri*.

È quello che avevano realizzato i romani nella relazione tra i poteri dei consoli, del Senato e della parte popolare, in modo tale che nessuno di quei poteri avesse la tentazione di esorbitare dalla sua sfera, di ergersi al di sopra degli altri, proclamandosi « supremo » in quanto rappresentativo del principio di sovranità. E così sarà per gli autori della

Costituzione Federale nordamericana, che disegneranno anch'essi un sistema bilanciato di poteri, tutti forti nel proprio ordine — il Congresso nel legislativo, il Presidente nell'esecutivo, la Corte suprema nel giudiziario — ma tutti reciprocamente condizionati, in modo tale che non emerga in nessuno di essi la tentazione di affermarsi come *suprema potestas*. Nel *Federalist* Madison definisce esplicitamente « repubblicano » un regime di questo genere, fondato sul principio dei poteri costituiti e limitati. E rivendica ai costituenti di Filadelfia il merito di aver costruito una forma di governo di questo genere: una « Repubblica » appunto, dotata di un sicuro fondamento democratico nella volontà popolare, ma che si esprimeva soprattutto come ideale anti-dispotico, attraverso la tecnica del bilanciamento dei poteri.

Non è questa la « Repubblica » dei costituenti messicani del 1814. Anche il testo del 1814 è animato da un ideale antidispotico, che si esprime attraverso il divieto di concentrare in un unico soggetto i tre poteri, legislativo, esecutivo e giudiziario (art. 12); ma è completamente diverso il quadro complessivo di riferimento entro cui la Costituzione sviluppa la sua vocazione in senso anti-dispotico. Ed infatti, i costituenti messicani stanno guardando altrove: non all'antichità classica, non al filone anglo-americano, non alla Costituzione statunitense, ma alla repubblica che era sorta nel 1792 nello svolgersi della Rivoluzione francese, ed anche alle Carte costituzionali della rivoluzione americana d'impronta più marcatamente radicale. Qui c'è tutt'altro tipo di « Repubblica ».

Cerchiamo di cogliere alla radice questa differenza. Nel primo tipo di « Repubblica », quella che Machiavelli riferiva all'antichità classica romana, quella a cui pensavano i costituenti di Filadelfia nel progettare la Costituzione Federale, la Repubblica medesima con la sua Costituzione è in primo luogo un *progetto di convivenza civile*, fondato sul principio della *aequabilitas*, ovvero del giusto ed equo riconoscimento di uno spazio utile per ciascuna delle forze in campo, in modo che tutti si possano riconoscere nella Costituzione. In altre parole, il valore principale che questa Repubblica esprime è quello della *pace*, e ciò che la Costituzione di questa Repubblica vuole evitare e combattere è prima di tutto la prevalenza unilaterale di una forza sulle altre, come tale generatrice di ribellione da parte delle forze escluse, e dunque di conflitto, sociale e politico. A questo tipo di « Repubblica » non serve la « sovranità ». Servono piuttosto la moderazione, la temperanza, l'equilibrio.

Non poteva essere questo l'ideale repubblicano dei costituenti messicani del 1814, che si trovavano nel mezzo di una guerra, finalizzata essenzialmente alla rivendicazione dell'indipendenza, ovvero della sovranità piena della Nazione messicana. Non avevano quindi da comporre una pluralità di forze, ma da affermare una sola forza, quella della Nazione messicana come soggetto sovrano. Per questo motivo la prima

parte della Costituzione del 1814 prende le mosse subito dalla sovranità, ed è entro il capitolo secondo della parte prima (articoli 2 e ss.), dedicato alla sovranità, che si pone la questione della separazione dei poteri. Tutto cambia ora rispetto al primo modello di « Repubblica », dove a monte dei poteri, legislativo, esecutivo e giudiziario, non c'è alcuna « sovranità », ma solo la Costituzione come norma suprema, che quei poteri attribuisce e delimita. Ora, invece, nel Decreto del 1814 la questione dei tre poteri si pone all'interno della problematica della sovranità, nel senso che prima di quei poteri c'è un *potere sovrano originario*, che il Decreto (art. 3) definisce, sulla scia delle Costituzioni della rivoluzione francese, « imprescrittibile, inalienabile, indivisibile ». Nasce quindi un problema di fondo, impensabile nel primo tipo di « Repubblica »: chi rappresenta il potere sovrano originario entro la Costituzione? I poteri sono sì separati nel testo del 1814, ma sono anche in equilibrio, o non ve n'è forse uno che prevale perché in esso è rappresentato il principio di sovranità?

Si tratta di domande che proprio la rivoluzione francese aveva posto. E si tratta di domande che si pongono ogni volta che si prende le mosse — come nel caso della rivoluzione francese — da una certa concezione della Costituzione, che la intende in primo luogo come *atto espressione di volontà sovrana*, ovvero, al tempo delle rivoluzioni, della volontà del popolo, o della nazione, intesi come soggetti originari, liberi e sovrani, che quella volontà esprimono. È a questo universo culturale, legato al grande tempo storico della rivoluzione francese, che guardavano gli autori del testo del 1814, nel loro tentativo di sostenere la piena indipendenza e sovranità della nazione messicana.

Un simile approccio porta però con sé un problema, che è quello cui sopra si accennava. È il problema della sorte del soggetto sovrano originario — del popolo francese o della nazione messicana — che in questa logica non può e non deve esaurirsi con l'emanazione della Costituzione. Anzi, è necessario che entro la Costituzione sia previsto un potere — che non potrà non essere il legislativo — che rappresenta e incarna quel soggetto. Su questa base, il potere legislativo non potrà mai essere — com'è nell'altra tradizione, e in particolare nella Costituzione Federale statunitense — semplicemente uno dei poteri previsti e autorizzati dalla Costituzione. Alle sue spalle incomberà sempre la figura del soggetto originario, del popolo, o della nazione. E quel potere tenderà sempre perciò ad assumere una posizione predominante nei confronti degli altri poteri, esecutivo e giudiziario. In una parola, le Costituzioni che derivano da questa tradizione generata dalla rivoluzione francese sono *Costituzioni monistiche*: in esse c'è sempre un potere dominante che afferma in vario modo la sua supremazia sugli altri poteri. Questo potere è di regola il legislativo. È così nelle Costituzioni della rivoluzione francese. È così nel testo messicano del

1814. Lo dicono in modo preciso alcune sue norme. Esaminiamole brevemente.

La prima che incontriamo non appena ci inoltriamo nella seconda parte, dedicata al concreto funzionamento della forma di governo, è ancora una norma di principio, espressa nell'articolo 44. L'articolo 44 presuppone il 12, relativo alla separazione dei poteri, muove cioè dalla esistenza di tre poteri, di tre *Supremas Autoridades*, ma vi aggiunge un elemento decisivo: mentre esecutivo e giudiziario, ovvero rispettivamente *Supremo Gobierno* e *Supremo Tribunal de justicia*, sono semplici *corporaciones*, il legislativo, ovvero il *Supremo Congreso Mexicano*, è in via esclusiva il *cuero representativo de la soberania del pueblo*. È questa qualificazione, ad esso riservata dall'articolo 44, che pone il legislativo al di sopra degli altri due poteri. Lo si vede bene continuando a scorrere la seconda parte della Costituzione dedicata alla forma di governo, ed in particolare gli articoli 102 e seguenti sulle attribuzioni del Congresso.

A noi sembrano decisivi soprattutto gli articoli 106 e 107. Il primo conferisce al Congresso ben più della competenza a deliberare la legge. Grazie al principio contenuto nell'articolo 106 la legge rimane infatti nel dominio del Congresso anche dopo la sua deliberazione, poiché rimane al legislativo la potestà d'interpretare legge, e addirittura di derogarvi, in caso di necessità. C'è qui nella sua pienezza l'esplicarsi della concezione del legislatore come incarnazione del popolo sovrano, che in quanto tale non può essere ridotto, come gli altri poteri, alla dimensione di potere derivato, esistente perché previsto dalla Costituzione, e solo nei limiti da questa fissati.

C'è poi il secondo articolo, il 107, che si colloca nella medesima linea del legislatore come *suprema potestas*, conferendo al Congresso la competenza sulle competenze, ovvero il potere di risolvere i casi dubbi che nella pratica si presentino in ordine all'esplicarsi delle competenze delle tre supreme autorità. Ciò che implicitamente significa che lo stesso legislativo deciderà, non più come singola autorità, ma nella sua qualità di *suprema potestas*, sui confini del proprio dominio, anche nei confronti degli altri due poteri.

Il rovescio della medaglia di questa supremazia è poi contenuto nell'articolo 169 che mostra in modo chiarissimo tutta quanta la differenza nei confronti dell'esecutivo che è caratteristica di questo modello costituzionale, disponendo che il governo non possa dispensare dalla osservanza della legge con il pretesto di darne una versione ispirata al principio di equità, né possa interpretare la legge medesima in funzione di risoluzione dei casi dubbi. Insomma, un esecutivo che opera nei confini di una stretta e vincolata esecuzione della legge, che non può e non deve essere « potere » con la stessa forza e intensità del legislativo, e che dunque non può essere strumento attivo di bilanciamento nei confronti dello stesso legislativo, perché solo quest'ultimo rappresenta e incarna il popolo sovrano.

Lo dimostra tra l'altro il procedimento previsto dall'articolo 129, relativo ad una possibile opposizione all'entrata in vigore di una determinata legge, attivabile da parte del Governo, o anche da parte del Supremo Tribunale di Giustizia, ma che in sostanza conduce a un mero ripensamento del legislativo, ben distante dall'esercizio di un effettivo potere di veto, dal prodursi di un'autentica dinamica di bilanciamento. In sostanza, un procedimento nel corso del quale il legislativo non perde mai una quota di sovranità sulla legge.

Si potrebbe aggiungere anche altro sulla predominanza del legislativo nei confronti degli altri due poteri. Ma preme tornare ora al filo conduttore più generale, che rimane quello della Repubblica, del costituzionalismo repubblicano. Ne abbiamo individuato due specie. La prima è quella di Machiavelli, di Harrington e di Madison. È la Repubblica fondata sul primato della Costituzione che realizza l'ideale antidispotico dei poteri limitati e bilanciati. Non è la Repubblica dei costituenti messicani che guardavano altrove, alle Repubbliche degli Stati americani d'impronta più radicale, alla stessa Rivoluzione francese in quanto anch'essa fondante una Repubblica, nel 1792. Il segno di questa scelta l'abbiamo già reperito nel testo. È dato dall'opzione in senso monistico, a favore del legislativo. In questa linea, la Repubblica diviene il regime del legislatore virtuoso, corretto interprete dei bisogni della collettività e dei singoli cittadini. È un'altra Repubblica, un altro costituzionalismo. È finalmente la Repubblica, e il costituzionalismo, che anima la guerra messicana per l'indipendenza, e con essa il nostro testo del 1814. Di questo dobbiamo ora occuparci.

3. *La Repubblica nel modello radicale rivoluzionario.*

I principi fondamentali della Repubblica in senso radicale si trovano in un luogo teorico ben noto, ovvero nei primi due libri del *Contratto sociale* di Rousseau. Richiamo brevemente i due argomenti che secondo Rousseau fondano la superiorità della Repubblica come regime politico. Argomenti che erano certamente ben noti anche ai costituenti messicani. Il primo è l'argomento contrattualistico. Da questo punto di vista fondare una repubblica significa fondare un regime politico basato su una convenzione, su un patto liberamente stipulato tra individui che si candidano a costituire insieme la forma politica, a divenire cittadini. È questo un primo preziosissimo elemento di differenza con la monarchia, che può non essere dispotica, che può addirittura essere parte di una costituzione di segno antidispotico, come nel caso del modello costituzionale inglese prospettato da Montesquieu, o più ancora nel caso — che i costituenti messicani avevano sotto mano — della Costituzione di Cadice, ma che comunque, per sua natura, non può fondarsi sulla libera convenzione immaginata da Rousseau alle origini della Repubblica. La monarchia, infatti, porta con sé il peso della

storia, che a sua volta richiama la presenza fattuale di una molteplicità di ordinamenti e di poteri, come nel caso dell'Europa di antico regime. Insomma, la monarchia non è idonea a raffigurare la forma politica che si vuole conseguire in quelle situazioni storiche in cui è necessario operare un taglio netto, attraverso l'esercizio del potere costituente, con un obiettivo radicalmente nuovo, che non può non essere la Repubblica.

Torniamo a Rousseau. Il secondo argomento è fortemente collegato al primo. È l'argomento della volontà generale. Sotto questo profilo, la Repubblica è quel regime politico che si fonda sul superamento del dominio delle volontà particolari, grazie alla presenza, alle sue origini, della maestosa figura del *Legislatore*, che Rousseau vede come « un uomo straordinario », collocato fuori dall'ordinamento dei poteri costituiti, in modo tale da rappresentare il fattore originario della Repubblica, che consiste proprio nel dominio della volontà generale. In sintesi, ciò che conta in questa specie di Repubblica sta nella sua origine, che è di tipo convenzionale, e nella figura dominante, che è quella del Legislatore, sicuro e virtuoso interprete della volontà generale.

Nel testo del 1814 vi sono numerosi riferimenti in questa direzione, che fanno pensare ad una Repubblica d'ispirazione radicale e rousseauviana. Chiarissimo in questo senso l'articolo quarto, che contrappone al dominio degli « interessi particolari » un governo fondato sui « cittadini uniti volontariamente in società », a favore dei quali viene rivendicato il potere di « istituire » quel governo, ma anche di « modificarlo, o di abolirlo totalmente ». Dovessimo indicare un testo vicino, quasi gemello, penseremmo in primo luogo all'articolo quinto della Dichiarazione dei diritti degli abitanti dello Stato della Pennsylvania, del 28 settembre del 1776. I due testi sono quasi identici, e la circostanza non può non essere considerata significativa, dal momento che la Dichiarazione della Pennsylvania è nel panorama delle Costituzioni degli Stati americani il testo radicale per eccellenza. Ad esso si può aggiungere il celebre articolo 28 della Dichiarazione giacobina del 1793, ma anche le righe della Dichiarazione d'Indipendenza stilate da Jefferson, dove si ritrova la medesima scansione nella articolazione del potere del popolo sovrano: il potere d'istituire il governo, e poi il potere di modificarlo, ed anche di abolirlo totalmente.

Ma 'radicale' significa anche muovere dal concetto di temporaneità nell'esercizio delle funzioni pubbliche, con il connesso potere del popolo di dimettere coloro che le occupano, riportandoli alla « vita privata ». È l'articolo 26 del testo del 1814, che esprime lo stesso principio reperibile nella sezione quinta della Dichiarazione dei diritti della Virginia o nella sesta della Dichiarazione della Pennsylvania, o nell'articolo 30 della Dichiarazione francese del 1793.

Infine, il tipo di Repubblica di cui parliamo porta con sé il germe della « società giusta », ovvero la pretesa di definire le condizioni per l'affermazione di una società liberata dai suoi mali più profondi, da una condizione di miseria che affligge molti dei suoi cittadini. È la strada che più tardi, nel corso del Novecento, condurrà verso l'introduzione dei diritti sociali, proprio con la Costituzione messicana del 1917, e poi con le Costituzioni democratiche in Europa, a partire da quella di Weimar del 1919. Qui, nel 1814, siamo all'inizio del percorso. Ma è significativo in proposito l'articolo 39, sulla istruzione come bene necessario per ciascun cittadino, che come tale deve essere « favorita dalla società con tutto il suo potere ». Di nuovo, anche in questo caso il tono letterale e il contenuto dell'articolo è straordinariamente vicino ad un articolo della Dichiarazione francese del 1793, il 22, basato sul principio che « l'istruzione è il bisogno di tutti », seguito dai doveri della società, espressi esattamente con le stesse parole del testo messicano del 1814.

Dunque, origine convenzionale dell'associazione politica, dominio della volontà generale, assunzione di compiti di giustizia in materia sociale: sono questi gli ideali repubblicani del 1814, ripresi da una corrente ben precisa del costituzionalismo dell'età delle rivoluzioni, che è quella radicale e democratica. Questo carattere del testo del 1814 rende peculiare la sua vicenda, e produce tra l'altro una netta differenziazione rispetto alla vicenda parallela della Carta di Cadice, del 1812. La differenza non è tanto in sé, tra monarchia e repubblica, poiché i costituenti di Cadice conservarono sì la monarchia, ma all'interno di una forma di governo decisamente orientata in senso monistico, con un protagonismo assoluto del legislativo, ad imitazione del governo di assemblea scelto dai costituenti francesi del 1791; insomma, qualcosa di non troppo lontano, a sua volta, dalla scelta in senso monistico dei costituenti messicani del 1814. Né si vuole qui negare l'influenza in genere della Carta di Cadice sull'esperienza messicana. Tra l'altro la stessa adozione in Messico di modelli di carattere contrattualistico, basati sulla conoscenza delle Dichiarazioni dei diritti della rivoluzione francese, era spesso mediata proprio dall'esperienza della costituente di Cadice che i messicani avevano a portata di mano.

Il punto è un altro. E la differenza tra le due Carte, del 1812 e del 1814, è un'altra. Risiede, ancora una volta, nella concezione generale della costituzione. In Cadice c'è sì la rivendicazione della sovranità a favore della nazione, secondo modelli di stampo contrattualistico vicini a quelli propri della rivoluzione francese, ma senza dimenticare mai l'argomento storicistico della *ancient constitution* di Spagna, che il nuovo potere costituente avrebbe potuto rivalorizzare, eliminando le componenti negative, di carattere dispotico. Insomma, a Cadice si era esercitato il potere costituente, ma non nel senso proprio delle Costituzioni radicali delle rivoluzioni, francese e americana, che avevano puntato dritto l'esercizio di quel potere contro la storia, al fine di

demolire i fondamenti della società di antico regime, nell'intento di fissare i principi su cui fondare una società completamente nuova.

Qui, in questa concezione radicale del potere costituente, sta la differenza tra Cadice e l'esperienza messicana. Ovviamente, i costituenti messicani si sentivano per molti versi vicini alla Carta di Cadice, che utilizzarono ampiamente, ad esempio per ciò che riguarda il sistema elettorale. Ma il loro cuore stava altrove. Essi erano repubblicani, in un senso e con un significato che andava ben oltre Cadice. Per loro, la costituzione era esclusivamente data dalla libera volontà dei cittadini, dalla convenzione di cui parlava Rousseau nel *Contratto sociale*, serviva a far trionfare la volontà generale sugli interessi particolari, e nello stesso tempo a progettare un futuro rifondato su principi di giustizia e di uguaglianza. Vedevano in Cadice un decisivo passo in avanti in senso antidispotico, ma si collocavano ancora oltre, perché collegavano in modo più netto la costituzione all'affermazione di una società nuova. Erano insomma, in una parola, repubblicani.

4. *La Repubblica negli Stati costituzionali odierni.*

Il Decreto del 1814 contiene anche, nella sua prima parte, il riferimento ad alcuni diritti, che noi oggi chiameremmo «fondamentali». Non si tratta ora di elencarli in modo analitico. Basterà indicare in questo senso l'evidente pluralità di matrici. Già abbiamo ricordato la matrice radicale, con l'istruzione come embrione di un vero e proprio diritto sociale, o con l'esercizio dei diritti politici di partecipazione, fondato sul principio di temporaneità delle cariche pubbliche e sul conseguente potere del popolo sovrano di ricondurre a «vita privata» i funzionari pubblici. Ma è presente anche la ben diversa matrice britannica fondata sul trionfo *safety, liberty and property* (art. 24), storicamente legata al primato della libertà civile, all'*Habeas Corpus*, al principio di autonomia delle sfere individuali, al principio del giusto processo (art. 31), all'inviolabilità del domicilio (art. 32). Ed infine è presente la matrice della garanzia legislativa della libertà personale che indubbiamente domina la Dichiarazione francese dei diritti dell'89, agli articoli 7 e seguenti, con la riserva di legge in materia di determinazione dei casi di rilevanza penale che possono implicare il sacrificio della libertà personale (art. 21), e con la presunzione di non colpevolezza (art. 30).

Ora, il problema che si pone è il seguente: come garantire questi diritti? Cosa pensavano in proposito gli uomini del 1814? Alcuni interpreti hanno voluto in proposito valorizzare la proposizione che conclude l'articolo 237, secondo cui «ciascun cittadino ha il diritto di reclamare contro le violazioni» della Costituzione, e dunque anche e proprio dei diritti che quella Costituzione definisce e contiene. Ovviamente, reclamare di fronte al giudice, concludendo così nel senso della

sussistenza, già nel 1814, di una vera e propria garanzia giurisdizionale dei diritti fondamentali costituzionalmente previsti. Noi pensiamo però che il 1814 sia solo l'inizio di una vicenda che dovrà maturare per tappe successive, di ulteriore e ben altra rilevanza. Si confronti in proposito la proposizione citata, contenuta nell'articolo 237, in verità del tutto scarna e generica, con il testo dell'articolo 101 della successiva Costituzione del 1857, di ben altra pregnanza sul piano costituzionale, che così recita: « I tribunali della federazione risolveranno tutte le controversie derivanti dalle leggi o dagli atti di qualsiasi autorità che violino le garanzie individuali ». Com'è noto, questo medesimo articolo diverrà inalterato l'articolo 103 della Costituzione vigente del 1917.

Non si tratta però solo di una maturazione in corso. È che il modello costituzionale del 1814 è orientato in altra direzione, diversa da quella che in prospettiva condurrà alla garanzia giurisdizionale dei diritti. Dal 1814 al 1857, e poi al 1917, c'è lo svolgimento di una vicenda, che è infatti nel segno della maturazione, ma anche del *mutamento di paradigma*, a partire dalla questione dei diritti fondamentali. Nel 1814 quei diritti sono, infatti, intesi essenzialmente come principi, essenziali per la definizione della convenzione che sta alla base della Repubblica, in questo senso collocati in posizione di assoluta centralità, ma in quel contesto non considerati come vere e proprie norme giuridiche, come tali azionabili di fronte ad un giudice. Nel 1814 i diritti sono sì previsti dalla Costituzione, ma vengono poi a vera e propria esistenza giuridica solo attraverso la legge. La garanzia di tali diritti in quel sistema è perciò essenzialmente data dalla previsione legislativa, ovvero si produce attraverso la riserva di legge disposta in Costituzione.

È questa la soluzione c.d. « legicentrica », che caratterizzava l'universo culturale della rivoluzione francese cui anche sotto questo profilo erano legati gli uomini del 1814. Sarà per tappe successive, ad iniziare dalla Costituzione del 1857, che quei medesimi diritti previsti in Costituzione assumeranno le vesti di vere e proprie norme giuridiche, come tali direttamente azionabili di fronte al giudice, con eventuale disapplicazione della norma di legge discordante. Sarà solo attraverso queste successive tappe che si determineranno le condizioni per una progressiva demitizzazione di quel Legislatore che sulla scia di Rousseau era stato posto — anche nel Decreto del 1814 — alle origini ed al centro della esperienza costituzionale, con una forza tale da renderlo protagonista anche nella vicenda dei diritti fondamentali, portatore di una volontà sostanzialmente insindacabile.

Questo processo, che nella direzione indicata si distende dal 1814 al 1857, e proseguirà in seguito fino alla Costituzione vigente del 1917 e alle sue successive integrazioni, riguarderà in modo analogo anche gli Stati nazionali in Europa, con le Costituzioni democratiche del Novecento e con l'avvento dello Stato costituzionale che si affermerà a

partire dalla metà del secolo scorso. Anche in Europa il significato della trasformazione degli stessi diritti fondamentali è il medesimo: da principi qualificanti il patto costitutivo, di rilevanza centrale, ma sostanzialmente affidati alle virtù della legge, e dunque alla dominante figura del legislatore, a vere e proprie norme giuridiche, dal contenuto dispositivo direttamente operante nell'esercizio della giurisdizione, anche con un eventuale effetto sanzionatorio nei confronti della legge ritenuta in contrasto con la Costituzione.

Con le Costituzioni democratiche del Novecento, da quella messicana del 1917 e quella tedesca del 1919, per proseguire con le Costituzioni degli Stati europei del secondo dopoguerra, tra cui anche quella italiana del 1948, si apre in questo senso una nuova epoca costituzionale. Per garantire i diritti fondamentali, anche direttamente nell'esercizio della giurisdizione, era necessaria una « Repubblica » di tipo nuovo. Tutte queste Costituzioni fonderanno altrettante Repubbliche, e di nuovo emergerà perciò il nostro tema di fondo: la « Repubblica ». E più precisamente la domanda sarà: quale « Repubblica » per il Novecento democratico e sociale, per la garanzia dei diritti fondamentali? Quali contenuti esprime oggi questo concetto con riferimento agli Stati costituzionali del nostro tempo? Che cosa è rimasto oggi, nelle Repubbliche odierne, delle diverse versioni del costituzionalismo repubblicano, che anche in questo contributo sono state richiamate?

Come si ricorderà, abbiamo esordito individuando due tipi di « Repubblica »: quella antidispotica basata sul modello classico del bilanciamento dei poteri, realizzato poi primariamente con la Costituzione federale statunitense, e quella radicale, basata sul primato e sulle virtù del Legislatore, espressione del popolo sovrano. Ebbene, le Repubbliche del Novecento, compresa quella messicana, riprendono elementi contenuti nei due modelli indicati, ma rielaborandoli e combinandoli in modo originale, in modo tale da produrre un esito nuovo e inedito che caratterizza nel profondo l'esperienza costituzionale del Novecento. È questa la *Repubblica democratica del Novecento*, che passeremo ora ad illustrare, partendo proprio dalla questione dei diritti fondamentali.

Prendiamo per un attimo un caso singolo, ma altamente rappresentativo delle tendenze in atto. Si tratta della Costituzione italiana con il suo ultimo articolo, il 139, che così recita: « La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale ». Con ciò i costituenti italiani non intendevano solo proibire il ritorno alla monarchia, che era appena caduta insieme al regime fascista. Intendevano dire molto di più. Essi individuavano nella « forma repubblicana » il nucleo essenziale della Costituzione democratica, composto da una serie di principi fondamentali — primo tra tutti il principio di uguaglianza — caratterizzanti nel profondo la scelta costituente, ed in questo senso sottratti al procedimento di revisione, perché eliminarli o alterarli

significherebbe stravolgere l'identità stessa della Repubblica, uscire dai suoi confini, e non semplicemente riformare la sua Costituzione.

Si perviene così al primo carattere della nostra Repubblica democratica del Novecento. Consiste nella consapevolezza dell'esistenza di principi fondamentali dotati della *clausola della inviolabilità*, ovvero che possono essere violati solo con un'eversione di fatto dell'ordinamento costituzionale esistente. Entro questo tipo di Repubblica c'è dunque uno strato profondo e duro che è sottratto alla vita ordinaria della democrazia, compresa l'eventualità della riforma costituzionale. Lì risiede molta della materia che funziona da parametro nel giudizio di costituzionalità. Ma soprattutto lì risiede la radice prima dei *limiti della politica*, non a caso affermati con forza in Europa, dopo i trascorsi recenti delle politiche totalitarie e di sterminio. La Repubblica di cui parliamo ha dunque in sé questa idea dominante dei limiti della politica, che la differenzia da ogni altro tipo precedente di Repubblica. E prima di tutto da quella di stampo radicale, basata sì sui principi fondamentali caratterizzanti il patto fondativo, ma strutturata poi di fatto sul primato incontestabile del Legislatore. Ciò vale in primo luogo proprio per la materia dei diritti fondamentali, che per questa via recupera una dimensione d'indisponibilità che sottrae i diritti così concepiti alle alternanze della politica e delle maggioranze, in definitiva alla forza stessa del Legislatore.

C'è poi un secondo carattere della « Repubblica » del Novecento, che consiste nella sua vocazione in senso sociale, come appare evidente già dalla Costituzione messicana del 1917. C'è qui l'indicazione per la realizzazione di una « grande politica », ovvero per una politica di attuazione dei principi costituzionali, ad iniziare dal principio di uguaglianza. E c'è qui chiara l'influenza del modello radicale presente anche — come abbiamo visto — nel testo messicano del 1814, nel senso che la Costituzione è in questa linea concepita come il luogo in cui si disegna la « società giusta », quella società caratterizzata dal principio di pari dignità sociale che si realizzerà proprio attraverso l'attuazione della Costituzione medesima. Rispetto alla tradizione repubblicana che abbiamo esplorato abbiamo così per un verso la novità dei diritti fondamentali della persona che s'impongono allo stesso Legislatore, sulla via del controllo di costituzionalità e della loro garanzia sul piano giurisdizionale piuttosto che legislativo, ma abbiamo anche per altro verso un solido filo di continuità che scorre dall'età delle rivoluzioni al Novecento, lungo il quale ritroviamo puntualmente l'immagine del Legislatore repubblicano come soggetto protagonista nei processi di trasformazione sociale, in nome dei principi di giustizia proclamati nella Costituzione medesima.

C'è infine un terzo carattere della nostra « Repubblica » del Novecento, che viene chiaramente recuperato dal primo tipo storico di « Repubblica » che abbiamo incontrato nella nostra indagine. Ci rife-

riamo al modello, ricco di riferimenti all'età classica, che perverrà fino al disegno della Costituzione federale statunitense e che è legato alla poderosa idea, davvero centrale nella storia del costituzionalismo, dell'equilibrio dei poteri, e prima ancora del *primato della Costituzione* che quei poteri genera assegnando a ciascuno di essi un ruolo preciso, disegnando per ciascuno di essi un esercizio secondo determinate forme e limiti. Questa idea è stata lungamente contrastata in seno alla dottrina europeo-continentale, restia a ridurre il Legislatore a mero *potere derivato*, esistente non già per forza propria, ma solo ed esclusivamente sulla base e nei limiti della previsione costituzionale. Oggi, sembra che si sia raggiunto un punto ideale di mediazione, che esclude che la legislazione possa essere intesa come una mera competenza assegnata, ma che nello stesso tempo riconduce la legislazione medesima alla dimensione dei poteri costituiti, alla pari in primo luogo della giurisdizione. È su questa pari ordinazione di legislazione e giurisdizione in seno alla Costituzione che è fondato il controllo di costituzionalità come elemento essenziale delle repubbliche e delle democrazie del nostro tempo.

Si ottiene così una visione complessiva di ciò che oggi è « Repubblica », nel nostro tempo storico. C'è la Repubblica della inviolabilità dei diritti fondamentali della persona, la Repubblica dei diritti sociali che propugna la società giusta, ed infine la Repubblica dei poteri costituiti e limitati, che impedisce il formarsi di una *suprema potestas*. Ma, a ben guardare, c'è forse un unico ideale repubblicano entro cui s'intrecciano da sempre due sentimenti: quello antidispotico che mette al primo posto i diritti delle persone, assegnando alla politica un ruolo strumentale e secondario, e quello sociale e solidaristico che recupera alla politica medesima un ruolo decisivo e protagonista per la realizzazione dei principi di uguaglianza e di pari dignità sociale. Nell'ideale repubblicano il timore per i possibili arbitrii della politica s'intreccia continuamente con il bisogno di pensare la politica in grande, in funzione di ambiziose missioni di ordine collettivo. In questo intreccio c'è il filo conduttore della vicenda del nostro repubblicanesimo, quel filo che abbiamo visto dipanarsi lungo il tragitto percorso, fino ai giorni nostri, a partire da qui, dal 22 ottobre del 1814.

MASSIMO LA TORRE

TERRA MEDIA (*)

(On Martti Koskenniemi's Narrative of International Law)

I. With a flush of pride, the history of ideas is sometimes presented as a *theory* of ideas. This is more often than not the historicist way making its entry: it is philosophy moulded into a *history* of philosophy and even into a historiography. There is one name that should immediately spring to mind here, at least to someone with an Italian background, and that is Benedetto Croce. He is responsible for imparting what might be called a « communitarian » or « social » cast to the Copernican revolution that in philosophy can be said to have been anticipated by Descartes before Kant made it into a programmatic statement. What Descartes did was to conceive philosophy as a thinking subject's autobiography. This autobiography was then refashioned by Hegel, and then Croce, into the self-consciousness of a collective subject understood as the prime mover of being itself: it is the Spirit (with a capital S), objectified in a certain people or a certain narrative at a certain time. The phenomenology of the Spirit — which is also its history — ultimately even gives us philosophy and absolute knowledge.

In a frame of this kind, even logic will tend to make itself into history, and the history of ideas is the granddaddy and prime mover of philosophical disciplines. But it only takes an upending of the dialectical movement underpinning this vantage point to turn the history of ideas into a mere ideological exercise, and we can observe here the smugness with which a certain social formation looks in the mirror accoutered in robes that disguise its true nature. Ideas find their use here as plain pancake makeup or stage props, or at best as spices worked into rotten victuals to make them digestible, « a vocabulary of the social that makes some things visible while rendering others invis-

(*) Paper given at the Conference “*Il mite civilizzatore delle nazioni.*” *Investigating International Law's Past: Philosophical, Methodological and Theoretical Issues*, Bologna and Ravenna, 26-27 March 2013.

ble ». The history of ideas, when viewed through this lens, may be labeled as false consciousness, or *ideology*.

Now, it is between these two extremes that I believe Professor Koskenniemi stands. As we know, the history of ideas is something he has devoted much attention to over the long and productive course of his journey as a scholar and a lawyer, and to it he has given pride of place in his methodological approach, in the theory of international law, particularly. But in spite of that fact, I do not believe he can be marked down as a historicist. His « critical » or « postmodern » sensibility is too strong for him to move anywhere dangerously too close to Hegel; and, on the other hand, unlike Croce and those of his followers who have come of age nurturing only the cult of Teutonic *Kultur*, Koskenniemi has also looked to the more lithesome and personable Anglo-American *Zivilisation*. It is heartening to see that it is always somewhat difficult to find a genuine historicist having trained in the Anglo-American tradition and cultural milieu.

To be sure, Gibbon, Carlyle, and Lord Acton all have a teleological view of history: all are driven by the myth of the march of progress. But progress is something they all understand to a greater or lesser extent as a possibility of individual reason, as something that, all told, is anchored in each individual's capacity for understanding and development, a capacity that, as Norberto Bobbio would say, humans enjoy *uti singuli*. Historicism complacently deals in factuality, which it always sees as imbued with Spirit. The progressivism of the English is something else: factuality is viewed by them as marking the limit we must strive to overcome, and it does not necessarily carry normative force. And in this respect the English progressivists are no too far from the great French historians. Sismondi, Guizot, and Michelet would hardly accept, much less take a complacent attitude to, the view that « history is always a justifier and never a dispenser of justice », a dictum that, as we know, was famously formulated by Benedetto Croce.

It is not to *this* view, however, the one set out by Croce, that Professor Koskenniemi's conception can be likened to. To be sure, he does importantly rely on the notion of hegemony, behind which one can clearly see Gramsci, a pupil of Croce who was not entirely unorthodox. So how best to understand Koskenniemi? Could it be that he no longer recognizes the history of ideas as playing a significant role in conceptual analysis and has turned to the aseptic logicism of the more orthodox strand of analytical philosophy? Or does he resolve history into the causal chain of empirical events and into human conduct stripped of intentionality and individuality? Far from it.

Koskenniemi is a good disciple of Wittgenstein but does not follow Wittgenstein in the impassioned furor of his youthful analytical exploits. Like Max Weber, Koskenniemi does not take concepts to be all-weather vehicles to any destination. Nor does he reduce concepts merely to an atomic proposition's presentation technique, in the man-

ner of Alf Ross's *Tû-tû*. In a certain sense, and contrary to what Ross thought, it is in the encounter with concepts themselves, truly primitive propositions, that any further attempt at analysis and reduction breaks down. And this is probably all the more so when the ideas and concepts at hand are *political* and *legal*.

II. There are two schools today that aspire to methodological hegemony when it comes to the history of ideas. The first of these is the Cambridge school, with the influential work of the historian Quentin Skinner. As is known, Skinner relies on the later Wittgenstein's complex philosophy of language to investigate political theory and the key concepts deposited in the history of that theory. Drawing on Wittgenstein, as well as on speech-act theory and its more recent applications, Skinner traces the meaning of propositions and utterances to their use. Now, use is context-dependent, which is to say that it must be analyzed as part of a social setting, while also taking into account the political forces that shape that context within a given time frame. The use theory cannot neglect history, and to appreciate as much, one need only consider that use is not *in itself* relevant for Wittgenstein: it becomes so only if it makes sense within a language game. Use is not an exercise in naming or decision-making. Wittgenstein, as everyone will recall, strenuously denies the very possibility and intelligibility of private language (which is to say, of private *use*). However, in Skinner's methodological writing we find more than one passage in which the relevant use on which basis to impart meaning to concepts is thematized in some rather individualistic terms: « there simply are no perennial problems in philosophy. There are only individual answers to individual questions, and potentially as many different questions as there are questioners » (1). Compare that with the statement immediately preceding, which can be said to summarize Skinner's embracing of Wittgenstein's theory: « Any statement is inescapably the embodiment of a particular intention on a particular occasion, addressed to the solution of a particular problem, and is thus specific to its context in a way that it can only be naive to try to transcend » (2).

History seeps into the apparent neutrality and timelessness of Wittgenstein's edifice by way of our framing the language game as part of a broader and denser collective formation, the *Lebensform*, or form of life. It is no accident that this term should come from an apparently unlikely source for Wittgenstein to have turned to, namely, the *kulturr-kritisch* reflections Thomas Mann offers in his *Betrachtungen eines Unpolitischen*. At this point Brentano's phenomenology, the neopositi-

(1) Q. SKINNER, *Visions of Politics*, Vol. 1, *Regarding Method*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 88.

(2) *Ibidem*.

vist methodology, and the philosophy of culture all come together in a particularly sensitive area.

Skinner is therefore wise to bend Wittgenstein's use theory to his own needs as a historian of political thought. And one need only open one of his books to see that the outcome is very much worthwhile. Even so, there is a case to be made that Skinner loads down the methodological apparatus underpinning his research. And this apparatus, certainly not among the wieldiest, induces him to overlay the sense in which the themes and strands of thought he deals with are context- and period-specific, so much so as to make it impossible to bring into comparison theories and authors situated in different or non-contiguous historical contexts. There is a principled statement that Skinner makes in this regard, somewhat involved but worth quoting in its entirety: « there are good reasons », he says,

for not continuing to organize our histories around the study of such continuities, so that we end up with yet more studies of the kind in which, say, the views of Plato, Augustine, Hobbes and Marx on 'the nature of the just state' are laid out and compared.

One reason for my scepticism about such histories [...] is not merely that each thinker — to take the example I have just given — appears to answer the question about justice in his own way. It is also that the terms employed in phrasing the question — in this case the terms 'state,' 'justice' and 'nature' — feature in their different theories, if at all, only in such divergent ways that it seems an obvious confusion to suppose that any stable concepts are being picked out ⁽³⁾.

This leads to the paradoxical outcome whereby Skinner fails to see the continuity of phenomena of broader scope, despite the fact that he is working on a level of abstraction appreciably removed from the specificities of historical context. An example is to be found in his insistence on reading republicanism as a specific current of thought stretching almost into the dawn of modernity, for as much as this reading may bring to light some features that had hitherto been overlooked in political theory and historical reconstruction, it too abruptly severs the relation that republicanism bears, on the one hand, to a more ancient past, and on the other to subsequent developments much closer to our own time. It really takes a strained effort to isolate republicanism from the democratic theory that accompanies political history in the West starting from its *source grecque*. In this sense, then, linguistic contextualism is not helpful to Skinner's investigation, for it sometimes nudges him into the rugged territory of idiosyncrasy.

The other historian of ideas is Robert C. Pocock. He too embraces a sort of pragmatic contextualism, and even though his theory is

⁽³⁾ *Ibidem*, pp. 85-86.

methodologically nimbler, it lands him in roughly the same place. The thesis of a « Machiavellian moment » may be quite evocative, but it is entirely inaccurate when viewed through a context-sensitive eye, and like Skinner's discovery of « republicanism », it abstracts to a fault in charting a third way between liberalism and democracy. The purported contextualism advocated by Pocock and Skinner thus reveals itself to be rather like a political philosophy and history built on ideas that are far from being inductive: these ideas are in fact ideal types, which Pocock projects onto historical reality, and in a sense even *forces* on this reality. So there is reason to doubt the actual contextuality of the ideas distilled from history on the method advocated by undeniably praiseworthy scholars like Skinner and Pocock.

For an alternative, and second school, we have the approach proposed by Reinhart Koselleck, an approach which in more than one respect can be analogized to that of Skinner and Pocock, but whose tenor and depth place it in an entirely different arena. For on the one hand the German scholar shares with Skinner and Pocock an aversion to fluidly linear and overarching narratives in tracing out a history of ideas, but on the other hand what prompts this rejection in Koselleck is not Wittgenstein's gentle theory of meaning (a theory revisited by Skinner in light of J. L. Austin's and H. P. Grice's speech-act theories). What Koselleck takes as his frame of reference is instead Martin Heidegger's turbulent theory, and his *livre de chevet* is not Wittgenstein's *Philosophische Betrachtungen*, but Heidegger's *Sein und Zeit*.

III. Koselleck's approach is grounded in a proper philosophy of being and of history. For him, as for Heidegger, temporality constitutes being. But not all that is time makes itself into temporality, since temporality ultimately means history. History, in turn, springs out of the imbalance of tension, or, in Koselleck's own words, it unfolds in the cleavage between « the horizon of experience » and the « space of expectation » (4). This inhomogeneous, broken time is expressed and manifests itself in the fundamental concepts inherent in history.

In this way we have the distinction between *Geschichte* and *Historie*: on the one hand is mere pastness, the sequence of past events strung together by causal linking, and its narrative reconstruction; on the other is a transcendental « deduction » of the conditions of possibility inherent in that narrative, that is, of immanent « categories » of *Geschichte*. At the core of historical knowledge, then, we will find not *Geschichte* but *Historie*, for there is little sense to the former; in fact, *Geschichte* would not rank as history, in any proper sense of the term, unless through it we could observe how being itself changes, but the

(4) See R. KOSELLECK, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2000⁴, p. 349 ff.

basic concepts through which that happens can only come from *Historie*. From here flows a series of important corollaries. To begin with, there are no constants in the history of ideas. And this means that any talk of perennial problems in the history of political ideas or in political philosophy at large would simply be impossible. Even so, there seem to be contained in *Historie* some concepts or categories which defy our ability to determine them, and which lie beyond the fleetingness of historico-empirical events. Narratives (*Geschichte*) will have to reflect those « structures » the scholar has read in *Historie*.

The history of concepts is not an understudy for political and social history; it is rather *the same thing* as political and social history, in that the historico-social phenomenon wouldn't even *be* if it weren't for the concept itself — if it couldn't anneal, so to speak, around that concept. And yet, and indeed precisely for that reason, concepts need to be separated from their original content, and their temporal modulation and succession needs to be recorded and fixed according to a paradigm aspiring to philological strictness. Unlike what is the case with Skinner and Pocock, here the synchronic stance gives way to the diachronic one and to the search for a mutual generation of meanings and for their genealogy, over against the fixed gaze focused on contents enclosed within specific temporal brackets.

Then, too, in keeping with a Weberian frame of thought, Koselleck understands the meaning expressed by concepts as essentially directed at *us*: this meaning is the product of a theoretical anticipation (*Vorgriff*) without which the sources would be muted or at best ambiguous, and in any event unfit to signal the relevance and suitability of the questions asked by the historian. In this sense too, then, ideas, or concepts, must be distinguished from their context.

Koselleck's theory, as we can see, is quite ambitious and complex, and for this very reason it reveals its own flaws and soft spots: an edifice so impressive cannot be entirely faultless. And there is one aspect in particular which in my view is especially troublesome, and which winds up making this grand theoretical construction rather extraneous to the philosophical tradition that Martti Koskenniemi instead can in some way be said to interpret. I am referring here to « transcendental » history, that is, to *Historie*, to its categories, and to the specification of these categories ⁽⁵⁾.

It is here, against this Heideggerian and pseudo-Kantian backdrop, that there significantly comes into focus a less ethereal and elusive substance — fully traceable to Carl Schmitt. It is Schmitt that ultimately acts as Koselleck's lodestar.

The transcendental categories of historical happening are all modeled by Koselleck on the antitheses with which Schmitt's legal and

⁽⁵⁾ See *ibidem*, p. 107 ff.

political thought bristles ⁽⁶⁾. We are looking here in particular at five antitheses. The first is that between having to die and being able to kill. The second is the one sadly made famous by Schmitt between friend and enemy. The third is that between inside and outside (a specification of which is the private/public antithesis). The fourth is that between father and children (which seems to point to the notion of birth and of the emergence of the new, a notion which plays a central role in Hannah Arendt, but which here takes on anything but a liberal flavor). And finally the fifth antithesis is that between above and below, master and slave, and strong and weak (running through which is a Nietzschean streak that is not so difficult to make out).

This is where the cards are laid on the table, and behind the methodology and ontology of being is revealed a specific anthropology and a particular conception of human relations imbued with pessimism, Gnosticism, and authoritarianism. We even get a sense for the nihilism proper to « beings », whose defining traits include « the ability to kill ».

IV. I mention this outlook and these conceptions because in no small measure they can be seen to inform or offer a background to Koskenniemi's historical work and method. It is true that there is no residual Gnosticism in his thought; not infrequently, however, one can sense a note of anthropological pessimism in it. Here, too, we seem to have a cultural horizon featuring clashes of the Titans, decadences of the West, and dragon's teeth. There would be no trace of authoritarianism, were it not that he tends to interpret politics as sovereign and indeterminate decision-making in the manner of Carl Schmitt. And so the grand construction of the *Geschichtliche Grundbegriffe* is probably closer to him than the confined but diligent (and Wittgensteinian) pragmatic approach of someone like Skinner.

Koskenniemi keeps quite a distance in his writings from rationalistic approaches of the sort that, for example, would fashion the history of ideas into something like a symposium synchronically packaging the perennial problems of philosophy. Rationality as conceived by Koskenniemi is clearly situated within a context, making reason an essentially historical phenomenon, just as it is for Skinner and Koselleck. For Koskenniemi, one who hazards to speak of the universality of reason may well have an imperial agenda in mind. The universalism of reason is thus construed as imperialism, and the universality of reason as a limitless will to power.

In essence, Koskenniemi looks to the formula of the *razón histórica* that we find, for example, in the theoretical system laid out by Ortega y Gasset, who would not make for a bad philosophical source

⁽⁶⁾ See R. KOSELLECK, *Zeitschichten. Studien zur Historik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2003, p. 97 ff.

in Koskenniemi's investigations. Ideas and concepts acquire their meaning within a specific temporal horizon. Even so, there can be discerned in concepts an acontextual thrust that is what makes concepts indeterminate. Concepts carry with them a claim to justice, or reasonableness, but this claim is destined never to be satisfied. « Law », Koskenniemi reminds us, « is not a myth. We honour it for instrumental reasons, to attain reasonable purposes ». Here is the utopia that sets itself against apology and that resorts to a notion of reasonableness and a theory of justice — but since no such theory, in Koskenniemi's view, can possibly find an objective foundation, it falls right back into apology. « Human rights are like love, both necessary and impossible » (7). The reasonableness or justice we invoke all too often reveals itself to be no more than a noble facade masquerading the most prosaic and spurious strategic interests, when not the inconfessable reason of state.

We are moving here along the watershed that separates the « sociological argument » from the « ethical argument ». « The sociological argument », says Koskenniemi, « makes law indistinguishable from the preferences of the persons whom fate and power have put in decision-making positions » (8). And the « moral argument » works to moralize and rationalize those preferences by anchoring them to substantive moral principles. What we see here, plowing its way back, is the dialectic between apology and utopia, or the extra-legal relation between facticity and normativity. And the law is squeezed in between, as if it had to be kept in check, and this is especially true of international law, over which facticity casts a deep and powerful shadow. This takes away the specificity of law, which must choose between power and morality, between politics or morality, between reason of state and pure empathy (or again between Aristotelian *phronesis* and Weberian prudence). *Omnia munda mundis* (to the pure, all things are pure): this is the only normative alternative offered in response to the unleashing of political passions and to imperial manoeuvring. Koskenniemi's *Gentle Civilizer of Nations* limns out this dilemma with utmost clarity. But the Schmittian backdrop against which this depiction comes into focus appears not to offer any easy way out. The landscape is the same one within which he reconstructs the concepts (and corresponding practice) of international law.

Although Koskenniemi forcefully reclaims the historical dimension, he understands this dimension as open to the transcendence of ideal content (or, as we might also say, of « intensional » content), but then he immediately reseals this opening, and in this way he unfortu-

(7) M. KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law*, Oxford, Hart, 2011, p. 153.

(8) M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 489.

nately exposes his approach to some of the undesirable outcomes of modern historicism, by which I mean a certain relativism — sometimes informed by a skeptical, if not cynical, attitude — coupled with the corresponding occasionalism. Universalism, he argues, emerges through the conflict with otherness, with that which is « different » from us, and which we cannot integrate into our own ways: « Universal thought depends on that which it opposes ». The snag Koskenniemi is ever careful not to hit is natural-law theory, to which he ascribes a hidden imperialistic agenda. And yet, even though his approach, unlike that of more than a few legal positivists, is not overtly communitarian, he does locate the binding force of law in the « thickness » of « social routine » — two elements (the thickness and the routine) that we won't find in international law, and that in his judgment we unfortunately never will.

What is paradoxical here is that Koskenniemi seems to have no doubt that the substance of human rights is grounded in the very natural law he is concerned to stay away from. Perhaps this impression is softened by the fact that human rights, by reason of the indeterminacy attendant on normativity, can give rise to, or be consistent with, the most disparate range of political practices. This is not unlike what happens with the very « form » of law: « The universalism of pure law turns out to depend on what we say about it ». And, finally, for this reason — in virtue of the abuse human rights are subject to, and of the rhetorical flourishes they attract — the aesthetic of human rights has become an collection of kitsch.

As much as Koskenniemi may be a stalwart positivist as concerns the form and ontology of law — in that realism can be constructed as a disenchanted statement of legal positivism — the same cannot be said in regard to the substance of legality, at least in its modern form. He seems inclined to even accept that modern law is the *law of rights*, and that the content of rights, apart from being moulded in the inescapable context-embeddedness of human reason, is also grounded in a specific foundation which lies in the rule of law. And then it is especially the *form* of law, its *formalism*, that appears to him to show a way out, indeed the only true way to steer clear of both the Scylla of apology and the Charybdis of utopia — this despite the weakness of form, which as Koskenniemi comments, « lies in its being built on an expectation of the constraining nature of the law as pure form that it is unable to sustain ».

It may be that what informs Koskenniemi's historical sensibility (and stirs up his critical sense in that respect) is not so much Romantic or Marxist philosophy of history as the spirit of Nietzsche. And here we could plausibly take up Koselleck's themes: it is alteration, discontinuity, the leap, wonderment, and indignation that make practicable the ongoing process of discussion and learning that ultimately forges the narrative of history, and especially that of ideas. (This is true for Koselleck as it is for Nietzsche and Koskenniemi.) However, Koskenniemi also seems to add that, as much as history may be a drama in

which giants and the mighty face off and battle it out, an impure matter shaken by the « iron laws of power », it is through the hopeful expectations of the weak and the underdogs that the entire process moves forward. « Structures » are overcome by « expectations », and a possible destiny for the categorical and bombastic hostility between « outside » and « inside » is a pragmatic and less heroic melting pot.

Koselleck's standpoint slowly fades into the more subversive and compassionate perspective of Michel Foucault. History turns into genealogy, that is, into a registration of « molar » or « molecular » conflict. From the « higher echelons », where leaders and generals meet and engage one another (whether in conversation or in battle), we move down to the « lower floors », where the underlings dwell (this is where we find the bureaucracy, Dickens' *circumlocution office*, Balzac's *employés*, the government clerks grinding away at the paperwork, drafting the documents that will then be laid out on the high tables of diplomacy and military strategy). « Grand » history is for Foucault the story of the sovereign, the « hegemon »: it is a story that looks at the long period and leaves out or minimizes episodes of discontinuity representing a break with the past or a moment of pluralism. « History », Foucault argues,

had to be continuous in order for the sovereignty of the subject to be safeguarded; but, reciprocally, a constituent subjectivity and a transcendental teleology had to run through history in order that the latter could be thought in its unity. Thus the anonymous discontinuity of knowledge was excluded from discourse and thrown out into the unthinkable ⁽⁹⁾.

The French historian superimposes himself on Walter Benjamin's « angel of history », looking at history from that vantage point, moving away from the object on which his gaze is fixed. While the traditional historian's eye beholds the epic spectacle of a single chain of events, the eye of the *angelus novus* compassionately beholds in dismay a single catastrophe. Now, this is — I gather — the perspective Professor Koskenniemi would recommend us to make our own. The grand arc of history must then be rejected, and the antinomy and anarchy of narration from the outlying areas is vindicated. Micro-history refers back to a micro-normative philosophy. This seems to be Martti Koskenniemi's conclusion too.

And so, he says, it is thanks to the lawyers' everyday work and minute professional virtues, it is thanks to their ethos, more than to the form of law itself — ever on the verge of falling into indeterminacy, and so of giving way to discretionary decision-making — that on the

⁽⁹⁾ M. FOUCAULT, *On the Archeology of the Sciences*, in *Aesthetics, Method, and Epistemology*, ed. James D. Faubion, New York, The New Press, 1998, p. 333.

dramatic stage of international relations we could aspire, if not to a happy ending, at least to a more-or-less decent going. Legal practice is again seen as sort of a third dimension, a « terra media », and a way out from the destructive dilemma between the moralistic claims of absolute justice and the brutal realm of amoral power ⁽¹⁰⁾. And yet, we could object to him here, does this not mean entrusting our fate once more to « those gray-suited men sitting [...] in [...] endlessly polite but non-consequential meetings at Geneva and New York »?

⁽¹⁰⁾ See KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law*, p. 267.

JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES

DIVERSIDADE CULTURAL E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

(Os casos de perseguição aos índios durante a ditadura militar e a transição política no Brasil)

1. Introdução — 2. Os direitos dos povos indígenas no Brasil: lineamento histórico-jurídico — 3. A ditadura militar no Brasil e a « questão » indígena. 4. A atuação do Poder Judiciário brasileiro sob a ditadura, em especial no « enfrentamento » da questão indígena — 5. Continuidades e permanências: a Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal e a reparação aos povos indígenas.

1. *Introdução.*

Passados mais de cinquenta anos do Golpe Militar que instaurou no Brasil a mais longa ditadura da América do Sul (1964-1985) pode-se dizer que ainda não se realizou no Brasil uma Justiça de Transição. E isso não somente porque os agentes do Estado perpetradores de graves violações de Direitos Humanos restaram impunes de seus crimes, mas também porque apenas recentemente, passados 30 anos do fim da ditadura instaurada com o Golpe Militar de 1964, o Estado brasileiro finalmente adotou algumas medidas típicas de uma transição política.

Talvez a mais importante delas tenha sido a criação de uma Comissão Nacional de Verdade (CNV) voltada para a apuração das graves violações de Direitos Humanos ocorridas durante a longa noite da ditadura no Brasil (1964-1985), com a sucessiva indicação de providências necessárias a uma genuína transição política, o que envolve reparação, reconciliação, memória e responsabilização. A CNV brasileira foi criada em 2012 e teve seus trabalhos encerrados em dezembro de 2014, quando foi apresentado à Presidenta da República Dilma Rousseff seu relatório final, que em mais de quatro mil páginas descreve o comportamento do Estado durante a ditadura militar na violação de direitos de estudantes, militares, artistas, camponeses, índios, homossexuais, religiosos, operários, relatando o *modus operandi* de um regime que fez, da tortura, uma prática de Estado.

Na parte final do relatório, a Comissão enumera 29 recomendações, que envolvem a necessidade de reconhecimento, pelas Forças

Armadas, de sua responsabilidade institucional pela ocorrência de graves violações de direitos humanos durante a ditadura militar e, mais importante ainda, a determinação, pelos órgãos competentes, da responsabilidade jurídica — criminal, civil e administrativa — dos agentes públicos que deram causa àquelas violações. A responsabilização penal, entretanto, esbarra na necessária revogação da Lei n. 6.683/79, também conhecida como Lei de Anistia, o que significa a revisão de recente decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou conforme a Constituição Federal a interpretação corrente de que a anistia pactuada em 1979 estabeleceria a não punibilidade dos agentes da ditadura militar pelos crimes cometidos no período ⁽¹⁾.

No relatório da Comissão Nacional de Verdade (2014), alguma atenção merece o capítulo dedicado à violação dos direitos dos povos indígenas. Essa conclusão constitui uma novidade não somente porque o Relatório é o primeiro documento oficial a reconhecer que os índios foram vítimas diretas da ditadura militar, mas também porque tal revelação contrasta com os avanços jurídico-legais no tratamento da questão indígena no período, tendo como marco a promulgação em 1973 do Estatuto do Índio, até hoje em vigor. Os dados da CNV indicam a morte de mais de oito mil índios durante o período, o que confronta dados demográficos oficiais, que apontam o crescimento da população indígena no período entre 1957 e 1980, e compreendo quase toda ditadura militar.

No plano legal, possivelmente pressionada pelos tratados internacionais que no período reconheceram vários direitos dos povos indígenas, bem como mudanças legais em países como Estados Unidos e Canadá, a ditadura tratou a questão indígena como uma espécie de jardinaria antropológica: os índios eram colocados em reservas que tendiam a progressiva redução de suas terras, fazendo com que o índio reservado terminasse como um índio semi-presos, sem condições de manter sua cultura nas diminutas terras (IANNI, 1986). O Estatuto do Índio, de 1973 e até hoje em vigor, constituiu um inegável avanço no reconhecimento dos direitos indígenas, ainda que guardasse certas ambiguidades, como a previsão da emancipação tribal por decisão do Presidente da República.

O que o Relatório revelou, entretanto, foi que a contrapartida dos supostos avanços legislativos foi uma política de extermínio e perse-

(1) A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 153 foi impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com o objetivo de declarar que a Lei 6.683/79 fere preceitos fundamentais da Constituição Federal de 88, em especial aquele da dignidade da pessoa humana. A decisão do STF, de abril de 2010, ainda não é definitiva, pois a Ordem dos Advogados interpôs recurso que aguarda julgamento.

guição aos índios, impulsionada pelo desenvolvimentismo que forçou as fronteiras agrícolas do Brasil na década de 70. No quadro de forte expansão capitalista que marcou o período, o índio foi visto e tratado como um obstáculo ao desenvolvimento, sendo a eles negado qualquer direito humano, inclusive aquele que lhes foi reconhecido desde os tempos coloniais, de permanecerem nas terras das quais são os habitantes originários. Os parques e as reservas indígenas foram, por conta da sanha desenvolvimentista, encolhendo de tamanho, até o ponto que já não era mais possível a preservação da integridade cultural de uma nação indígena.

Do ponto de vista demográfico, verifica-se que, se desde a « descoberta » quando havia entre um e cinco milhões de índios no Brasil, hoje, segundo dados da Fundação Nacional dos Índios (FUNAI), com base no Censo de 2010/IBGE ⁽²⁾, a população indígena chegou em 2010 a cerca de 817 mil índios (o que representa cerca de 0,4% do povo brasileiro) ⁽³⁾. Da chegada dos portugueses a Pindorama ⁽⁴⁾, até o final

⁽²⁾ Dados disponíveis no sítio <http://indigenas.ibge.gov.br/apresentacao-indigenas>.

⁽³⁾ O crescimento dessa população, nos últimos anos, pode ser explicado por uma série de fatores, que atuaram conjunta ou separadamente, desde o aumento da taxa de fecundidade nessa população, a crescente identificação de pessoas e comunidades com a etnia (caso dos Pataxós na Bahia), a existência de povos formados por comunidades que recentemente passaram a se reconhecer como indígenas (caso dos índios Kaxixó, em Minas Gerais) ou, ainda, o crescente auto-reconhecimento da etnia indígena (AZEVEDO, 2008). Esse último aspecto parece-*ter* sido particularmente estimulado pela adoção do critério da auto-declaração no censo demográfico. Atualmente podem ser contadas, no território nacional, 683 terras indígenas demarcadas, 305 etnias, 77 povos que vivem isolados, sendo 30 destes já confirmados. Existe uma grande diversidade cultural entre os povos indígenas no Brasil, que falam uma variedade de cerca de 274 línguas e têm diferentes costumes, usos e tradições.

⁽⁴⁾ Quando os portugueses chegaram nas terras que conhecemos hoje por Brasil, essas já eram chamadas por seus habitantes originais de Pindorama, que significa, no idioma tupi, terra ou região das palmeiras. Estima-se que em Pindorama havia entre dois a cinco milhões de indivíduos (AZEVEDO, 2008), chamados índios pelos portugueses, que esperavam-*ter* chegado com suas naus à costa da Índia. Esse número não chega a ser impressionante se pensarmos na grande extensão territorial do Brasil (8.515.767,049 km²), mas é assombroso se pensarmos que uma das mais poderosas nações civilizadas da época, Portugal, em 1528 contava com 1.300.000 habitantes e que, em Lisboa, viviam pouco mais de 50.000 pessoas. Em face de tais dados esvai-se, conforme afirma Manuela Carneiro da Cunha, « a imagem tradicional (consolidada no século XIX) de um continente pouco habitado a ser ocupado pelos europeus [...] como foi dito com força por Jennings (1975), a América não foi descoberta, mas invadida » (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 18).

dos anos 50 do século XX houve um drástico decréscimo da população indígena brasileira, que em 1957 chegou a apenas 70 mil indivíduos (0,10% do povo brasileiro). Em 1980, ainda na ditadura, foi constatado, pela primeira vez, um aumento da população indígena, naquele ano contada em 210.000 indivíduos (0,19% da população total).

Os dados da FUNAI aparentemente contrastam com as denúncias do Relatório da CNV, de perseguição e extermínio dos povos indígenas durante a ditadura militar no Brasil, entre 1964 e 1985. Segundo a CNV, ao menos 8.350 indígenas foram mortos naquele período — o que representa vinte vezes o número da lista oficial de mortos e desaparecidos da ditadura. Observe-se, entretanto, que os dados disponíveis são de 1957 (70.000) e de 1985 (210.000): dados relativos a década de 70, quando estariam concentradas as violações praticadas, não estão disponíveis.

Se a política dos portugueses em relação aos índios brasileiros, ao chegarem ao Brasil, foi marcada pela cristianização em nome da colonização, durante a ditadura militar assistimos a um outro paradoxo: enquanto se fortalecia discurso da preservação do respeito à diversidade cultural e do direito dos índios às suas terras, garantindo-o juridicamente pela via da Constituição e do Estatuto do Índio, em nome do desenvolvimentismo econômico procedeu-se à expropriação e extermínio de vários povos indígenas.

No presente artigo buscarei aprofundar a reflexão sobre a violação de direitos humanos dos povos indígenas, indagando sobre o comportamento do Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, em face da questão indígena. Estudos anteriores revelaram como sendo uma das principais características da ditadura brasileira o elevado grau de judicialização, que implicou em estreita cooperação, consenso e integração entre o alto oficialato das Forças Armadas e a magistratura civil (PEREIRA, 2010, p. 26).

Partindo da análise de Anthony Pereira, tentarei verificar em que medida as violações de direitos humanos dos índios praticadas sob a ditadura foram resultado de uma política de Estado que encontrou amparo e legitimação nos tribunais. Assim observarei como os tribunais brasileiros trataram a questão indígena num quadro de grande descompasso entre o direito vigente e sua extrema negação mediante uma política de perseguição e extermínio perpetrada pelo Estado. Finalmente, refletirei sobre as continuidades que se perfilam como uma possível consequência do modelo transicional adotado pelo Brasil e que, possivelmente, implicarão em obstáculo à adoção das recomendações feitas pela Comissão Nacional de Verdade, em especial no que diz respeito à reparação das violações de direitos dos povos indígenas.

2. *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: lineamento histórico-jurídico.*

Em que pese a política de cristianização intentada desde os primeiros tempos, o indigenismo e o integracionismo declarado nos documentos legais, ao longo de cinco séculos houve, como acima indicamos, uma drástica redução demográfica dos índios no Brasil. O extermínio dos índios, mascarado por uma política que oscilava entre segregacionista, integracionista e preservacionista, parece não ter sido, entretanto, uma política racista no mesmo sentido de outros genocídios ocorridos ao longo da história. O índios foram assassinados e despossuídos de suas terras da mesma maneira que, ao desbravar os campos e florestas, os colonos tiveram que destruir árvores e rios, sendo-lhes negada sua própria condição humana.

A humanidade dos índios foi um tema enfrentado ainda no século XVI, sendo um ponto central no debate sobre a conquista. « Desposuir os bárbaros » (PAGDEN, 1987), desde os quinhentos, foi uma necessidade decorrente do próprio processo civilizatório. Do ponto de vista jurídico, essa era uma operação que, no contexto de uma ordem político-jurídica moldada por postulados de Direito Natural, exigia uma outra operação, de natureza filosófica: a legitimidade da conquista exigia o reconhecimento de que os índios também fossem portadores de uma natureza humana, sendo essa a condição necessária para que esses fossem despossuídos de suas terras. Dessa forma, a própria discussão teológica e filosófica dos quinhentos vê-se diante do tema das terras indígenas, que se coloca, então, como um problema de se saber se os índios, por natureza, eram ou não humanos. Numa alusão à doutrina de Aristóteles, alguns autores defenderam que os índios eram « escravos por natureza », tese defendida em 1510 pelo dominicano escocês John Major ⁽⁵⁾.

O assunto foi resolvido com a bula do Papa Paulo III, de 1532, que afirmou que os índios têm alma. A tarefa seguinte foi a de inserir a nova parcela da humanidade na « economia divina » (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 40), o que significava encontrar o lugar dos índios na escala de uma sociedade hierarquizada. Os índios foram tratados, nos primeiros anos da colonização, como parceiros comerciais dos europeus, « trocando por foices, machados e facas o pau-brasil para tintura dos tecidos e curiosidades exóticas como papagaios e machados » (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 18). Isso porque se os índios eram humanos, e assim o dizia o Papa, era necessário tratá-los como semelhantes (o que não implicava, obviamente, em tratá-los como iguais). Os

⁽⁵⁾ De forma declarada ou dissimulada, tendo sido abolida e restabelecida diversas vezes, a escravidão indígena perdurou no Brasil até meados de século XIX (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, pp. 82-83).

índios foram então descritos, simultaneamente, como assemelhados e dessemelhantes. Numa literatura humanista da dessemelhança, em Jean de Léry ou mais tarde em Shakespeare, a reflexão sobre o outro e suas diferenças, como o canibalismo, vai servir muito mais como uma tentativa de compreender a si mesmo, observou Carneiro da Cunha (2012, p. 41).

Nessa reflexão, merece destaque as doutrinas dos jesuítas portugueses e espanhóis, que entenderam que os índios, antes que escravos, deveriam ser tomados como « donos » e « señores », vez que, quando chegaram os cristãos, eles encontravam-se « *en pacífica posesión de sus cosas pública y privadamente* », conforme assinalou Francisco de Vitoria. Com base naquilo que Vitoria chamou de « *sociabilidad y comunicación natural* », foi reconhecido aos espanhóis o direito de transitar e morar nas terras dos índios. Essa, no entanto, era uma relação assimétrica: a diferença entre civilizado e selvagem, numa releitura da antiga diferença entre humano e bárbaro ⁽⁶⁾, tornou possível a reintrodução da assimetria entre espanhóis e índios: se os índios eram humanos, e portanto os proprietários originários das terras recém-descobertas, por certo que eram dotados de razão, o que não significava, contudo, que fossem racionais do mesmo modo que os « civilizados », isto é, os cristãos.

Vitoria comparava (e com isso marcava a diferença) os índios às crianças e aos dementes ⁽⁷⁾. Os colonizadores, por sua vez, representavam a civilização e eram, para os índios, como os tutores são para as crianças, pois sabem o que é o bem e têm por dever ensinar isso a eles (o que justifica as missões na América, a título de catequese dos índios). Índios não eram servos por natureza, se aproximavam mais das crianças e, tais como elas, careciam de serem tutelados, guiados, guardados, educados, cristianizados... (PAGDEN, 1987, p. 86).

Conforme observou Manuela Carneiro da Cunha, os jesuítas, como bons « gestores de almas », se preocupavam não com a crítica virtual que a diferença pode introduzir, e sim o estatuto a ser dado a que, inversamente, parece semelhante » (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 41). Esse estatuto pressupunha desigualdade e hierarquia, atribuindo-se ao índio uma posição de inferioridade que se justificava, portanto, através da noção de « civilização » e da colocação do homem europeu como paradigma do homem civilizado. Tal visão era perfeitamente coerente com os postulados aristotélicos e tomistas de uma « hierarquia dos seres ». Sob esse enquadramento filosófico é que se construíram,

⁽⁶⁾ Cf. NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 2013.

⁽⁷⁾ A dificuldade em enfrentar o tema permanece, quase quinhentos anos depois. O Código Civil Brasileiro delegou a matéria à legislação especial enquanto o antigo código (cujas diretrizes foram incorporadas pelo Estatuto do Índio em vigor) os tratava como « relativamente incapazes ».

ainda que tardiamente, um tratamento jurídico dos índios e de seu domínio sobre o território que ocupavam. Enquanto que Vitória e outros, como Domingo de Soto, recitavam que os índios eram como crianças que não tinham atingido a idade da razão (PAGDEN, 1987, p. 81), as normas jurídicas tratavam de encarregar a Igreja e mais especificamente as missões jesuítas da tarefa de tutelá-los e « cristianizá-los ».

Em 1680, quase duzentos anos após a chegada dos portugueses, Portugal reconheceu, no Alvará Régio de 1º de Abril, o direito dos índios a permanecerem em suas terras, sem serem molestados e « nem mudados de lugar contra a sua vontade » (8). Nessa mesma linha, a Carta Régia de 9 de março de 1718 afirmou tanto a liberdade dos índios quanto seu direito de permanecerem em suas terras: « [...] *os índios) são livres, e izentos de minha jurisdição, que os não pode obrigar a sabirem das suas terras, para tomarem um modo de vida de que elles não se agradão [...]* ».

Já a Lei de 6 de junho de 1755 é explícita ao reconhecer os direitos de propriedade e posse dos índios em relação às terras em que habitam, antes designadas como suas terras, « [...] *Os índios no inteiro domínio e pacífica posse das terras [...] para gozarem delas por si e todos seus herdeiros [...]* ». Esboçava-se aí a política de « aldeamento », que mantinha os índios segregados em pequenas parcelas de terra, com alta densidade populacional e administradas por ordens religiosas, notadamente os Jesuítas (9).

Apenas após o « Diretório dos Índios », criado pelo Marquês de Pombal em 1757 e extinto em 1798, a administração das povoações indígenas deixa de ser religiosa e passa a ser laica. Após a expulsão dos jesuítas em 1759, o Diretório reconhece que a tarefa de cristianização, meramente espiritual, devesse continuar nas mãos da Igreja, mas afirma

(8) « E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fizer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas » (Alvará Régio de 1º de abril).

(9) Essa política foi particularmente danosa às populações indígenas, já que a concentração da população praticada pelos religiosos, em aldeamentos de alta densidade, favoreceu o surgimento de epidemias como o sarampo e a varíola, como as que assolaram os índios na Bahia entre os anos 1562 e 1564. Outros fatores foram as guerras, indígenas, causada pela sede de escravos, as (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 15).

que a tarefa « civilizadora » dos índios, uma vez constatado que eles permaneciam em estado de « barbaridade », deveria ser transferida para aos novos « Diretores ». « *Estes duos virtuosos, e importantes fins, que sempre foi a heróica empresa do incomparável zelo dos nossos Católicos, e Fidelíssimos Monarcas, serão o principal objeto da reflexão, e cuidado dos Diretores, para que saindo da ignorância, e rusticidade, a que se acham reduzidos, possam ser úteis a si, aos moradores, e ao Estado* ». Deste modo o Diretório dos Índios previu a existência de escolas próprias para os índios, onde fosse ensinada a língua portuguesa, preconizando que os índios vivessem em casas fabricadas à maneira das dos brancos e até mesmo a substituição da expressão « aldeias » por « vilas ». Tratava-se aqui do influxo do pensamento iluminista e da crença na educação, enquanto « civilização », como forma de aprimoramento do homem. Essa também era uma forma « de se assimilar física e socialmente os índios ao resto da população », quebrando o isolamento em que os jesuítas mantinham os índios em suas missões (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 75).

O Diretório foi revogado em 1798, o que gerou um vazio legislativo, por falta de norma legal que o substituisse, ainda que, officiosamente, ele tenha permanecido em vigor. Apenas em 1845 com o « Regulamento acerca das Missões de catechese e civilização dos Índios » (Decreto 426 de 24/7/1845), não obstante o tema tenha sido largamente debatido quando da elaboração da Constituição de 1824, que afinal sequer mencionou os índios, é que se buscou novamente estabelecer diretrizes, políticas e administrativas, para os aldeamentos. O Regulamento das Missões tornou ainda mais explícita a política de aldeamento, com a deportação e concentração dos índios em locais próximos às cidades onde viviam os colonos, o que permitia que esses utilizassem a mão de obra indígena. Os aldeamentos forçados reuniam etnias que, muitas vezes, eram inimigas tradicionais ⁽¹⁰⁾.

Ao largo das normas que repetidamente reconheciam os índios como proprietários de suas terras, reafirmando umas às outras, como é o caso do texto de 1755, que incorpora e reafirma aquele de 1680, perdurou a política de aldeamento, com as invasões e esbulhos de terras habitadas por índios, o que se vê facilmente refletido no fato de que entre 1650 e 1825 a população de índios viu-se reduzida à metade, passando de 700 mil para 360 mil indivíduos (AZEVEDO, 2013). Segundo Valéria Araújo, estas ações contaram com o explícito apoio da Coroa, que mais tarde incorporou novas normas, como se pode verificar na

⁽¹⁰⁾ « Em 1825, os Cayaré, aldeados em Atalaia, na provincial de São Paulo, matam 28 Votoron e Camé, reunidos na mesma aldeia, e queimam-lhes a casa » Cf. Ofício do presidente da provincial de São Paulo, 22 de fevereiro de 1827, *apud* CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 77.

Carta Régia de 02 de dezembro de 1808, que declarava como devolutas as terras que fossem « conquistadas » dos índios nas chamadas « Guerras Justas », intentadas pelo governo português contra os povos indígenas que não se submeteram ao seu domínio no Brasil. Para Araújo, « a condição de devolutas permitia que as terras indígenas fossem concedidas a quem a Coroa Portuguesa quisesse, já que por terra devoluta pressupunha-se uma terra de domínio público sem nenhuma destinação específica » (ARAÚJO, 2006, p. 25).

Do ponto de vista legal, desde 1832 foi permitido o arrendamento e a venda das terras indígenas e o Regulamento de 1845, que previu a remoção e a reunião das aldeias, veio apenas corroborar a legalização do esbulho. Isso refletiu-se também, numa redução das dimensões das terras indígenas: redução, alias, foi o termo que no século XVII se utilizou para designer a reunião dos índios em missões jesuíticas (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 76) Alguma resistência às invasões e esbulhos foi oposta pelos índios, durante o período do autogoverno dos índios, que vigorou entre 1798 e 1845. É digno de nota o episódio, em 1821 e 1822, no qual o chefe dos índios Gamela de Viana, do Maranhão, obteve da Justiça daquela provincial a demarcação das terras da aldeia (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, pp. 92-3).

Em 1850, a chamada Lei de Terras assegurou mais uma vez o direito territorial dos índios, reafirmando o « indigenato » (MARÉS, 1998, p. 128), sob a base do qual tratou-se, mais tarde, de considerar-se devolutas também terras de aldeias que fossem abandonadas pelos índios. Mas, na verdade, a Lei de Terras abriu espaço para uma política extremamente agressiva em relação às terras dos índios. Se os aldeamentos pombalinos haviam favorecido a permanência de « civilizados » junto aos índios, um mês após a promulgação da Lei de Terras o Império manda incorporar as terras de aldeias de índios que vivem « disperses e confundidos com a massa da população civilizada » (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 79).

Instalou-se, então, uma disputa pelas terras indígenas entre municípios, províncias e Império. A princípio essas terras foram tratadas como devolutas do Império, declarando-se em 1858 que deveriam ser considerados nulos quaisquer aforamentos dessas terras feitos pelas Câmaras Municipais. Mas a partir de 1875 as Câmaras Municipais passam a poder vender aos foreiros as terras das aldeias extintas e a poder utilizá-las para a fundação de vilas ou povoações. Mais que isso, uma vez que cabia aos presidentes das províncias atestar esta condição de terras abandonadas, muitos passaram a fazê-lo sem que, de fato, isto tivesse ocorrido (ARAÚJO, 2006, p. 28).

Desta forma tem-se a conjugação da política de segregação dos índios em pequenos espaços (aldeamento) com a tendência a transformar em devolutas as demais terras. Aldear os índios significava reuni-los e sedentarizá-los sob governo missionário ou leigo, prática essa que teve

seu início ainda no século XVI (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 75). Esta estratégia, praticada por todo o Império e também por boa parte da República, intensificou-se quando a Constituição republicana de 1891, em seu artigo 64, transferiu aos estados as terras devolutas, até então nas mãos da administração central. Uma vez declarados pela Constituição de 1891 « donos » das terras devolutas, os estados trataram de concedê-las a particulares. É de se notar ainda que, embora a Constituição de 1891 trate dos direitos individuais dos cidadãos brasileiros, é totalmente omissa em relação aos direitos dos índios, a exemplo da constituição de 1824.

Já no caso das constituições republicanas sucessivas, de 1934, 1937 e 1946, foram reconhecidos os direitos dos índios, nelas referidos como « silvícolas » (ou seja, como aqueles que nascem e vivem nas selvas). A Constituição de 34 refere-se a estes para determinar a competência da União para legislar sobre a « incorporação dos silvícolas à comunhão nacional » (Constituição de 34, art. 5o, XIX, « m »), bem como para estabelecer, que « a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados » seja respeitada, sendo-lhes no entanto vedado aliená-las (art. 129). Há, aqui, muito claramente um certo retrocesso em termos de reconhecimento de direitos dos habitantes originários do Brasil: enquanto as normas coloniais falavam não apenas em posse mas também de inteiro domínio (que nunca era pleno pois que tutelado pelo Estado) a segunda Constituição republicana limitava este direito à posse. Nas Constituições de 1937 e 1946 a proteção novamente é limitada à posse, sendo vedada, em 46, não apenas a alienação, mas a transferência de uma forma mais geral. Não obstante essa proibição, se tem notícia de vários títulos expedidos pelos Estados naquele período.

Ao longo da segunda metade do século XX, uma nova mentalidade no que diz respeito ao tratamento político-jurídico da questão indígena começa a se delinear. Importante papel cumpriu, nesse passo, Cândido Rondon, tendo ele sido considerado um dos principais humanistas brasileiros (RIBEIRO, 1995, p. 147). Sertanista, Rondon esboçou uma série de princípios a serem observados no trato dos índios, sendo um destes o estabelecimento pioneiro do direito à diferença (RIBEIRO, 1995, p. 147). Rondon tinha idéias que antecipavam os debates sobre multiculturalismo do final do século, quando afirmava, por exemplo, que o discurso da igualdade servia apenas « para entregar os índios a seus perseguidores ». Em face dessas críticas, Rondon chegou mesmo a propor um « direito compensatório », pelo qual os índios tinham os mesmos direitos dos demais brasileiros, direitos esses que não lhes poderiam ser cobrados como deveres.

Rondon inspirou intelectuais como Darcy Ribeiro e sertanistas como os irmãos Villas Bôas, que seguindo suas idéias, dedicaram-se ao estudo e a convivência com os povos indígenas. Em 1961 foi criado,

graças ao trabalho iniciado na década de 50 por Darcy e pelos irmãos Villas Boas, o Parque Nacional do Xingu. O Xingu instaurou um novo paradigma no tratamento da questão das terras indígenas, pois fundou-se numa ideologia preservacionista, seguindo em parte o modelo dos parques norte-americanos, focados na necessidade de sobrevivência das condições sócio-culturais dos povos indígenas da região do Xingu.

Rompia-se, assim, com a visão civilizadora que estava esboçada desde o século XVIII pelo Diretório dos Índios, base da política assimilacionista que perdurou por todo oitocentos e metade do século XX. A intenção « preservacionista » dos irmãos Villas Boas, entretanto, tendia a relegar o índio às suas condições de vida originais, sem permitir uma integração social em condições de igualdade com os demais brasileiros. Essa visão contrastava com a adotada pelo Serviço de Proteção ao Índio Brasileiro (SPI) e posteriormente assumida a partir de 1967 pela Fundação Nacional de Amparo ao Índio (FUNAI), de cunho desenvolvimentista e fortemente integracionista, pautada na idéia da integração do índio à « comunhão anconal ».

Também naquele período, a Constituição de 1967 tratou as terras dos « silvícolas » como « bens da União », sendo assegurado a esses seu usufruto, inclusive na exploração das riquezas naturais. Esse dispositivo cumpriu o papel tanto de estabelecer um maior controle do território pela União (revelando uma preocupação inclusive com a segurança nacional, pois muitas terras de índios estão em zonas de fronteira) quanto de afastar a prática dos Estados, que vinha desde a Constituição de 1891, de esbulhar terras indígenas.

A Emenda Constitucional n° 1, de 1969, dispôs sobre as terras habitadas pelos silvícolas no artigo 198, declarando-as inalienáveis e reconhecendo aos índios sua posse permanente, bem como o direito de usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes (Emenda Constitucional n° 1/1969, art. 198). O dispositivo previu, ainda, « a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas », excluindo aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

O texto constitucional refletia avanços que, nos anos 60-70 foram alcançados no campo do Direito Internacional e do direito comparado. Desde 1948 a Organização dos Estados Americanos (OEA) havia criado o Instituto Indigenista Americano, cuja atividade resultou na realização de diversos Congressos Indigenistas Interamericanos, que propugnaram pelos princípios da autodeterminação dos povos indígenas, da dignidade humana, da igualdade, do direito à participação dos povos indígenas na tomada de decisões relativas ao desenvolvimento (CARNEIRO DA CUNHA, 1987, p. 125). O Pacto Internacional de Direitos

Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 e ratificada pelo Brasil apenas em 1992, previu que « todos os povos devem ter a utilização plena e livre de suas riquezas e recursos naturais ». Em 1977 foi realizada, em Genebra, a Conferência Internacional sobre Discriminação contra as Populações Indígenas da América, que teve como principal resultado o reconhecimento dos direitos territoriais e de autogoverno dos índios. Já a Organização Internacional do Trabalho (OIT), pioneira na proteção de direitos especiais dos trabalhadores indígenas, elaborou desde 1936 diversas convenções sobre a matéria, sendo a principal delas a Convenção 169, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20/6/2002, e entrou em vigor em 2003.

Também a partir dos anos 60, legislações indigenistas mais avançadas do ponto de vista do respeito à cultura dos povos indígenas despontaram em países como Canadá e Estados Unidos, onde ocorreu no período um fortalecimento do movimento indígena. No Canadá, até os anos 70 só eram reconhecidos os direitos dos índios mencionados em tratados celebrados entre a Coroa e os povos indígenas; coube aos tribunais, a partir de então, reconhecer os direitos dos índios sobre o território como anteriores à colonização e provenientes de uma ordem legal preexistente (PERRONE MOISÉS et ali, 1987, p. 138). Nos Estados Unidos, é promulgado em 1968 o Ato dos Direitos Cívicos dos Índios, que reconhece o seu direito de auto-gestão, seus direitos exclusivos sobre as terras em que habitam, bem como de todos seus recursos naturais.

No Brasil, sob o impacto das transformações no plano internacional, foi elaborado o Estatuto do Índio (Lei 6001/73). Sua redação coube ao Ministro do Supremo Tribunal Federal Themistócles Cavalcanti, para quem o índio era considerado « criatura humana, igual a qualquer um de nós, com os mesmos direitos e possibilidades, com a liberdade de viver no seu *habitat*, mas de aperfeiçoar as suas condições de existência, sempre admitindo melhores possibilidades de sua comunicação com 'o nosso mundo' » (Cf. CHAVES, 1979, p. 117).

Ainda hoje em vigor, o Estatuto do Índio utiliza as expressões índios e silvícolas como sinônimas e tem seu fundamento no propósito de « preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional ». O Estatuto estendeu aos índios e as comunidades indígenas a proteção das leis brasileiras nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardando os usos, costumes e tradições indígenas (ESTATUTO DO ÍNDIO, art. 1º). O Estatuto também contém avanços no tratamento dos direitos dos índios a suas terras, afirmando que a posse antecede a demarcação das terras, que nada mais faz que reconhecê-la. Reafirmou-se com o Estatuto do Índio, as diretrizes presentes na criação da FUNAI, fundadas numa política indigenista protetiva.

Octavio Ianni observa, a respeito, a curiosa distinção, feita tanto na lei que criou a FUNAI quanto no Estatuto, entre *índio* e *nacional*: « essas leis distinguem e contrapõem ‘comunidades tribais’ ou ‘comunidades indígenas’ e ‘sociedade nacional’ ou ‘comunhão nacional’. Afinal, quem é o brasileiro? O modo pelo qual se define o índio acaba por transformá-lo em um ‘outro’ ⁽¹¹⁾, especial, à parte, diferente, estranho, estrangeiro » (IANNI, 1986, p. 200). É importante registrar, aqui, que a expressão « comunhão nacional » vinha da Constituição de 1934.

O bispo da Igreja Católica em São Felix do Araguaia, Pedro Casaldáglia, descreve essa « política de aculturação agressiva »: « a aculturação rápida, sem se levar em conta os reais interesses dos índios, é proposta pelo próprio Presidente da Funai, General Bandeira de Mello, que em suas declarações chegou mesmo a sugerir a extinção do Parque Nacional do Xingu:

O Parque Nacional do Xingu não pode impedir o progresso do País, [...] A assistência ao índio deve ser a mais completa possível, mas não pode obstruir o desenvolvimento nacional e os trabalhos para a integração da Amazônia, [...] Tomaremos todos os cuidados com os índios, mas não permitiremos que entrem o avanço do progresso (*apud* IANNI, 1986, p. 204).

Assim, em que pese os consideráveis avanços no campo do Direito Internacional e comparado, bem como do direito constitucional e infra-constitucional brasileiros, o que se efetivou sob a ditadura no Brasil foi uma proteção às comunidades indígenas destrutiva, « no sentido de que propicia, organiza e acelera a expropriação de sua força de trabalho, cultura e terra » (IANNI, 1986, p. 210). Em vista disso, antropólogos buscaram demonstrar a « ambiguidade enganosa » presente no aparato legal e burocrático do Estado voltado para ‘proteger’ ou ‘integrar’ os índios. « O próprio fato da redução do índio a uma reserva ou parque já é uma primeira e básica expropriação que envolve tanto a terra quanto a cultura » (IANNI, 1986, p. 210).

(11) Esse outro a que se refere Ianni, segundo o Estatuto do Índio pode ser de três tipos aos quais corresponde uma gradação de diferentes situações jurídicas: os « isolados », que pouco contato tem com « elementos da comunhão nacional », aqueles « em vias de integração » (que aceitam algumas práticas e costumes comuns aos demais setores da integração nacional) e, por último, os « integrados », incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no « pleno exercício dos direitos civis », ainda que conservem usos, costumes e tradições características de sua cultura (Estatuto do Índio, art. 3º). Apenas os índios aculturados, portanto, podem gozar da plenitude dos direitos de um cidadão brasileiro, enquanto os demais, por força da doutrina protetiva, são tutelados pela FUNAI.

Sob o manto da doutrina integrativa e protetiva, bem como da adquirida consciência quanto a necessidade de preservação da cultura dos povos indígenas, garantida juridicamente, o impulso desenvolvimentista da ditadura militar fez com que, novamente, a legislação mais uma vez funcionasse como a dissimulação de uma generalizada violação dos direitos dos povos indígenas. Quando da criação, em 1967, de uma estrutura voltada para a proteção dos índios, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), previu-se (Lei 5.371/67) que esta se voltaria ao respeito a pessoa do índio e às instituições e comunidades tribais, à garantia da posse permanente de suas terras, à « preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contato com a sociedade nacional », resguardando-se a sua aculturação espontânea.

Em novembro de 1978 foi apresentado um projeto de regulamentação do art. 11 do Estatuto do Índio, que previa a emancipação da comunidade indígena e de seus membros, por ato do Presidente da República. Como reação a tal proposta, antropólogos, professores da Universidade de São Paulo, como Dalmo de Abreu Dallari, da Fundação Getúlio Vargas, além do Diretor do Parque Nacional do Xingu, pronunciaram-se: « emancipar grupos indígenas, agora é, pois, entregá-los desarmados às forças infinitamente ponderosas que lhes arrebatarão em maior ou menor prazo as terras, a vil preço, por grilagem ou por execução de dívida, absorvendo-o como mão de obra barata » (*apud* CHAVES, 1979, p. 128).

Também os índios repudiaram a proposta, nas palavras do chefe xavante Aniceto:

Nós não queremos a emancipação, porque não pretendemos *ter* uma vida igual à do branco. A vida de vocês é muito complicada, é uma vida de palhaços. Os brancos só pensam em dinheiro e muitos índios ainda não sabem disso [...]. O índio é liberdade, é dono de sua terra, é o brasileiro de verdade. Se acabarem com a cultura do índio, ele morrerá, e o culpado será o governo (*apud* CHAVES, 1979, p. 129).

3. *A ditadura militar no Brasil e a « questão » indígena.*

Em 31 de março de 1964, um Golpe Militar instaurou a mais longa das ditaduras da América do Sul, que durou até 1985 e deixou marcas ainda hoje presentes na cultura político-institucional brasileira. O Golpe de 64 foi o desfecho do embate entre as forças reformadoras, lideradas pelo presidente deposto João Goulart, e a direita conservadora, comandada pelo alto oficialato das Forças Armadas e apoiada pelos Estados Unidos da América, pelo alto empresariado, por setores conservadores da classe média, pelo Partido Social Democrático (PSD), pela União Democrática Nacional (UDN) e pela hierarquia da Igreja Católica.

Com o impedimento das reformas de base propostas por Goulart, os militares implantaram no Brasil um Estado autoritário e antidemocrático, empenhado num discurso econômico desenvolvimentista e monopolista, pautado pela desnacionalização da economia e pela concentração de renda. A implementação deste modelo econômico impôs a necessidade de um Estado cada vez mais forte, «apesar de se manterem alguns disfarces de normalidade democrática» (Cf. ARNS, *Brasil Nunca Mais*, 1996, p. 58). Paradoxalmente, o endurecimento do regime com a crescente onda de violação de direitos humanos foi acompanhado de um apelo à legalidade do regime que, desta forma, buscou se legitimar.

Pode-se falar, nesse passo, que uma das características mais marcantes da ditadura militar no Brasil, sobretudo se comparada a outras experiências ditatoriais da América do Sul, como o caso da Argentina e do Chile, foi a existência de uma «legalidade autoritária» (Anthony PEREIRA, 2010) que conferia à ditadura uma aparência de normalidade democrática. Assim que, já nos dias seguintes ao Golpe, o regime que se instalou buscou se auto legitimar pela transformação daquela violenta ruptura política em normas jurídicas que a suportassem. Em sequência ao Golpe de 1º de abril de 1964⁽¹²⁾, no dia 06 daquele mês foi editado o Ato Institucional n. 1 (AI-1), que indicava o que fora um evidente golpe de Estado contra um poder legalmente instalado, como sendo uma «Revolução» capaz de legitimar-se a si mesma como Poder Constituinte: «A Revolução Vitoriosa, como Poder Constituinte, legitima-se por si mesma».

O AI -1 foi o primeiro de uma série de outros atos impostos pela ditadura, como o Ato Institucional n. 2, no ano seguinte, que acabou com todos os partidos políticos e conferiu ao Executivo poderes para fechar o Congresso Nacional, assim como tornou indireta a eleição para Presidência da República e estendeu a Justiça Militar ao julgamento de civis.

A Constituição de 1946, após ter sido mutilada pelos sucessivos atos institucionais, foi finalmente substituída pela de 1967, por sua vez emendada em 1969. A Constituição de 1967 foi, na verdade, uma carta autoritária que chegou mesmo a prever a infalibilidade do Presidente da República, estando bem longe de representar uma norma jurídica capaz de fazer frente ao arbítrio político. Naquele período também foi promulgada uma nova Lei de Imprensa (Lei 5250/67) e a nova Lei de Segurança Nacional (Decreto Lei 315/67), ambas a sinalizarem o progressivo endurecimento do regime ditatorial.

(12) Embora o golpe tenha se dado no dia 1º de abril, a versão oficial consagrou a data de 31 de março. A razão parece óbvia: o dia 1º de abril è, no Brasil, chamado de «dia da mentira».

A ditadura se fecha, de forma violenta, a partir de 1968, quando a morte do estudante secundarista Edson Luís acendeu uma onda de protestos que, do Rio de Janeiro, se irradiou para o resto do País. Naquele período, a oposição que se organizava contra o regime tem como resposta uma nova escalada repressiva, com a edição do Ato Institucional nº 5, pelo Presidente Costa e Silva, em dezembro de 1968. O AI-5 era « a ditadura sem disfarces »: o Congresso foi colocado em recesso, mais de 69 parlamentares foram cassados e a oposição ao regime duramente reprimida (ARNS, *Brasil Nunca Mais*, 1985, p. 60).

O projeto Brasil Nunca Mais, que se inicia durante a campanha pela anistia em 1979 e é concluído apenas em 1985, sob os auspícios da Arquidiocese de São Paulo, ao estudar a repressão política sob o ponto de vista de sua « legalidade » verificou que leis e códigos da Justiça Militar muitas vezes eram abertamente desrespeitados pelos próprios membros do regime: práticas investigatórias como a tortura foram amplamente praticadas de maneira clandestina. A ditadura brasileira pretendeu legalizar, pelo AI-5, um estado de não-direito, em que direitos como aquele de manifestação política e *habeas-corpus* foram suspensos, além daquelas garantias necessárias a um Poder Judiciário independente, como inamovibilidade, vitaliciedade e estabilidade. Evidentemente, o resultado disso, antes que significar a legitimação da violência estatal, foi a própria implosão do que poderia restar de um Estado de Direito ⁽¹³⁾.

O que ocorreu no Brasil entre 1964 e 1985, portanto, foi a implantação de uma ditadura militar, regime imposto pela força, que apresentou-se e representou-se como um Estado de Direito, editando atos institucionais e pseudo-constituições e buscando, dessa forma, legitimar-se enquanto ordem jurídico-política. Isso foi possível, certamente, dado o elevado grau de consenso entre o alto oficialato das Forças Armadas e a elite econômica brasileira. A estreiteza desse consenso permite a autores como Octavio Ianni referir-se à ditadura militar brasileira como a « ditadura do grande capital », enquanto atualmente no Brasil assiste-se a um deslocamento semântico no qual o

⁽¹³⁾ Posição relevante, nesse passo, é aquela do jurista alemão Franz Neumann, para quem o direito sob o nacional-socialismo, que também pretendeu representar-se como uma ordem política juridicamente legitimada, é na verdade um « não-direito ». Com base nessas reflexões de Neumann, prefiro referir-me a essa característica que Anthony Pereira indica como sendo a « legalidade autoritária » como uma « aparência de direito » pois que, assim como a Constituição de 1969 não merece tal nome, desde que mutilada pelos sucessivos atos institucionais dos direitos e garantias fundamentais que constituem um primeiro mecanismo constitucional de limitação jurídica do poder político, também a legalidade que se produziu sob a ditadura não merece propriamente ser chamada de direito.

termo tradicional « ditadura militar » é substituído pela expressão « ditadura civil-militar » (14).

Não se pode pretender, entretanto, que a existência de um consenso entre o poder econômico, os militares e mesmo a classe média urbana seja capaz de moldar a legitimidade de um regime não apenas autoritário e antidemocrático, mas violador dos direitos do homem e do cidadão reconhecidos há séculos, como o direito à vida e à liberdade. É de todo incompatível com a noção de constituição o caráter juridicamente ilimitado do exercício do poder político, assim como é de todo incompatível com a noção de Estado de Direito, desde que foram inventados os direitos humanos, a violação de direitos humanos praticada como política de Estado (15). De fato, se por um lado a ditadura se auto-representou como sendo ciosa da constituição que ela deu a si mesma, de outro ela praticou, de forma « escancarada » a violência como política de Estado: o incremento da repressão política escancarou o desrespeito aos poucos direitos que ainda assistiam a presos políticos e aos cidadãos de uma maneira geral.

Em 1969, ocorreu novo golpe: Costa e Silva adoeceu e o vice-Presidente Antônio Aleixo, civil, foi impedido de assumir a Presidência da República, que foi ocupada por uma Junta Militar. O endurecimento do regime prossegue, na forma de um círculo vicioso: enquanto a resistência armada intensifica suas ações e parte para os sequestros, exigindo em troca a libertação dos presos políticos, a Junta Militar adota as penas de morte e banimento, tornando mais duras as punições previstas na Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei n. 898), além de outorgar uma Constituição mais autoritária, que é batizada de Emenda Constitucional n°1 (ARNS, *Brasil Nunca Mais*, 1996, p. 61).

Nesse contexto, o Congresso Nacional foi reaberto apenas para aclamar a nomeação do General Médici como o novo Presidente da República, em mais uma tentativa de legitimação do poder golpista. O período Médici foi o mais duro na repressão a toda forma de resistência

(14) A adoção recente da expressão « ditadura civil-militar » visa evidenciar a colaboração de civis com a ditadura brasileira. Essa transformação semântica, entretanto, apenas faz sentido num contexto em que se almeje a responsabilização dos agentes da ditadura, militares e civis.

(15) Mas não foi apenas o Golpe de 1964 e a sucessiva perseguição política, com amplo desrespeito aos direitos humanos, que buscou-se legalizar mediante os atos institucionais e as mudanças constitucionais. Também a « saída do regime » que foi « legalizada » na forma de uma Lei de Anistia (Lei 6683/79), que garantiu, na interpretação dada pelo próprio regime, impunidade a seus agentes perpetradores de violações de direitos humanos. Desta forma o golpe militar foi legalizado como « revolução », assim como a perseguição política foi implantada como uma « guerra ao terrorismo ».

e oposição à ditadura: prisões, torturas assinalavam a absoluta supressão das liberdades civis.

Ao mesmo tempo, houve um verdadeiro surto desenvolvimentista no Brasil que, aliado às condições externas favoráveis, resultou no chamado « milagre econômico » da década de 70. O clima de ufanismo passou a imperar, embalado pela vitória brasileira na Copa do Mundo de 1970: obras faraônicas são realizadas, como a Ponte Rio Niterói e a Transamazônica, o que permitiu o avanço das fronteiras agrícolas País adentro, até a fechada floresta amazônica. Esse avanço das fronteiras agrícolas atingiu as populações indígenas, conforme a seguir relataremos.

Segundo o relatório « Brasil: Nunca Mais », « a estatística do Regime Militar de 1964 registrava aproximadamente 10 mil exilados políticos, 4.682 cassados, milhares de cidadãos que passaram por cárceres políticos, 245 estudantes expulsos das universidades por força do Decreto 477, e uma lista de mortos e desaparecidos tocando a casa das três centenas » (ARNS, *Brasil Nunca Mais*, 1996, p. 66).

O número de mortos e desaparecidos é ainda maior nas contas da Comissão Nacional de Verdade: 434 cidadãos foram mortos e desaparecidos durante a ditadura militar brasileira (Relatório da Comissão Nacional de Verdade, 2014, p. 963). Esses números traduzem tanto a amplitude da repressão política quanto, também, o elevado grau de « dissenso », na forma de resistência, que a ditadura militar encontrou no Brasil, o que coloca em xeque a tese de Anthony Pereira de que ditadura apoiou-se num forte consenso político entre militares e civis, devendo-se sempre ressaltar quem foram os civis que aderiram à ditadura, assim com aqueles que a ela resistiram.

No Relatório Brasil Nunca Mais há uma radiografia dos principais alvos do aparato repressivo do estado: militares (sobretudo aqueles que se mostraram fiéis ao presidente Goulart), sindicalistas, estudantes, políticos, jornalistas, religiosos. O relatório não traz um relato das perseguições sofridas pelos índios, talvez as vítimas mais invisíveis da ditadura militar. Curiosamente, o Epílogo do referido livro é, justamente, um dizer do índio Kelé Maxacali, da aldeia Mikael, em Minas Gerais, no ano de 1984:

*Meu pai contou para mim; eu vou contar para o meu filho
Quando ele morrer? Ele conta pro filho dele. É assim: ninguém esquece.*

O Relatório da Comissão Nacional de Verdade, por sua vez, indica que, apenas dentre os indígenas, foram 8.350 pessoas mortas, ou seja, mais de vinte vezes o total dos cidadãos brasileiros contabilizados na lista dos mortos e desaparecidos identificados pela CNV. Segundo o sociólogo Octavio Ianni, desde 1964, com a implantação de uma política de desenvolvimento capitalista extensivo na Amazônia, foram desconsiderados os interesses e direitos dos índios que habitavam

aquela região, como se o índio não estivessem ali desde o princípio (IANNI, 1986, p. 199).

Ao descrever as formas de violação dos direitos dos povos indígenas sob a ditadura, o Relatório da Comissão Nacional de Verdade indica duas diferentes atitudes do poder que se instalou no Brasil com o Golpe daquele ano. Num primeiro momento, que vai até 1968 com a edição do AI-5, a União estabeleceu condições propícias ao esbulho de terras indígenas, comportando-se principalmente de forma omissa, « acobertando o poder local, interesses privados e deixando de fiscalizar a corrupção em seus quadros » (Relatório CNV, 2014, p. 198). Na década de 60 consolidou-se o esbulho das terras dos índios Xetá, os quais foram mantidos em separação e desterritorialização forçada, para serem depois abandonados em diversos postos indígenas (Relatório da CNV, 2014, p. 226). Em 1967, o Ministério Público do Paraná baseou-se na Lei nº 2.889/1956 para qualificar o extermínio dos Xetá como crime de genocídio. No Relatório Figueiredo, encomendado pelo Ministério do Interior em 1973 e contendo mais 7.000 páginas e 30 volumes, essas e outras violações de direitos dos índios são relatadas, narrando a ocorrência de torturas, maus tratos, prisões abusivas, apropriação forçada de trabalho indígena e apropriação indébita das riquezas de territórios indígenas por funcionários de diversos níveis do órgão de proteção aos índios, o SPI. De acordo com a CNV, o Relatório Figueiredo apontou a corrupção generalizada, inclusive nos altos escalões dos governos estaduais, bem como a omissão do sistema judiciário. Esse Relatório traz, ainda, a lista dos beneficiados com terras indígenas no período, bem como sua vinculação a políticos, militares, juízes e funcionários (Relatório CNV, 2014, p. 207).

Já num segundo momento, que vai da edição do AI-5 até 1988, com a edição da Constituição Federal, « o protagonismo da União nas graves violações de direitos dos índios fica patente, sem que omissões letais, particularmente na área de saúde e no controle da corrupção, deixem de existir » (Relatório CNV, 2014, pp. 198-199). A Comissão trouxe assombroso relato da criação, em 1968, do Reformatório Krenak, no estado de Minas Gerais. O Reformatório era um misto de presídio e campo de concentração, nos quais índios eram presos por motivos irrelevantes e obrigados a trabalhos forçados, sendo ali também vítimas de torturas e maus tratos. Em 1969, foi criada a Guarda Rural Indígena (GRIN), que recrutou índios ao longo dos rios Araguaia e Tocantins, além de Minas Gerais, para atuarem como força de polícia nas áreas indígenas. Posteriormente, a GRIN foi acusada de cometer arbitrariedades, espancamentos, e abusos de toda a sorte (Relatório CNV, 2014, p. 2012). Entre 1973 e 1974 os índios Avá Canoeiro, na região do Rio Araguaia, foram capturados por agentes do Estado, ocasião em que mulheres sofreram abusos sexuais antes de serem

transferidas para o território de uma tribo inimiga. O Relatório descreve também a expropriação da etnia Arara, assim como o massacre dos Kayapó e dos Waimiri Atroari, no qual foram usadas táticas de guerra entre 1960 e 1980, dentre tantas outras violações de direitos sofridas pelos índios no período. Merece destaque o relato dos Waimiri Atroari:

Kramna Mudí era uma aldeia Kiña que se localizava na margem oeste da BR-174, no baixo rio Alalaú [...]. No segundo semestre de 1974, Kramna Mudí acolhia o povo Kiña para sua festa tradicional. Já tinham chegado os visitantes do Cama-naú e do Baixo Alalaú. O pessoal das aldeias do Norte ainda estava a caminho. A festa já estava começando com muita gente reunida. Pelo meio-dia, um ronco de avião ou helicóptero se aproximou. O pessoal saiu da maloca pra ver. A criançada estava toda no pátio para ver. O avião derramou um pó. Todos, menos um, foram atingidos e morreram [...] Os alunos da aldeia Yawará forneceram uma relação de 33 parentes mortos neste massacre (Cf. RELATÓRIO DA CNV, 2014, p. 235)

Durante a ditadura, o índio passou a ser visto como um obstáculo ao empreendimento desenvolvimentista do Estado. A idéia de inserção do índio na comunhão nacional foi parte de uma estratégia de expropriação. Conforme observou Octavio Ianni, « transformar a propriedade tribal em propriedade ocupada, grilada, latifúndio, fazenda, empresa, é sempre o primeiro e último passo para transformar o ‘índio’ em ‘nacional’ » (IANNI, 1986, p. 215). Grileiros, empresários e latifundiários beneficiaram-se dessa política de expropriação dos povos indígenas, inclusive passando a empregá-los como seus trabalhadores, « por um salário justo », nas terras que seu povo habitava desde tempos imemoriais ⁽¹⁶⁾. Havia um forte descompasso existente entre essas inúmeras violações e as previsões legais, o que foi produto de uma política de omissão que acabou por transformar-se em política de extermínio. Numa tal situação, era previsível que muitas dessas questões fossem desaguar no Judiciário, ao qual, em situação que não fosse excepcional, caberia fazer a mediação entre as provisões normativas e a discrepante realidade social.

⁽¹⁶⁾ No Jornal O Estado de São Paulo de 06/05/1971 lê-se, a propósito de terras indígenas, que « fazendeiros da região acreditam que poderão conviver pacificamente com os índios. Pensam mesmo em empregá-los como seus trabalhadores ‘por um salário justo’ » (*apud* IANNI, 1986, p. 204). No documentário « A Nação que não esperou por Deus » (Brasil, 2014), de Lucia Murat e Rodrigo Hinrichsen, há uma cena em que fazendeiros reunidos com os índios Kadiwéus fazem semelhante proposta « pacificadora » dos conflitos entre eles.

4. *A atuação do Poder Judiciário brasileiro sob a ditadura, em especial no «enfrentamento» da questão indígena.*

No Brasil, há claramente uma escassez de estudos sobre o papel do Poder Judiciário durante a ditadura militar, tanto mais no que diz respeito ao tratamento jurídico dos casos envolvendo direitos dos índios. O relatório da CNV menciona a colaboração de juízes com a política de extermínio perpetrada na ditadura, mas não relata situações específicas. É bastante provável que o Judiciário local sofresse forte pressão de fazendeiros e políticos interessados na expropriação das terras indígenas. Entretanto, a escassez de dados documentados impede uma análise mais aprofundada da matéria.

O estudo pioneiro de Anthony Pereira, intitulado «Ditadura e Repressão»⁽¹⁷⁾ poderá, nesse passo, trazer importantes indicações para a análise que aqui pretendo realizar. Conforme já referi acima, Pereira aborda o direito e o Poder Judiciário sob a ditadura a partir da categoria chave «legalidade autoritária». Essa é uma categoria que contribui para a compreensão do papel do Judiciário na ditadura, mas que, conforme assinalai, obnubla o fato de que o direito, sob a ditadura, é um não-direito.

Se, nos primeiros anos da ditadura o comportamento dos juízes parece ter sido mais conservador e inercial, progressivamente ele foi se tornando mais cooperativo e comprometido com o regime. Essa transformação não foi, exclusivamente, fruto de um consenso entre militares e juízes: nesse percurso, vários juízes foram aposentados ou removidos compulsoriamente, inclusive alguns membros do Supremo Tribunal Federal, como foi o caso de Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal. Além disso, com o AI-5, as garantias constitucionais do exercício da magistratura de forma independente foram suprimidas: inamovibilidade, vitaliciedade e estabilidade. É importante registrar que a adesão do Judiciário ao regime apenas eventualmente era ideológica, mas também poderia ser pautada por interesses individuais de auto-conservação e preservação da própria condição de juiz, já que na ditadura os magistrados poderiam se tornar alvo de perseguições e cassações.

A tese de Pereira, que aqui compartilho apenas parcialmente, é de que a «preservação» do aparato do Judiciário e seu relativo normal funcionamento explica-se pelo elevado grau de consenso existente no Brasil entre as elites civis-militares e o próprio Poder Judiciário. Independentemente desse consenso ser obtido por adesão ideológica ou pela força, entendo que a preservação do Judiciário e de uma aparente legalidade seja devida também a um comportamento «inercial» dos

(17) Anthony PEREIRA, *Ditadura e Repressão. O Autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil na Argentina e no Chile*, São Paulo, Paz e Terra, 2010.

Juizes, a maioria deles legalistas e liberais, que continuaram a aplicar o direito como se não estivessem sob a ditadura.

Isso pode ser observado em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, em causas relativas a direitos de índios julgadas sob a ditadura militar. Embora essa pesquisa seja apenas exploratória e circunscrita aos processos que foram julgados pelo STF, ela deixou antever a tendência inercial do STF que, na maioria das vezes, decidiu favoravelmente ao interesse dos indígenas. Em outras ocasiões, o tribunal utilizou de expediente processual — como a impossibilidade de se produzirem provas naquele nível de jurisdição — para reenviar os autos às instâncias originárias.

Um exemplo do comportamento inercial do STF foi a decisão, no final dos anos 60, de uma ação envolvendo os índios Kadiwéus (Apeação Cível 9620/69), que vivem no estado de Mato Grosso do Sul, no qual, não obstante o resultado favorável aos índios, deixou-se entrever a ideologia presente à época, segundo a qual os silvícolas são vistos como obstáculos à marcha civilizatória. Tratava-se de uma situação que visava anular uma lei de 1958 mediante a qual o Estado de Mato Grosso havia reduzido as terras pertencentes aos Kadiwéus na Serra de Bodoquena. Referida lei visava reduzir para 100 mil hectares a extensão da reserva Kadiwéus, que foi estabelecida em 1 milhão de hectares mediante doação aos índios feita por D. Pedro II, em gratidão a sua atuação na Guerra do Paraguai (Relatório CNV, 2014, p. 216). O Ministério Público opinou que os títulos expedidos pelo Estado eram nulos, pois sendo aquelas terras reservadas aos índios e de propriedade da União, são inegociáveis pelo Estado, com o que concordou a maioria dos Ministros, declarando inconstitucional as leis que haviam reduzido as terras da reserva. Essa decisão foi correta do ponto de vista jurídico, mas não foi capaz de conter o avanço de fazendeiros nas terras indígenas.

O belo documentário « A Nação que não esperou por Deus » (Brasil, 2014), de Lucia Murat e Rodrigo Hinrichsen, retrata a situação atual dos índios Kadiwéus, que ainda lutam por suas terras. Quando da decisão do STF, as terras dos Kadiwéus, também lembrados pelo Relatório da CNV, já estavam loteadas e os fazendeiros não foram dali retirados. Neste caso, vê-se o Judiciário atuando em prol dos direitos dos índios e, ao mesmo tempo, o impedimento a se « fazer valer » essa decisão em face dos poderes locais. Isso possivelmente ocorreu também em outros casos: a realidade da expropriação se impoñdo sobre as decisões da Justiça.

Em 1980, foi julgado pelo STF o Mandado de Segurança nº 20234, oriundo do estado do Mato Grosso. Esse processo foi movido por fazendeiros que reclamavam a nulidade de uma lei estadual que demarcou terras indígenas da reserva Parabubure. No caso, os Ministros aplicaram o art. 198 da Constituição de 69, reconhecendo o direito

dos índios a terem suas terras demarcadas pelo decreto emitido pelo Presidente da República. Não obstante concordasse com a decisão da maioria de seus colegas, o Ministro Cordeiro Guerra fez questão de frisar sua posição ideológica, dizendo que o artigo 198, caso fosse interpretado em sua literalidade, «teria estabelecido o confisco da propriedade privada nesse País, nas zonas rurais, bastando que a autoridade administrativa dissesse que, em algum dia, as terras foram ocupadas por silvícolas». E prossegue, exprimindo uma visão de mundo afinada com a ideologia desenvolvimentista propagada pelo regime militar, com fortes traços anti-comunistas:

Ora, nós somos um País de imigração, um País continental, em que o homem civilizado abre caminho para a construção do seu Império. Isto se fez sempre, através da História, à custa do aborígine, não só no Brasil, como na América do Norte, na Austrália, na África, na Sibéria, em qualquer parte do mundo. *O que está dito no art. 198 é mais ou menos o que está dito no art. 1º do primeiro decreto bolchevique: 'fica abolida a propriedade privada, revoguem-se todas as disposições em contrário' [...]* No meu entender, isso só pode ser feito nas terras que estão efetivamente habitadas por silvícolas, *de outro jeito, nós poderíamos até mesmo confiscar todas as terras de Copacabana ou Jacarepaguá, pois que já foram habitadas pelos tamoios* (CORDEIRO GUERRA, voto no MS 20234/80, grifo nosso)

Esses exemplos ilustram o fato de que, mesmo durante a ditadura, o Supremo Tribunal Federal aplicou as normas que garantiam os direitos dos índios às terras que ocupavam desde tempos imemoriais. Se o Tribunal, mediante a opinião de seus membros, em alguns momentos deixou transbordar uma visão de mundo afinada com o regime, restritiva dos direitos dos povos indígenas, esses eram pontos de vista isolados que não repercutiram nos julgamentos de forma decisiva.

Isso não significou, entretanto, que a atuação do STF fosse capaz de conter os excessos do regime em relação aos índios. Questões como mortes, tortura, remoções forçadas, desterritorialização e mesmo aprisionamentos não foram judicializadas. Na verdade, as decisões judiciais raramente se detinham a *olhar* para o índio como sujeito de direitos, em suas especificidades culturais.

5. *Continuidades e permanências: a Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal e a reparação aos povos indígenas.*

Paulo Sérgio Pinheiro, professor da Universidade de São Paulo e membro da Comissão Nacional de Verdade, afirmou no prefácio à obra de Anthony Pereira que a importância daquele estudo, ao analisar a atuação do Judiciário durante a ditadura, reside no fato desse elucidar como o autoritarismo se faz presente no tratamento ainda dado pelo Judiciário à maioria da população brasileira: autoritário e discriminador

(PEREIRA 2010, p. 13). De fato, o sentido de uma pesquisa histórico-jurídica como a que neste artigo se buscou realizar é aquele de observar de forma crítica as relações de continuidade e descontinuidade entre o passado e o presente.

A Constituição Federal de 88, inaugurando um novo período democrático, o mais extenso de história do Brasil, buscou romper com o passado autoritário do período anterior, abraçando o princípio democrático e a realização da justiça social como seus fundamentos.

O texto constitucional resultou em consideráveis avanços no tratamento jurídico da questão indígena, considerados bastante significativos em vista da tímida evolução dos direitos dos índios ao longo de séculos, o que resultou do momento de refundação democrática em que esta foi elaborada, com intensa participação do movimento indígena.

Seguindo as constituições que lhe foram anteriores, a Constituição de 88 indicou as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios dentre os bens da União (art. 20, XI). Tratou, então, de definir essas como sendo aquelas « tradicionalmente ocupadas pelos índios ou por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições » (art. 231).

O Capítulo VIII do texto constitucional, dedicado aos índios, assegura a eles a posse permanente dessas terras e seu caráter inalienável, além de afirmar seus direitos culturais. O texto constitucional traz também um avanço importante no que diz respeito à possibilidade dos índios, suas comunidades e organizações poderem ingressar em juízo para reivindicar seus direitos (art. 232).

Outros marcos normativos importantes são o novo Código Civil Brasileiro, de 2002 — que abandonou a concepção de uma capacidade relativa dos índios nos moldes do Código de 1916 para deixar o tema da capacidade dos índios para a prática dos atos da vida civil para ser tratado por lei específica — e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil em 2002 e que estabelece o princípio da auto-identificação como critério de determinação da condição de índio e vários direitos a ela correlatos.

Na análise de Valéria Araújo, a Constituição de 88 criou as bases para o estabelecimento de direito de uma sociedade pluriétnica e multicultural, em que povos continuem a existir como povos que são, independente do grau de contato ou de interação que exerçam com os demais setores da sociedade que os envolve (Araújo, 2006). Assim, com uma moldura normativa extremamente favorável a uma refundação das relações do Estado com os povos indígenas, superando-se quinhentos anos em que o reconhecimento dos direitos dos índios foi apenas o pano de fundo capaz de legitimar sua espoliação, era de se esperar que

o Supremo Tribunal Federal atuasse como um farol capaz de apontar essa nova direção.

De fato, nos anos 90, o STF assume posições bastante vigorosas em defesa dos povos indígenas, como ocorreu no caso dos índios Krenak de Minas Gerais, julgado em 1993. O voto do Ministro Relator, Francisco Rezek, na Ação Cível Ordinária nº 323-7, de Minas Gerais, é lapidar ao opinar pela radical nulidade dos títulos expedidos pelo estado de Minas Gerais de propriedades situadas nas terras dos índios Krenak, supostamente por eles abandonadas no ano de 1958. Ao analisar os fatos, o Ministro Rezek reconheceu a « isofismável presença imemorial dos botocudos Krenak e Pojixá na área disputada », com base em inúmeros documentos que, desde 1918, atestavam a presença daqueles índios no local já na década de 1910. Rezek argumenta ainda que os próprios réus reconheceram, nos autos, que os Krenak ocupavam as terras em litígio e foram delas *brutalmente transferidos nas décadas de 1950 e 1970*. Analisando os dados antropológicos, o relator rejeitou os argumentos dos réus de que os Krenak eram uma etnia extinta, demonstrando como esse povo, que em determinado momento se viu reduzido a dois indivíduos não mais em idade de reprodução, depois se reagrupou. A tese do « abandono das terras » pelos índios em 1958 foi rejeitada, com base nas previsões das constituições de 34, 37 e 46, anteriores a tal data, que já haviam transferido tais terras à União. Assim, proclama o relator, « tem-se como inafastável a condução de que, se abandono de terras houve em 1958 [...] tal fato é totalmente inoperante para o efeito de transferir a propriedade das mesmas terras que já estavam integradas ao patrimônio da União ». Em consequência, declarou o STF « radicalmente nulos » os títulos de propriedade conferidos aos réus pelo Estado de Minas Gerais:

Só assim, depois de uma epopéia já quase secular, reestabelecer-se-á, aos índios botocudos Krenak e Pojixá do Rio Doce, o direito à vida, que não lhes pode ser sonogado, tão só em função das necessidades de desenvolvimento próprias daqueles que invadiram seu *habitat*. *Escreva-se a história desse País com dignidade que honre, perante as gerações futuras, os que a fizeram* (REZEK, voto, AC 323-7/94, Grifo nosso).

O caso dos Krenak, aos quais se fez justiça na referida decisão, foi lembrado no Relatório da CNV, que descreve como eles foram transferidos — com o aval do SPI — de seu território, no município de Resplendor (MG) para a região de Águas Formosas em 1957. Segundo o Relatório, essa decisão atendia aos interesses do SPI em liberar as terras para colonização, e foi tomada « de forma atropelada e sem nenhum início do planejamento da direção acerca da transferência dos Krenak ». Assim que, frente às péssimas condições de vida no posto de Águas Formosas, os indígenas retornam à pé, de carro e de trem em

uma viagem de três meses e cinco dias (RELATÓRIO DA CNV, 2014, p. 2010).

Quatro anos após a decisão do caso dos Krenak, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 219983-3/98 o STF decidiu questão semelhante de forma completamente diversa. Nesse caso, estabeleceu-se de maneira inédita o marco temporal da Constituição de 1988 para o reconhecimento do direito dos índios às terras por eles habitadas. O relator do caso, Ministro Marco Aurélio, concluiu que « o inciso I e XI do artigo 20 da Constituição Federal não abriga situações em que, « em tempos memoriais, as terras foram ocupadas por indígenas ». Numa argumentação que faz lembrar o posicionamento do Ministro Cordeiro Guerra em 1980, assinalou o Relator que uma « *conclusão diversa implicaria, por exemplo, asseverar que a totalidade do Rio de Janeiro consubstancia terras da União, o que seria verdadeiro despropósito* » (Marco Aurélio Melo, voto, RE 219.983-3/98, Grifo nosso).

Ao estabelecer-se o marco temporal da Constituição de 88 para a localização do direito dos índios às terras em que vivem, o STF rompeu tanto com sua própria tradição como com aquela do constitucionalismo brasileiro, respeitada a série das constituições brasileiras de 1934 até nossos dias, incluindo aquelas autoritárias, que reconheciam os direitos dos índios às terras em que habitavam. Esse direito, como acima descrevemos, tem seu fundamento filosófico no fato de que os índios eram os habitantes originários das terras que chamavam de Pindorama, das quais eram legítimos donos ou senhores. Até 1998, mesmo no caso dos aldeamentos extintos, esses direitos originários eram reconhecidos.

Em 2010, na mesma direção e tendo por base o precedente da Petição 3.388, relator o Ministro Carlos Britto no caso conhecido como « Raposa Serra do Sol »⁽¹⁸⁾, foi elaborada a Súmula 650/2010, que dispõe que os *aldeamentos extintos ou mesmo as terras ocupadas por indígenas em passado remoto* não são bens da União, não se lhes aplicando, portanto, os incisos I e XI do art.20 da Constituição Federal. Com base na Súmula 650/2010, foi julgado em 09 de dezembro de 2014 pelo STF o caso « Limão Verde ». Neste caso, o STF negou aos índios direitos sobre a Terra Indígena Limão Verde, por entender que a Constituição de 88 é o « marco temporal » desde o qual se verifica a ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento de terra indígena.

Assim, proclama o STF, o conceito de « terras tradicionalmente ocupadas pelos índios » não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto, de modo que o « renitente esbulho não

(18) Sobre o caso Raposa Serra do Sol, v. NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 2014.

pode ser confundido com ocupação passada ou com *desocupação forçada*, ocorrida no passado ». Para o STF, deve haver, para configuração de esbulho, « situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada ».

Com isso, a Súmula 650/2010, que se tornou um precedente obrigatório a ser observado em casos semelhantes, praticamente exclui a possibilidade de que os povos exterminados ou expropriados durante a ditadura militar possam recuperar seu direito originário às terras em que viviam até serem expulsos e perseguidos pelo regime. Outro óbice parece ser também aquele da reparação, que na sistemática adotada no Brasil, dirige-se a indivíduos, e não a coletividades, como seria o caso de uma tribo indígena. Esse impedimento vai, portanto, de encontro aos direitos inerentes de uma Justiça de Transição, como o direito à memória e a verdade, mas também o de reparação e responsabilização.

Diante de tal situação, a psicanalista Maria Rita Kehl, que integrou a Comissão Nacional de Verdade, atuando especificamente no relato das violações de direitos dos povos indígenas, enviou uma carta aos ministros do STF, em que questiona a posição adotada recentemente pelo STF, argumentando a impossibilidade lógica e jurídica de se exigir tal reparação no período anterior a 1988:

Da mesma maneira, Vossa Excelência, como exigir para a caracterização de renitente esbulho a permanência de ‘controvérsia possessória judicializada’ até 1988, como no caso do julgado sobre a Terra Indígena Limão Verde, conhecendo o contexto de exceção do Estado Brasileiro que precedeu a data da promulgação da Carta Magna. Como exigí-lo para verificação de um direito originário quando é apenas a partir de 1988 que os povos indígenas passaram a ser considerados sujeitos dotados de personalidade jurídica própria para defesa dos seus direitos, pois até então eram tutelados juridicamente pelo mesmo Estado que assumiu, através da CNV, sua responsabilidade direta no esbulho destas terras indígenas? (KEHL, 2015).

Também as lideranças indígenas da comunidade Limão Verde, dirigiram-se, em carta, ao Supremo Tribunal Federal, ao Ministro Teori Zavascki (relator da causa Limão Verde), à Sociedade e ao Estado:

Nós lideranças indígena, professores, anciões da Terra Indígena Limão Verde [...] com mais de 400 famílias que vivem em pequenos espaços de terra reduzidos durante o regime ditatorial e militar [...] *Queremos que o estado brasileiro faça a análise de que a decisão do STF considerando o marco temporal a ocupação tradicional de 1988, pois nossos anciões vivenciaram suas plantações, casas destruídas de forma brutal e outras variações de torturas. O Relatório Figueiredo e Comissão da Verdade dão com clareza e visibilidade as atrocidades enfrentadas pelos povos da TI Limão Verde e os indígenas do*

Estado brasileiro. (T.I. Limão Verde, Aquidauana, Mato Grosso do Sul, 13 de Abril de 2015. Grifo nosso).

Finalmente, no artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo de 19 de abril de 2015, em que se celebra o « Dia do Índio », Maria Rita Kehl e Daniel Pierri confrontam as recentes decisões do STF com o Relatório da Comissão Nacional de Verdade. No texto intitulado « STF na ponta da flecha », chamam os autores atenção para os riscos de um enorme retrocesso social no que diz respeito aos direitos dos povos indígenas, com a anulação de demarcações em curso e a abertura de um novo ciclo de remoções forçadas (KEHL & PIERRI, 2015).

Ao contrário, o que se espera de um Estado democrático é que sua transição política se complete não apenas com o reconhecimento das graves violações de Direitos Humanos perpetradas pelo regime anterior. Mas que também, mediante memória, reparação e responsabilização, as permanências autoritárias sejam abolidas, evitando-se retrocessos que levam o atual STF a triste situação de se colocar do ponto de vista jurídico, filosófico e social numa posição de retrocesso social fundamental, nesse passo, é reconhecer a dimensão reparatória da demarcação de terras indígenas.

Referências Bibliográficas

- ARAÚJO, Valéria (Org), *Povos Indígenas e a “Lei dos Brancos”: o direito à diferença*, Brasília, Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.
- AZEVEDO, Marta Maria, *Diagnóstico da População Indígena no Brasil*, in « Ciência e Cultura », 60 (Oct. 2008), 4.
- ARNS, Paulo Evaristo, *Brasil Nunca Mais*, Petrópolis, Vozes, 1996.
- CARNEIRO DA CUNHA, Manuela, *Os Direitos dos Índios. Ensaios e documentos*, São Paulo, Editora Brasiliense, 1987.
- EAD., *Índios no Brasil. História, Direitos e Cidadania*, São Paulo, Claro Enigma, 2012.
- CHAVES, Antônio, *Índio*, in « Revista de Informação Legislativa », abr/jun 1979, 62, pp. 117-132.
- COSTA, Sérgio, *Dois Atlânticos*. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2006.
- DIRETÓRIO DOS ÍNDIOS, 1755. Texto integral disponível em http://www.nacaomestica.org/diretorio_dos_indios.htm.
- DALLARI, Dalmo de Abreu, *Terras indígenas: a luta judicial pelo direito*, in *Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no estado do Mato Grosso do Sul*, Conselho Indigenista Missionário, Comissão Pró Índio de São Paulo, Procuradoria Regional da República da 3ª Região (orgs.), São Paulo, Palas Athena, 2000.
- EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1/1969, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm.
- ESTATUTO DO ÍNDIO, Lei 6.001/73, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm.

- FANON, Frantz, *Los Condenados de la Tierra*, tradução de Julieta Campos, Rosário, Argentina, Coletivo Editorial, 2006.
- FREYRE, Gilberto, *Casa-Grande & Senzala*, São Paulo, Global, 2008.
- GHAI, Yash, *Globalização, Multiculturalismo e Direito*, in *Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Boaventura de Sousa Santos (Org.), Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, pp. 556-614.
- IANNI, Octavio, *Ditadura e Agricultura. O desenvolvimento do capitalismo na Amazônia: 1964-1978*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1986².
- KEHL, Maria Rita, PIERI, Daniel, *STF na ponta da flecha*, in «Folha de São Paulo», 19 de abril de 2015, p. A3.
- KYMLICKA, William, *Multicultural Citizenship: a liberal theory of minority rights*, Oxford — New York, Oxford University Press, 1995.
- LIMA, Paula Gabriela Mendes, NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana, *Pluralismo Cultural e Direitos Humanos*, in *Anais do Congresso Internacional de Filosofia — perspectiva para o século XXI*, Braga, Revista Portuguesa de Filosofia, 2005.
- NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana, *A formação do conceito de direitos humanos*, Curitiba, Juruá, 2013.
- EAD., *Los límites del multiculturalismo en las sociedades multiculturales: formas de inclusión y exclusión*, in «Forum Historiae Iuris — Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte», 1 (2014), p. 1, disponível em http://www.forhistiur.de/media/zeitschrift/0414_Neuenschwander_c_finalfo.pdf.
- OBSERVATÓRIO DA JUSTIÇA BRASILEIRA/UFRJ (Bernardo Soares, Caroline Santos, Fernando Gama de Miranda Netto, Flávia Martins de Carvalho, Gabriel d'Anniballe, Humberto Laport, José Ribas Vieira, Margarida Lacombe Camargo, Monica Re, Rodrigo Correa e Rodrigo Tavares), *O Supremo Tribunal Federal e a Diversidade Social: Estudo do caso Raposa Serra do Sol*, in «Confluências», 12 (2012), 2, pp. 01-31.
- PAGDEN (Org.), *The languages of political theory in early modern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.
- PERRONE-MOISÉS, Beatriz, *Inventário da Legislação Indigenista 1500-1800*, in *História dos Índios no Brasil*, Manuela Carneiro da Cunha (org.), São Paulo, Companhia das Letras, 2008.
- EAD., DAL POZ, João, CARNEIRO DA CUNHA, Manuela, *Sinopse do Direito Comparado*, in *Os Direitos dos Índios. Ensaios e Documentos*, São Paulo, Editora Brasiliense, 1987.
- RELATÓRIO DA COMISSÃO NACIONAL DE VERDADE, 2014. Disponível no sítio <http://www.cnv.gov.br>.
- RIBEIRO, Darcy, *O povo brasileiro. A formação e o sentido do Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 1995.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en America Latina*, Lima, Instituto Internacional Derecho y sociedad, 2010.
- ID. (Org.), *Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.
- STRÖBELE-GREGOR, Juliana, *Movimientos indígenas — motor de las democratización de las sociedades andinas?*, in *Democracia y reconfiguraciones contemporáneas del derecho en America Latina*, Stephanie Kron, Sérgio Costa e Marianne Braig (eds.), Madrid-Frankfurt am Main, Iberoamericana-Vervuert, 2012.

- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés, *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*, Curitiba, Juruá, 1998.
- TAYLOR, Charles, *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1994.
- VIEIRA, Antônio, *Cartas do Brasil*, or. João Adolfo Hansen, São Paulo, Hedra, 2005.
- VITORIA, Francisco de, *Doctrina sobre los indios*, Salamanca, Editorial San Esteban, 1989.
- VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo, *A inconstância da alma selvagem*, São Paulo, Cosac Naif, 2014.

CRISTIANO PAIXÃO, LEONARDO BARBOSA

PERSPECTIVES ON HUMAN DIGNITY

(On judicial rulings regarding contemporary slavery in Brazil)

1. The legal definition of contemporary slavery in Brazil and its uses. — 2. The criminal courts' interpretation of the crime of « reducing a person to a condition analogous to that of a slave »: resisting the change in the legal definition? — 3. The labour courts' interpretation of contemporary slavery: violations of collective rights of the workers and the community, and the enforcement of collective moral damages. 4. Concluding remarks.

1. *The legal definition of contemporary slavery in Brazil and its uses.*

Between the mid-1980s and 90s, with the end of the military dictatorship, the enactment of a constitution deeply committed to basic rights and the incorporation of the core human rights international treaties into Brazilian law helped to shed light on a social phenomenon that, until that point, had received little or no attention: the massive exploitation of rural workers in the borders of the Amazon forest and in other rural areas deep in the country's hinterland.

These super-exploited workers faced such shocking subhuman conditions that religious institutions and human rights organizations working in the field turned to Article 149 of the Brazilian Penal Code — « the strongest legal provision available » — to describe them as conditions of *slavery* ⁽¹⁾. Since its enactment in 1940, the Brazilian Penal

(1) The situation had been deteriorating since the late 1960s when *peonage* was extensively employed by several economic enterprises on the borders of the Amazon forest. Between 1970 and 1980, deforestation in the south of Pará and northeast of Mato Grosso reached its peak, and the Catholic Church denounced the existence of a huge contingent of workers in subhuman conditions. The government was indifferent to the situation, characterizing it as mere routine violation of labour rights. Only a few independent research reports document the situation during the 1970s. Neide ESTERCI, Ricardo Rezende FIGUEIRA, *Trabalho Escravo no Brasil: as Lutas pelo Reconhecimento como Crime de Conduitas Patronais Escravistas*, in «Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro», 20 (2007), p. 98. The actual

Code (BPC) has pronounced the conduct of « reducing a person to a condition analogous to that of a slave » as a felony. And yet, apart from being referenced by criminal law commentators, this was a forgotten provision.

However, in 1993, after considerable domestic and international pressure, Brazil officially recognized the existence of contemporary slavery in its territory, and by 1995, the Ministry of Labour had already outlined a policy to address the problem. It created « mobile inspection teams », groups of administrative officials responsible for proactively overseeing rural enterprises. These teams often coordinated with the Labour Prosecution Office and with federal and state police forces in a manner that inspections might result in a set of administrative, labour, and criminal procedures.

The outcome of the inspections made it clear to the Brazilian government that a more sophisticated approach and a greater range of administrative responses were required to address contemporary slavery. In 2002, « rescued workers » became qualified for unemployment compensation. In 2003, the National Council for the Eradication of Slave Labour was created within the Secretariat for Human Rights. The Council, a body formed by government officials and representatives of civic organizations, oversees the implementation of the national plan for the eradication of slavery, which is meant to create synergy between public policies associated with the fight against contemporary slavery⁽²⁾. In 2004, the government disclosed a list with the names of the companies which were found to be exploiting labour under conditions analogous to slavery.

In addition to these initiatives, in 2003, Congress passed a statute⁽³⁾ that reformed Article 149 of the BPC. The reform stemmed from the experiences of the mobile inspection teams and their partners from inside and outside the government. The original provision, written in a laconic style, defined it as a crime to « reduce someone to a condition analogous to that of a slave ». The new wording, on the other hand, was forged in response to situations faced by inspectors during their visits to the country's hinterland. It was crafted to affirm contem-

wording in the Brazilian Penal Code is « condition analogous to that of a slave », probably influenced by the wording of the 1926 Slavery Convention of the League of Nations.

(2) There have been two National Plans for the Eradication of Slave Labour in Brazil. The first was published in 2003: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, et. al., *Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo*. The second appeared in 2008: SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, *II Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo*.

(3) BRAZIL, Law No. 10.803, December 11, 2003.

porary slavery as a violation of human dignity, rather than of individual liberty alone ⁽⁴⁾.

The new provision detailed the different actions through which the crime of « reducing a person to a condition analogous to that of a slave » could be committed. Those are: (a) submitting a person to forced labour, debilitating workdays, or degrading conditions of labour; (b) restricting, by any means, a person's freedom of movement under the guise of a debt undertaken with the employer or with someone entrusted to act on his behalf; (c) restricting a worker's access to proper transportation, with the intent of keeping him or her in the workplace; or (d) maintaining guards at the workplace or retaining documents or personal belongings of a worker in order to keep him or her in the workplace.

Despite being written in the Penal Code, the interpretation and enforcement of the legal definition of contemporary slavery is not the sole province of criminal courts. Labour courts also use the definition to assess collective moral damages, claimed by the Labour Public Prosecution [*Ministério Público do Trabalho*] in lawsuits aimed at punishing the violation of collective rights of the workers. The purpose of this article is to explain how criminal and labour courts deal with the legal definition of contemporary slavery within their jurisdictions.

2. *The criminal court's interpretation of the crime of « reducing a person to a condition analogous to that of a slave »: resisting the change in the legal definition?*

Since 2003, criminal courts have been dealing with the new definition of contemporary slavery. Legal commentators read that change as a transformation of the crime provided for under Article 149 of the BPC from a violation against *individual freedom of movement* to a violation against *human dignity*, which may not necessarily involve the curtailment of the worker's ability of leaving the workplace.

One could reasonably expect that after more than a decade in force, the new wording in Article 149 would be well assimilated by the judiciary. Back in 2006, the Brazilian Supreme Court [*Supremo Tribunal Federal*], the country's highest court, decided that the hearing and

⁽⁴⁾ Since the early 1990s, the idea of conceiving the crime of enslavement as a violation against human dignity had been discussed in Brazilian Criminal Law and certainly inspired the work of the mobile inspection teams. Ela W.W. DE CASTILHO, *Trabalho Forçado e Trabalho Escravo no Direito Penal Brasileiro* (1994), unpublished Qualifying Doctoral Dissertation, Universidade Federal de Santa Catarina (on file with Coordenação de Documentação e Informação Jurídica da Procuradoria-Geral da República), p. 75.

trial of criminal cases involving contemporary slavery falls under the competence of the Federal Courts ⁽⁵⁾. And in 2012, the Supreme Court decided to prosecute two congressmen charged with contemporary slavery offences ⁽⁶⁾, in a decision that extensively addressed Article 149 of the BPC, favouring the legal definition adopted in 2003. However, neither the settling of the controversy concerning the competence with regard to these crimes, nor the position advanced by the Court in the 2012 decisions secured a coherent and consistent interpretation of Article 149 of the BPC. Moreover, a comparison of the number of cases identified by the mobile inspection teams with final criminal convictions suggests that there is a considerable discrepancy between the mindset of the judicial branch and the administrative officials responsible for the labour inspections.

As of May 2013, the mobile inspection teams had inspected over 3,700 establishments nationwide and had rescued approximately 46,000 workers from conditions analogous to slavery. Within the jurisdiction of the First Circuit of the Federal Justice is the highest incidence of cases involving contemporary slavery, according to data provided by the Ministry of Labour ⁽⁷⁾. There are no precise statistics available, but within the entire Federal Court of Appeals for the First Circuit (which has jurisdiction over the Federal Justice of thirteen states and the Federal District) only five appeals led to final criminal convictions so far. Even considering that there must be a number of convictions in the several District Courts that were never appealed, and that not every case reported by the labour inspection teams should end up in criminal prosecution, the figure is quite modest.

This topic of the article aims to elaborate on how criminal courts are interpreting Article 149 of the BPC. In order to do so, first we explain recent precedents established by the two higher courts in Brazil, the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice, in which the issue of contemporary slavery was addressed. Then, we proceed to looking at rulings — particularly criminal appeals — of the Courts of

⁽⁵⁾ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 398.041/PA. Relator: Min. Joaquim Barbosa, « Diário da Justiça Eletrônico », 19 de dezembro de 2008, acórdão, p. 103.

⁽⁶⁾ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Inquérito nº 2.131. Relator para o acórdão: Min. Luiz Fux, « Diário da Justiça Eletrônico », 7 de agosto de 2012, acórdão. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Inquérito nº 3.412. Relator para o acórdão: Min. Rosa Weber, « Diário da Justiça Eletrônico », 12 de novembro de 2012, acórdão, p. 18.

⁽⁷⁾ The Ministry of Labour statistics regarding contemporary slavery can be accessed on the webpage: http://portal.mte.gov.br/trab_escravo/resultados-das-operacoes-de-fiscalizacao-para-erradicacao-do-trabalho-escravo.htm, retrieved on April 24, 2015.

Appeals for the different circuits of the Brazilian Federal Justice, the branch of the Judiciary responsible for trying these cases.

Criminal trials are not the primary responsibility of the Supreme Court in Brazil. Nevertheless, as in many countries, criminal prosecution against members of the Congress needs to take place before the Supreme Court. In this situation, the Court will first decide whether or not to prosecute, and only then deliberate on the merit of the case, deciding for a conviction or an acquittal. So far, there are no criminal convictions based on Article 149 of the BPC issued by the Supreme Court, but there are decisions initiating criminal prosecution, which elaborate on the interpretation of that legal provision, as indicated above. Those cases involved the interpretation of the «degrading conditions of labour» and «debilitating workdays» clauses of Article 149 (8).

By a narrow majority, the Supreme Federal Court endorsed the view that in criminal prosecutions based on Article 149 of the Brazilian Penal Code, any one of the different actions described in the expanded language of the provision can independently constitute the crime of «reducing a person to a condition analogous to that of a slave». Consequently, curbing individual freedom of movement is not a necessary feature of the crime, but one of several possible elements that can constitute it. According to Justice Rosa Weber, «modern slavery is more subtle, and the curtailment of liberty may rely on economic rather than physical constraints»:

You deprive somebody of her liberty and dignity by treating her as a thing, not as a human being. This might be achieved not only by means of coercion, but also through intense and persistent violation of her basic rights, includ-

(8) BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Inquérito n° 2.131. Relator para o acórdão: Min. Luiz Fux, «Diário da Justiça Eletrônico», 7 de agosto de 2012, acórdão. The case report describes the situation of the workers like that: «In the inspection carried out by the mobile team, those were the conditions to which the workers were subjected to: *a*) 'lodging' in huts made of palm leaves, without a floor, one of which was built upon a marsh with an unbearable smell, besides excessive humidity; *b*) there were no kitchens, only 'makeshift stoves'; *c*) there were no refectory, therefore the workers had their meals over stones or fallen branches (or even on the ground); *d*) the dirty water the workers had to drink came from three different places: a 'muddy swamp', a 'rustic well' [...] and a small dam (whose water was shared by the workers and the farm's livestock); *e*) there were no restrooms for the workers; *f*) no personal equipment was provided to the workers (such as boots, gloves or hats), nor first aid materials; *g*) there were sick workers, some of them with bruises in their hands». The inspection also reported that the workers were subjected to 12 hours workdays, with no rest on Sunday (when they worked for 6 hours). In addition to that, the workers were allegedly subjected to debt bondage, committed through the use of a «truck system».

ing the right to decent conditions of labour. Violation of this right impairs the victim's free will. That also is «to reduce someone to a condition analogous to that of a slave.

This approach refuses the idea that «real» slavery requires control of the body of the enslaved person, which would be primarily an offense against individual liberty. Based on a reading of the 2003 expansion of the definition in the rewritten article of the Criminal Code, the Supreme Court depicts contemporary slavery more broadly, as a violation of human dignity. It assumes that some forms of treatment of workers are not a simple violation of labour rights. They humiliate workers in a manner that diminishes them as human persons. As perpetrators prey on vulnerable workers — illiterate or very poorly educated persons, with little or no income at all, and who are often trafficked away from home — it might also be difficult to ascertain, even under a narrow definition, how *free* to walk away such persons really are.

Justice Gilmar Mendes led the dissenting opinion. According to Mendes, the crime of submitting a person to a condition analogous to that of a slave is a violation of individual liberty. It occurs only when there is: (a) curtailment of the worker's freedom of movement; (b) withholding, abusive reduction, or simply refusal of payment; or (c) violence perpetrated against the worker, all in order to keep him or her in the workplace.

One could assume that, no matter how close those decisions were, the Supreme Court reached a majority and settled the controversy. This, however, is not true. First, because the arguments regarding which value is at stake when it comes to the crime of reducing a person to a condition analogous to that of a slave (individual liberty or human dignity) were made in *obiter dicta*. Second, because the Supreme Court's rulings on these matters have no binding precedential effect. As a result, the disagreement between the Justices is, to some extent, mirrored in the lower courts, as explained below.

The Superior Court of Justice, responsible, among other competences, for reviewing the interpretation and enforcement of the federal legislation by federal and state courts, had the opportunity to address the interpretation of Article 149 of the Penal Code in some occasions. Since 2012, in at least three opportunities, the Court affirmed that the crime of reducing a person to a condition analogous to that of a slave is committed whenever any of the conducts described in Article 149 is performed. According to these rulings, the concomitant presence of all the elements listed in the provision is *not* a necessary condition for its

perpetration ⁽⁹⁾. The Court also ascertained that this crime is not a mere violation of individual rights, but an « unlawful conduct that strikes at the heart of the principle of human dignity » ⁽¹⁰⁾. Moreover, the « commission of the crime provided by Article 149 does not require the curtailment of the workers' freedom of movement; subjecting them to degrading, subhuman conditions of labour suffices » ⁽¹¹⁾.

The situation within the federal courts is more complicated. Brazil's Federal Justice has five circuits. The First Circuit encompasses the territory of thirteen states and the Federal District, cutting across the middle of the country and reaching the deepest parts of the Amazon forest in the Northwest, including states such as Pará, Minas Gerais, Goiás, and Mato Grosso, which have a historically high incidence of cases of contemporary slavery. So, it is reasonable to expect that the majority of criminal cases involving the enforcement of Article 149 of the Penal Code are within the First Circuit.

The First Circuit decisions on criminal appeals regarding contemporary slavery were analyzed in a recent article by Mariana Dias Paes ⁽¹²⁾. Paes reports that the Court has ruled in 52 criminal appeals since November, 2006. In 24 cases, at least one defendant was convicted. However, the arguments used to support the acquittals were in clear conflict with those used to back up the convictions. There are very few instances of limitations upon the worker's freedom of movement. The majority of the cases involved subjecting them to degrading conditions of labour.

According to Paes, while convictions tend to rely on the judgment of the labour inspection teams concerning the conditions in which the workers were found, and disregard the lack of curtailment of freedom of movement, acquittals turn to a different perspective. First, decisions freeing the defendants from the charge of an offence of Article 149 of the BPC generally depict the poor conditions of labour as part of the environment in which the work is performed: « the situation of the

⁽⁹⁾ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n° 239.850. Relator: Min. Gilson Dipp, « Diário da Justiça Eletrônico », 20 de agosto de 2012, acórdão.

⁽¹⁰⁾ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Conflito de Competência n° 113.428. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, « Diário da Justiça Eletrônico », 1° de fevereiro de 2011, acórdão.

⁽¹¹⁾ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Conflito de Competência n° 127.937. Relator: Min. Nefi Cordeiro, « Diário da Justiça Eletrônico », 6 de Junho de 2014, acórdão.

⁽¹²⁾ Mariana A.D. PAES, *O Crime de Redução a Condição Análoga à de Escravo em Dados: Análise dos Acórdãos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, 7ª Reunião Científica sobre Trabalho Escravo Contemporâneo e Questões Correlatas, São Paulo, Nov. 11th, 2014.

workplace as described by the inspectors reflects the conditions of that region of the country itself ». Therefore, these decisions refuse to attach criminal consequences to the conduct of an employer that fails to provide his workers with decent labour conditions, once the actual circumstances in which those workers live do not meet these standards. Second, acquittal decisions rely on the idea that contemporary slavery requires control over the body of the worker, meaning his or her « complete subjection » or even the « complete nullification of his or her personality », echoing precedents established even before the 2003 change in the legal definition ⁽¹³⁾:

[...] part of the Circuit Court judges rely on a definition of slave labour that demands a sounder body of evidence than the one offered by the Mobile Inspection Teams. Their definition is intimately connected with a particular notion of the history of slavery in Brazil. There are two basic elements that ground this definition: curtailment of freedom of movement and complete subjection of the worker.

The Court of Appeals for the Fifth Circuit has a very similar situation. The Fifth Circuit encompasses the Northeast of the country, except for the states of Bahia, Maranhão, and Piauí, which are part of the First Circuit. Decisions that acknowledge the existence of a violation of Article 149 in this jurisdiction usually rely on a precedent established by the full court ⁽¹⁴⁾. According to this 2012 ruling, even if direct curtailment of the worker's freedom of movement is not a prerequisite of the crime, some form of deprivation of « other liberties », in a broader sense, is. The Court argues that « mere violations of labour law » cannot amount to the crime provided by Article 149 of BPC. The commission of the crime involves the « suppression of the power of the worker to make an autonomous decision [*decisão espontânea*] regarding the acceptance or permanence in a job, and the very conditions under which the job is performed ». The interesting thing about this opinion is that the Court is clearly trying to reconcile the language of « liberty » and « dignity »: on the one hand, it condemns « the abusive control of one man over the other », that is, « treating a person as a thing »; on the other hand, it still turns to the

⁽¹³⁾ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 3ª Câmara, Apelação nº 694133075. Relator: Desembargador Moacir Danilo Rodrigues, in « Revista dos Tribunais », 722 (1995), p. 515.

⁽¹⁴⁾ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Procedimento Investigatório do MP nº 00161300620114050000 (PIMP66/PB). Relator: Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, « Diário da Justiça Eletrônico da 5ª Região », 17 de Setembro de 2012, acórdão.

idea of a crime consummated when the worker is « subjected to the complete and discretionary power » of the employer.

The majority of the acquittals ruled by the Court, however, do not *really* dialogue with the proposed criteria (even if the precedent itself is commonly quoted). As a matter of fact, they largely reproduce the arguments used by the judges of the First Circuit: the degrading conditions of labour are part of the harsh « environment » that is « unfortunately experienced by the poor people inhabiting the deep northeast of the country » (15). Moreover, most absolutory decisions expressly affirm that the infringement of Article 149 of the BPC requires demonstration that « the worker's freedom was directly or indirectly curtailed by the employer, *through incarceration in a specific place, withholding of payments or documents, or debt bondage [sistema de barracão]* » (16). That automatically rules out the possibility of commission of the crime based solely on the « degrading conditions of labour » or « debilitating workdays » clauses.

The Courts of Appeals for the Second and Third Circuits reveal a slightly different situation. It is less frequent to come across a mention to « complete subjection » of the worker as a prerequisite of the crime in the opinions of the Courts of Appeals for the Second and Third Circuit. Nevertheless, the majority of convictions based on Article 149 of the BPC in the Third Circuit (that encompasses the states of São Paulo and Mato Grosso do Sul) rely in the imposition of restrictions upon the liberty of the victims, even if, in some cases, associated with « degrading conditions of labour » and « debilitating workdays » clauses. In at least one precedent, a panel of the Court admits that a conviction can be issued based exclusively on the imposition of degrading conditions of labour (17). In the Second Circuit (formed by the states of Rio de Janeiro and Espírito Santo), a similar pattern emerges. Most convictions are grounded in a combination of elements of the crime, usually involving some sort of curtailment of freedom of movement, especially debt bondage. Again, occasional rulings admit the commission of the crime solely through the imposition of degrading conditions of labour upon the workers. In one of those appeals, an

(15) BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Apelação Criminal nº 2007.82.02.004198-0/PB. Relator: Des. Fed. Vladimir Souza Carvalho, « Diário da Justiça Eletrônico da 5ª Região », 24 de Outubro de 2014, acórdão.

(16) BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Apelação Criminal nº 2008.85.01.000033-4/SE. Relator: Des. Fed. Élio Siqueira, « Diário da Justiça Eletrônico da 5ª Região », 14 de Outubro de 2014, acórdão.

(17) BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Apelação Criminal nº 0006554-90.2008.4.03.6000. Relator: Des. Fed. Cecília Mello, « Diário Eletrônico da Justiça Federal da Segunda Região », 9 de janeiro de 2015, acórdão.

acquittal on charges of contemporary slavery is reversed in spite of the opinion of the labour inspectors, which registered in the official report that « they did not believe the situation amounted to labour analogous to slavery » (18).

Finally, the Court of Appeals for the Fourth Circuit — that encompasses the states of Rio Grande do Sul, Santa Catarina and Paraná — seems to be the most committed to the enforcement of Article 149 in its full implications. Not only can we find many convictions based on the violation of the « degrading conditions of labour » clause alone (19) (and, therefore, we can infer explicit acknowledgement that the commission of the crime can rely on *any* of the elements described in the legal provision), but also — and more important — acquittals are not grounded simply on the fact that there were no actual restrictions upon individual liberty: they also address the question whether the conditions of labour were actually poor enough to justify criminal prosecution (20). We might disagree with some of these

(18) BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Criminal nº 2012.51.05.000548-0. Relator: Des. Fed. André Fontes, « Diário Eletrônico da Justiça Federal da 2ª Região », 30 de agosto de 2013, acórdão. The rapporteur for the appeal wrote in his opinion: « How can we admit that workers subjected to more than ten hours of work daily, toiling barefooted, without any protective equipment, poorly fed, without potable water, sleeping in dirty accommodations over a thin mattress on the ground, intimidated by an armed guard (even if the guard was actually carrying a toy gun), are not victims of contemporary slavery? It is imperative to acknowledge that these unchallenged findings do not constitute « mere administrative irregularities »; that they are thoroughly able to characterize the felony provided for by Article 149 of the Penal Code, especially under the « degrading conditions of labour » clause. The labour inspectors themselves have reported that « working conditions were very precarious, undignified ». The fact that the same inspectors affirmed they did not believe the situation amounted to slave labour or degrading conditions of work — quite contradictorily, in my opinion — do not prevent the Court to hold the defendant criminally liable ».

(19) BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Criminal nº 0000210-75.2010.404.7009/PR. Relator: Juiz José Paulo Baltazar Júnior, « Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região », 10 de Julho de 2014, acórdão. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Criminal nº 0001022-54.2009.404.7203/SC. Relator: Des. Fed. Sebastião Ogê Muniz, « Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região », 12 de Março de 2015, acórdão. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Criminal nº 0003236-32.2006.404.7006/PR. Relator p/ acórdão: Juiz José Paulo Baltazar Junior, « Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região », 9 de janeiro de 2014, acórdão.

(20) BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Criminal nº 0001308-32.2009.404.7009/PR. Relator: Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, « Diário

decisions, and even question if they are not intentionally overlooking the terrible circumstances under which the workers are toiling. They might be « setting the bar too high » for criminal justice to recognize the existence of degrading conditions of labor. Nevertheless, as far as these decisions are not based on a straightforward refutation of the legal criteria, they can be more easily exposed. Moreover, in the long run, as the composition of the panels change, further elaboration of these criteria can guide the translation of the abstract principle of human dignity into a more concrete and manageable conceptual framework.

It is interesting to note that the constitutionality of Article 149 of the BPC was called into question before the Court of Appeals for the Fourth Circuit, based on an alleged violation of the principle of *lex certa*, arising from the vagueness of the « degrading conditions of labour » clause. The Court rejected the argument, and affirmed that Article 149 provides a fair warning regarding the sort of conduct that criminal law wishes to prevent ⁽²¹⁾.

Despite some relevant precedents established by the Brazilian Supreme Court and the Superior Court of Justice, the federal courts' interpretation of the crime of reducing a person to a condition analogous to that of a slave stands in a crossroad. There is considerable resistance to the idea that contemporary slavery does not require some sort of restriction upon the workers' freedom of movement; there is discomfort with the fact that the crime is now conceived as a violation of human dignity, rather than of individual liberty alone. Within federal courts, some rulings choose to openly defy these ideas. Others seek to reconcile the « individual freedom » and the « human dignity » approaches, by upholding convictions (or reversing acquittals) in cases

Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região », 9 de janeiro de 2014, acórdão. Note that in this ruling the panel refused to label as « degrading » conditions of labour generally associated with contemporary slavery.

(21) BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Recurso em Sentido Estrito nº 5000380-79.2012.404.7012/PR. Relator: Juíza Salise Monteiro Sanchoatene, « Diário da Justiça Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região », 30 de novembro de 2012, acórdão. About the alleged « vagueness » of the legal definition, it is important to note that in 2011 the Ministry of Labour published extensive guidelines regarding the definition of contemporary slavery. The guidelines provide a detailed description of the many variables considered by the inspection teams when assessing if a particular situation should or not be labelled as « work in conditions analogous to slavery ». These variables include: the transportation of the workers from their homes to the worksite; forms of violence perpetrated against the workers; restrictions imposed upon the workers' freedom of movement; workdays and resting hours; and conditions of labour. BRASIL, Ministério do Trabalho e Emprego, *Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo* (2011).

involving the subjection of workers to degrading conditions of labour *only* when they can identify some form of limitation of their freedom of movement (even if through debt bondage, for instance). Others, yet, endorse the legal definition and try to add consistency to the concepts involved in its enforcement, undermining the critique that depicts Article 149 as a vague and indeterminate provision, incompatible with the certainty and objectivity demanded from criminal statutes.

3. *The labour courts' interpretation of contemporary slavery: violations of collective rights of the workers and the community and the enforcement of collective moral damages.*

Few institutions have undergone a transformation as radical as the *Labour Prosecution Office* (MPT) in recent Brazilian history. The dimension of that change cannot be adequately understood with exclusive support in the text of the legal rules — in their successive versions. Constitutional experience involves a living relationship with the text and social practices that give form and redefine the uses of the same text. In Brazil, there is a real fracture between the constitution promulgated on October 5, 1988 and the legal order built by the military regime. This disruption is not only reflected in the existence of a new constitutional document. It involves, first of all, a new conceptual framework. Thus, there is a new text and a new context ⁽²²⁾.

It is important to make a clear distinction between MPT today and before 1988. Nowadays, Public Prosecution Offices (in Federal and State levels) don't belong to any of the branches of government. They form a branch located outside the other traditional powers. To sum it up, MPT is not attached to the Executive, Judiciary or Legislative Bodies. The whole Public Prosecution became endowed with functional and administrative autonomy, governed by the principles of indivisibility and functional independence, its members have life tenure, cannot be removed, and their income cannot be reduced.

Moreover, the Constitution established a link between the activity of the prosecution and defence of collective interests. According to its article 129, III, Members of Public Prosecution have the power « to

⁽²²⁾ See Cristiano PAIXÃO, *Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014)*, in « Quaderni fiorentini », 43 (2014), pp. 415-458; *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 », 13 (2011), 26, pp. 146-169. See Leonardo BARBOSA, *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*, Brasília, Câmara dos Deputados, 2012.

institute civil inquiries and ‘class actions’ to protect public and social property, the environment and other diffuse and collective interests ». The main duty of MPT was then set; it is to protect collective rights of workers, especially those in situations of vulnerability: workers facing health and safety risks, subject to discrimination, super-exploited by their employers and so on.

And that is why fighting slavery-like practices in Brazil is a crucial part of MPT’s job, particularly through class actions [*ações civis públicas*] filed by the labour prosecutors against persons, corporations or economic groups that exploit slave labour. In these trials, MPT acts on defence of human rights in its broadest sense, which means that it can require the immediate freedom of enslaved workers and, at the same time, request a special kind of compensation. It is called « *dano moral coletivo* », literally « collective moral damages ». The inquiries and class actions initiated by MPT have shown that it was not enough to impose administrative fines on the employer for breaches of labour legislation, to collect pending wages, and issue identification documents to workers. Labour Courts began to accept the idea that a more severe punishment was required to discourage work in conditions analogous to slavery and to protect workers — and the whole society — from these most extreme violations of human rights.

The concept of « collective moral damages » emerges as a way of strengthening Labour Court’s response towards contemporary slavery. It is not a compensation that reverts to the victims, that is, to workers subjected to conditions analogous to that of a slave. It is not the legal obligation of paying minimum wages and following legal and administrative rules on health and safety. It is more than that. « Collective moral damages » are intended to reduce or eliminate these forms of degrading work. It means that the whole society is affected — and offended — by the behaviour of the employer. The conviction expresses the refusal, by the community as whole, to tolerate these forms of human rights violations.

The employer is sentenced to pay a considerable amount of money to a fund (created by law or by the judge himself). On the one hand, the compensation works as a disincentive to those who insist to resort to super-exploitation of workers as an economic strategy; on the other hand, the measure empowers initiatives committed to preventing contemporary slavery, particularly by funding efforts towards professional development and education ⁽²³⁾.

⁽²³⁾ For an accurate account of this theme, see Xisto Tiago de MEDEIROS NETO, *Dano moral coletivo*, São Paulo, LTr, 2014⁴ and André de CARVALHO RAMOS, *Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo*, in « Revista de Direito do Consumidor », 25 (Jan-mar 1998), 26, pp. 80-89.

There are many class actions involving the subjection of workers to contemporary forms of enslavement filed by MPT. All of them are based on the fundamental principle of human dignity (Article 1, III, of the Brazilian Constitution) and in the prohibition of inhuman and degrading treatment (Article 5, III, of the Brazilian Constitution), which works not only as a limit to the powers of government, but also as a rule governing the relationship between private parties. In this topic of the paper, we will address three different cases from three different Brazilian states.

Our first example comes from São Felix do Araguaia, a town located in the state of Mato Grosso. In this case, MPT filed a civil lawsuit against Gilberto Luiz de Rezende, accused of keeping workers in slave-like conditions in a large rural area. According to the decision of the local Labour Judge, the employer: (1) imposed restrictions upon the workers freedom of movement, since they were taken to an isolated and distant place and kept under armed surveillance; (2) failed to comply with regulations that require him to register those workers and to provide them with valid labour contracts; (3) subjected the workers to debilitating workdays; (4) withheld payment based on a *truck system*, characterizing debt servitude; and (5) subjected the workers to degrading conditions of labour: there was no potable water available, workers were forced to sleep in black plastic tents, there were no toilets, and no place where the workers could have their meals.

Besides all that, another aspect should be emphasized: workers who tried to escape were imprisoned and tortured. According to the deposition of one worker, « when he said he wished to quit the job, he was told to wait for three days. After that, he was ordered to gather his things and then taken, at gunpoint, to the embankment of a dam. Then he was told to lie down on the floor, where he was kicked and beaten with a chain ». His testimony was confirmed after a forensic medical exam in a police station. The decision was published on December 18, 2006 and upheld by the Regional Labour Court for the 23rd Circuit on July 30, 2007 ⁽²⁴⁾.

We should add a particular circumstance. The defendant in this case belongs to a network of « grileiros » (persons who take possession of land by means of false deeds) which exploited lands traditionally occupied by Indians in the Araguaia Zone (in the border of Mato

(24) BRASIL, Vara do Trabalho de São Félix do Araguaia — MT, Ação Civil Pública n° 0017740-45.2005.5.23.0061. Juiz Prolator: João Humberto Cesário, publicação em 18 de Dezembro de 2006, sentença (in file with the authors). BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 23^a Região, Recurso Ordinário n° 00177.2005.061.23.00-3. Relator: Des. Luiz Alcântara, « Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da 23^a Região », 01 de junho de 2007, acórdão.

Grosso and Tocantins States). The Federal Criminal Prosecutor Office filed a lawsuit and launched a huge operation to remove non-Indians from the land (which is named *Marãiwatsédé* and belongs to the Xavante Indians) ⁽²⁵⁾.

In the second case, MPT required the conviction of three different companies, including the *Sourcetech Química Ltda.* The action was brought before the Labour Court of Xinguara, in south-eastern state of Pará and the conviction ruling was issued by the Regional Labour Court for the 8th Circuit on December 14, 2012. The situation is very similar. The Court also considered that the transportation of the workers to an isolated and distant place constituted a form of curtailing their freedom of movement. Workers were unregistered, and without valid labour contracts. A *truck system* was in place. As a result, payment was withheld in order to compensate debts contracted with the local shop, which belonged to the employer. Finally, workers were toiling under degrading conditions, with total disregard for all health and safety protocols ⁽²⁶⁾.

There are interesting particularities in this case: the workers were harvesting *jaborandi* leaves, a natural product only found in Brazil. The entire harvest was destined to Sourcetech Chemical Company Ltd., which has a factory in the State of São Paulo. The *jaborandi* leaves are used for the extraction of pilocarpine, for sale on the international market. Pilocarpine is the raw material for an eye drop used in the treatment of glaucoma. Sourcetech did not hire the workers directly: rather, they hired a contractor, Mrs. Maria Georges Daher, who had legal authorization to extract *jaborandi* leaves in lands traditionally occupied by Indians. In addition to exploiting work on indigenous land, the contractor recruited the workers in the state of Maranhão (which, under the circumstances portrayed, amounts to domestic trafficking of workers).

⁽²⁵⁾ See *Prazo para desocupação de outras fazendas na Terra do meio termina em setembro*, in « Notícias da Procuradoria Geral da República », available at: http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/prazo-para-desocupacao-de-outras-fazendas-na-terra-do-meio-termina-em-setembro, retrieved on April 26, 2015; and *Terra nas mãos de poucos*, « Diário de Cuiabá », n° 13.478, December 6, 2012, available at: <http://www.diariodecuiaba.com.br/detalhe.php?cod=422548>, retrieved on April 26, 2015.

⁽²⁶⁾ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, Recurso Ordinário n° 0011100-09.2009.5.08.0124. Relator: Des. Maria Valquíria Norat Coelho, Belém, PA, 14 de dezembro de 2012, acórdão (in file with the authors). The decision (along with the MPT appeal) is also published in the « Revista do Ministério Público do Trabalho », XXIII (março 2013), 45, pp. 509-553, download available at: www.anpt.org.br, retrieved on April 26, 2015.

The third case involves urban slavery. After conducting an investigation, MPT found that a famous brand of clothes, Zara, benefited from the outsourcing of part of its sewing activities to sweatshops where individuals were kept in conditions analogous to slavery. At that point of the supply chain, workers were paid R\$ 2.00 per garment (less than a dollar). The conditions under which these workers were living were as follows: (1) they were illegally hired and kept unregistered by the company; (2) child labour was identified in the sweatshop; (3) workers were subjected to degrading conditions of work and debilitating work-days of up to 16h per day, and also to restrictions on their freedom of movement. One of the workers confirmed that they could only leave the house with the permission of the owner of the sweatshop, which was granted only in urgent cases, such as in the event of a sick child; (4) the workers were all undocumented immigrants, coming from Bolivia, Peru, and Paraguay. Some of them could only speak *Quechua*, a native language of the Andean region.

Zara agreed to take responsibility for the labour conditions within all its supply chain. The company also agreed to pay a fine of R\$ 50,000.00 per worker found toiling under illegal conditions. Avoiding the term « collective moral damage », the company settled a payment of some R\$ 3,400,000.00, as a « social investment » intended for an emergency fund controlled by the Commission for Pastoral Care for Migrants and the Migrant Support Centre, to assist victims of slave labour. The company signed the settlement on December 19, 2011 (27).

Again, in all of these cases, the legal basis for MPT lawsuits and investigations, as well as for the judicial decisions, was the violation of the principle of human dignity. Another paradigmatic case, which may prove important in future investigations, was completed at the end of 2013. It involves Lima Araujo Agropecuária, a livestock company sentenced to pay compensation for collective moral damages in all instances of the labour judicial system, including the Superior Labour Court. The company had 180 workers in conditions analogous to slavery in the southern part of Pará. As a result of a lawsuit filed by MPT, the company was sentenced to pay R\$ 5,000,000.00 in collective damages. All the company's appeals were denied, and it ended up agreeing to pay the updated value of R\$ 6,600,00.00. The agreement

(27) BRASIL, Ministério Público do Trabalho — Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região, Inquérito Civil nº 000393.2011.02.002/2. Procurador do Trabalho Oficiante: Luiz Carlos Michele Fabre. Termo subscrito em 19 de Dezembro de 2011, Termo de Ajuste de Conduta (in file with the authors). See also Luiz Carlos FABRE, *Imigração e Tráfico de Pessoas*, in « Revista Humanidades », 59 (outubro 2012), pp. 130-133.

was ratified by the Labour Judge of Marabá, State of Pará, on October 21, 2013 ⁽²⁸⁾.

What can we learn from all these cases? Since the enactment of the 1988 Constitution, a huge mobilization of various organizations committed to the fight against contemporary slavery took place. The Ministry of Labour, the Labour Prosecution Office, the Federal Police, the Federal Prosecution Office, and other partners started to form mobile inspection teams with the aim of eradicating contemporary slavery. We understand that this mobilization was only made possible due to a cultural and political transformation triggered by the approval of a new Constitution; the same Constitution that chose the dignity of the human person as one of the fundamental principles of the Federative Republic of Brazil.

This highly abstract language eventually made it possible to unveil and challenge attitudes deeply rooted in the country's hinterland as well as in its urban settings; attitudes that amount to the super-exploitation of workers in a slavery-like framework. The reading of several court decisions reveals that the courts use expressions such as « shame », « social feeling of unworthiness », « disgust », and « dishonour » to describe the practices investigated by MPT. That was only made possible because the principle of human dignity was embraced as the ultimate criterion to assess the conducts challenged in these lawsuits. From this idea of dignity has emerged the concept of « collective moral damages », an efficient and comprehensive form of punishment, which can hold individuals, companies, and economic groups accountable for subjecting workers to conditions analogous to slavery.

4. *Concluding Remarks.*

The attitude of the Judicial Power towards slavery cases in contemporary Brazil is somewhat complex. As we could see in the highlighted cases, there are many different ways of exploiting slave work, with different consequences for the workers, employers, and public sector. Courts have become more involved with this issue after some legislative changes and public policies were made in the 1990s and 2000s.

As we could expect, there are discrepancies in the standards used by Criminal and Labour Courts when dealing with slavery. Criminal judges tend to be more legalistic, using a narrow concept of slavery. Labour judges focus more on the collective damage caused by slave

⁽²⁸⁾ BRASIL, 2ª Vara do Trabalho de Marabá — PA, Ação Civil Pública nº 0178000-13.2003.5.08.0117. Juiz Prolator: Jônatas dos Santos Andrade, publicação em 21 de Outubro de 2013, ata de audiência (in file with the authors).

work, and try to inhibit it through large compensations. Criminal and Labour judges alike use the Constitution, the BPC and some international norms, in an effort to provide a stable framework for lawyers, public officers and social actors.

From a legal history perspective, there is an interesting phenomenon in all these cases. Slavery is itself a strong human rights violation, but it is never « alone ». Merged with slave work, we can find other human rights violations. In the criminal cases, we could see the presence of a discussion about poverty; the judges kept asking about the poor social conditions in which slavery was found. In some cases, this concern was used to grant some acquittals.

In the Labour Courts rulings, it was possible to find other elements in the cases which were connected to labour law violations. The two first cases analyzed had a strong connection with indigenous lands and its use. Brazil is struggling to provide legal protection to the aborigines since its Independence. The 1988 Constitution has a special chapter dedicated to indigenous rights, lands, and cultural heritage, and several conflicts have arisen, especially in northern and western Brazil.

The Zara case has brought another huge human rights issue in Brazil to light. As we could explain, most of the workers who were found in slave-like conditions were foreigners from other South American countries (mainly Bolivian citizens). These migrants move to Brazil with their families; they are subjected to middlemen and are trafficked to Brazil. Labour exploitation is associated, in these cases, to migration and human trafficking ⁽²⁹⁾.

(29) See Christiane NOGUEIRA, Marina NOVAES, Renato BIGNAMI, Xavier PLASSAT, *Tráfico de pessoas e trabalho escravo: além da interposição de conceitos*, in « Revista do Ministério Público do Trabalho », XXIII (Setembro 2013), 46, pp. 217-243, download available at: www.anpt.org.br, retrieved on April 26, 2015.

LEONIDA TEDOLDI

DELLO STATO DEGLI ITALIANI

(A proposito di Sabino Cassese, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, il Mulino, 2014)

Il volume di Sabino Cassese esce in un momento di riflessione molto accesa sullo Stato occidentale nel suo rapporto con lo spazio globale. Anzi, meglio, questo lavoro approda nel pieno del ritorno (o del tentativo) degli Stati al controllo dei fenomeni globali.

Anche un ambiente culturale, come quello anglosassone, non sempre effervescente su questo tema, in questi ultimi tempi si è esercitato nella discussione sulle sfide e sull'irriducibilità dello Stato, di fronte alla complessità accentuata della fase storica che stiamo attraversando, tanto che qualcuno parla di « quarta rivoluzione dello Stato »⁽¹⁾; quella della sua reinvenzione. In realtà si tende ormai, ma il dibattito è assai aperto, a ipotizzare la riduzione della sua area di intervento, attraverso una « reingegnerizzazione » per renderlo più razionale, ma anche di dimensioni minori, rispetto allo sviluppo che ebbe nel Novecento, però nello stesso tempo più efficace per le sfide future.

Più volte, lo stesso Cassese ha giudicato come una sorta di malinteso l'idea che lo Stato stia perdendo importanza con lo sviluppo della globalizzazione. Anzi — sostiene — resiste e molto bene, nonostante le crisi passate⁽²⁾, anche durante l'attraversamento di quella che, ancora Cassese, denomina come « Terza crisi dello Stato »⁽³⁾, in cui si

(1) J. MICKLETHWAIT, A. WOOLDRIDGE, *The Fourth Revolution: The Global Race to Reinvent the State*, London, Penguin, 2014.

(2) S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 15-30.

(3) Ho ripreso questo tema di recente in *Stato e globalizzazione in Storia delle istituzioni politiche, dall'antico regime all'era globale*, a cura di M. Meriggi, L. Tedoldi, Roma, Carocci, 2014. La prima, sviluppatasi nel primo decennio del XX secolo, fu generata dalla penetrazione di interessi organizzati all'interno delle istituzioni statali liberali, poco permeabili ai cambiamenti della società. La seconda, quella degli anni settanta-ottanta del Novecento, dovuta in parte al venir meno dell'espansione delle funzioni statali, portò alla crisi fiscale (in seguito al cosiddetto *shock petrolifero*) e

manifesta per molti versi la scarsa capacità dello Stato costituzionale occidentale di fronte alla continua formazione di poteri pubblici ultra-statali, come appunto l'Unione europea, e di fronte al rafforzarsi dei grandi cambiamenti mondiali ⁽⁴⁾.

Di recente, in Italia, da una parte la corruzione dilagante che coinvolge sempre più anche le amministrazioni pubbliche, e la difficoltà dell'azione di controllo, stanno spostando il dibattito verso ipotesi di alleggerimento drastico dello Stato e soprattutto della quota delle risorse intermedie dallo Stato stesso, dall'altra si assiste al ritorno del confronto sulla « rinazionalizzazione » di grandi imprese pubbliche dell'acciaio in seria difficoltà, come l'ILVA.

Quindi, l'uscita dell'ultima fatica di Cassese, che sistematizza il lungo percorso di costruzione dello Stato italiano, attraverso un'analisi sostenuta da una lunga attività di ricerca sullo Stato italiano, non può che costituire di per sé una tappa importante di riflessione, non solo in Italia, naturalmente.

Sul piano specificatamente storiografico, quello dello Stato italiano è uno dei maggiori problemi, ma uno dei meno indagati dal punto di vista della produzione scientifica « domestica », tanto che il libro di Cassese può essere considerato la prima monografia organica sull'argomento.

Il motivo di tale situazione è profondo e risiede proprio nell'approccio all'oggetto di indagine-Stato, Stato « moderno », che ha condizionato per diversi decenni la ricerca storica italiana, ma anche quella europea spesso avvilita intorno al concetto di Stato nazione ⁽⁵⁾, tanto che, in definitiva, i saggi sull'argomento sono ancora, tutto sommato, residui.

Infatti, come ha ricordato di recente anche Guido Melis ⁽⁶⁾, la storia dello Stato fu ridotta per anni ad alcuni accenni nelle premesse a

all'avvio della stagione neoliberista in cui si manifestò in tutta la sua drammaticità la consapevolezza che gli Stati potessero collassare e i *welfare states* europei non potessero garantire la responsabilità sui rischi derivanti dall'instabilità dei mercati. In sostanza i governi furono costretti ad un cambio di stile della *governance* di fronte alle sfide della crescente competizione internazionale e dell'approfondirsi dell'integrazione economica e monetaria a livello comunitario.

⁽⁴⁾ Su questi temi non si può prescindere da *Condannata al successo? L'Italia nell'Europa integrata*, a cura di G. Di Palma, S. Fabbrini, G. Freddi, Bologna, Il Mulino, 2000.

⁽⁵⁾ Cfr., ad esempio, A. MILWARD, *The European Rescue of the Nation State*, London-New York, Routledge, 1992 e *The Frontier of National Sovereignty: History and Theory, 1945-1992*, London-New York, Routledge, 1993.

⁽⁶⁾ G. MELIS, A. SABBATUCCI, L. TEDOLDI, *Storia dello Stato di Sabino Cassese, interventi di*, in « Le Carte e la Storia », 2014, 2, p. 7.

qualche libro di storia costituzionale, o del diritto, ed è spesso coincisa con quella della legislazione.

Questo approccio ha condizionato probabilmente anche lo studio e l'analisi di altri temi importanti come quello dello Stato fascista, ad esempio.

Fino agli anni Novanta, la storiografia istituzionalista si è limitata ad analizzare le istituzioni fasciste nel loro « stato di quiete » e al massimo attraverso le biografie dei gruppi dirigenti, senza mai approdare ad un'analisi in profondità sul loro funzionamento e sul loro agire (7).

Fino ad un quindicennio fa, l'unico lavoro importante era quello, assai noto, di Alberto Aquarone (8), poi, l'uscita del lavoro corale curato da Marco Palla (9) e anche della ricerca sulla classe politica del ventennio di Didier Musiedlak (10) riaprirono la strada ad una nuova riflessione grazie anche ai lavori di Guido Melis e poi dello stesso Sabino Cassese (11), fino a giungere al lavoro più recente sulla « monarchia fascista » di Paolo Colombo (12).

Infatti in Italia lo storiografia contemporaneista, sia di impostazione idealistico-crociana, sia marxista, così come quella di orientamento cattolico ha, di fatto, ignorato il tema, irrobustendo quello che, sempre Melis, chiama il « pregiudizio culturale avverso allo Stato » durato fino alla fine degli anni Ottanta (13).

In seguito, l'orientamento storiografico sulle istituzioni politiche ha riaffermato il tema anche per merito del confronto con altre discipline, come la sociologia d'oltreoceano. Non per nulla nel volume di Cassese uno degli autori più citati è Charles Tilly, non venendo meno il riferimento ad una fruttifera stagione di studi proveniente dagli Stati Uniti, che coinvolse anche Michael Mann e Gianfranco Poggi, i quali,

(7) Sia il ruolo della Presidenza del Consiglio sia il lavoro del Consiglio dei ministri e ancora l'azione della segreteria particolare del duce restano prevalentemente da studiare; cfr. G. MELIS, *Fare lo Stato per fare gli italiani*, Bologna, il Mulino, 2015, p. 157.

(8) *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino Einaudi, 1995 (ultima edizione).

(9) *Lo Stato fascista*, Milano, La Nuova Italia, 2001.

(10) *Lo Stato fascista e la sua classe politica, 1922-1943*, Bologna, il Mulino, 2003.

(11) *Lo Stato fascista*, Bologna, il Mulino, 2012.

(12) *La monarchia fascista. 1922-1940*, Bologna, il Mulino, 2010.

(13) Se si escludono i noti volumi sullo Stato moderno curati da E. Rotelli e P. Schiera. Cfr. l'intervento di Guido Melis, in G. MELIS, A. SABBATUCCI, L. TEDOLDI, *Storia dello Stato di Sabino Cassese*, cit., p. 8 e L. TEDOLDI, *Stato (occidentale) tra crisi e trasformazione: riflessioni a margine*, in *Autonomia, forme di governo e democrazia nell'età moderna e contemporanea. Scritti in onore di Ettore Rotelli*, a cura di P. Aimò, E. Colombo, F. Rugge, Pavia, Pavia University Press, 2014, pp. 375-382.

insieme ad un'altra sociologa Telda Skocpol, riuscirono a sgravare dall'armamentario neo-marxista l'argomento di indagine Stato, ridotto fino ad allora a mero strumento di potere di alcune classi sociali o di gruppi di interesse ⁽¹⁴⁾, seppure ancora di recente il dibattito sia parzialmente aperto ⁽¹⁵⁾.

Comunque, la ricerca storica italiana ha prodotto, fino ad ora, solo pochi volumi « organici » su questo tema, se si escludono quelli che indagano in profondità gli aspetti prevalentemente costituzionali, che rappresentano invece la parte più consistente della produzione scientifica politico-istituzionale e che ha visto nei lavori di Umberto Allegretti, Maurizio Fioravanti, Fulco Lanchester e, sul versante più prettamente storico-istituzionale, Roberto Martucci, i riferimenti più importanti degli ultimi decenni, rispetto ad una storiografia « istituzionalista », salvo i casi che citerò a breve, incapace di costruire un quadro organico dello sviluppo dello Stato italiano dall'Unità al secondo dopoguerra ⁽¹⁶⁾. Da molti punti di vista un ulteriore passo in avanti sul terreno del confronto interdisciplinare, rispetto anche alle tendenze generazionali è fornita, a mio avviso, dai lavori di Livio Paladin, il quale ha saputo coniugare la sua esperienza di ricerca in campo costituzionalistico con una sensibilità non comune alla storia delle istituzioni, come si può vedere nel suo ultimo lavoro ⁽¹⁷⁾.

In ogni caso, i lavori che affrontano in profondità l'argomento-Stato italiano nelle sue ampie dimensioni sono stati quello corale curato

⁽¹⁴⁾ *The Formation of Nation States in Western Europe*, C. Tilly (ed.), Princeton NJ, Princeton University Press, 1975; M. MANN, *The Sources of Social Power*, V. I., *A History of Power from the Beginning to AD 1760*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986; G. POGGI, *The State, Its Nature, Development and Prospects*, Cambridge, Polity, 1990. Su questi temi mi sia concesso rinviare anche a L. TEDOLDI, *Dove eravamo rimasti? Stato in età moderna tra problemi storiografici e questioni aperte*, in « Le Carte e la Storia », 1 (2009), pp. 19-34.

⁽¹⁵⁾ M. RICCIARDI, *Dallo Stato moderno allo Stato globale. Storia e trasformazione di un concetto*, in « Scienza e Politica », 25 (2013), p. 79. Ancora recentemente Mauro Calise e Theodor Löwi, in *Hyperpolitics. An Interactive Dictionary of Political Science Concepts* (Chicago, Chicago University Press, 2010), hanno affermato la necessità di riprendere il concetto di « Stato », però nel loro dizionario rimane intrecciato con molti altri senza possedere una propria voce. Comunque, sottolinea Ricciardi, il concetto è posto all'intersezione di altri concetti che finiscono « più per determinarlo che per esserne determinati » e quindi « è regolarmente costruito e ricostruito all'incrocio dei discorsi delle discipline politiche del sociale ».

⁽¹⁶⁾ Di recente U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2014 e soprattutto F. LANCHESTER, *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Milano, Giuffrè, 2014.

⁽¹⁷⁾ L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, il Mulino, 2004.

da Raffaele Romanelli e quelli di Guido Melis, ora in parte riuniti in un volume ⁽¹⁸⁾, perché sono ancora i soli, con approcci diversi, ad aver saputo intrecciare nel lungo periodo la storia statale italiana con lo sviluppo, e l'arretratezza, della società e dell'economia.

Quindi, il volume di Cassese approfondisce in modo unitario una riflessione sullo Stato come fondamentale strumento di governo, peraltro evidenziata immediatamente dal titolo del volume, sulle articolazioni organizzative, sulle strutture e sui poteri, ma anche sugli uomini e le culture in rapporto dialettico con gli interessi, nell'azione di interazione con la società civile. In sostanza opera una scelta, un taglio, d'indagine prevalentemente dalla parte del centro (forse troppo, ma molto comprensibile) che si pone all'incrocio tra accentramento, *governance*, elefantiasi burocratica, quindi stalinismo pesante, e amministrazione per enti, culture tecnocratiche ed efficientiste, antiburocratiche e programmatrici, per rimanere all'interno delle coordinate introdotte già da Raffaele Romanelli ⁽¹⁹⁾, che nel lavoro di Cassese vengono ricondotte abilmente all'interno del *topos* Stato. Tale prospettiva d'analisi è condotta senza netti confini disciplinari; si nutre, come l'a. ha fatto spesso, anche di sociologia, di economia e di scienza politica. Da questo punto di vista, l'a. mostra ancora una volta come sia fecondo, e irrinunciabile, l'approccio interdisciplinare, tanto enfatizzato, quanto ancora poco praticato nelle scienze storico-giuridico-istituzionali.

Allora, il lavoro di Cassese introduce, già nelle premesse, le basi di discussione del cosiddetto paradosso « quantitativo e qualitativo » dello Stato italiano: in sostanza esso possiede dimensioni da colosso, rimane ancora uno dei più importanti imprenditori europei, così come in Francia ⁽²⁰⁾, ma storicamente è un « gigante dai piedi di argilla » ⁽²¹⁾, « incrementale e parcellizzato », e, per citare lo stesso Cassese, poroso, penetrabile dagli interessi forti, locali e corporati, incapace di rendersi autonomo rispetto a quelli economici e elettorali che sono sempre penetrati nella macchina statale.

Su questo paradosso, se si può dire, negli ultimi tempi sono tornati, assai proficuamente, anche i volumi sulla *Storia dell'Iri* ⁽²²⁾, mostrando bene il rapporto tra l'« Istituto » e la ricostruzione dello

⁽¹⁸⁾ MELIS, *Fare lo Stato*, cit.

⁽¹⁹⁾ R. ROMANELLI, *Introduzione*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, a cura di Id., Roma, Donzelli, 1995, p. XV.

⁽²⁰⁾ Cfr. P. ROSANVALLON, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, 1990, pp. 262-267.

⁽²¹⁾ Il riferimento è al lavoro corale *Il gigante dai piedi di argilla. La crisi del regime partitocratico in Italia*, a cura di M. Cotta, P. Isernia, Bologna, il Mulino, 1999.

⁽²²⁾ *Storia dell'IRI*, voll. 1-4, Roma-Bari, Laterza, dal 2010 al 2014. A questo riguardo risultano particolarmente interessanti le recenti osservazioni di Pier Luigi

Stato italiano attraverso la politica di programmazione tra accumulazione, sviluppo industriale e riequilibrio territoriale.

Il complesso, quanto politicamente debole, processo delle privatizzazioni degli anni novanta, che ha coinvolto lo stesso IRI, ha mostrato però le ricadute drammatiche anche sullo Stato nel suo insieme, in termini di incremento del debito pubblico e di affaticamento del mantenimento del ruolo dello Stato anche nei confronti della sfida europea.

Comunque, sebbene Cassese ritorni alla classica discussione sulla formazione dello Stato italiano precedente rispetto alla crescita del legame sociale costituito dalla Nazione, e faccia intendere che, se si cerca un modello di comparazione, quello può essere il *fiscal-military State* — cioè quell'esperienza nata nel mondo anglosassone che ha costruito un modello in cui sono « evidenti la concatenazione tra legislazione e amministrazione e l'importanza del corpo professionale dei funzionari » —, ci si accorge, però che l'a. non solo non aderisce fino in fondo a questo tentativo di confronto, ma non rimane vincolato neppure al modello politologico di *State — Nation building* ⁽²³⁾. Piuttosto, coltiva l'idea del confronto tra l'esperienza italiana e l'ipostatizzazione dello Stato occidentale, *tout court*, che si è sedimentato prevalentemente in questo continente, ne è una sua invenzione, e che poi ha preso forme diverse che possono essere raffrontate.

La costruzione dello Stato italiano postunitario non si irrobustì attraverso un'azione politica e una strumentazione giuridico-istituzionale volte a garantire la sicurezza e poi il benessere dei « cittadini », ma con quelle in grado di salvaguardare gli interessi economici della propria classe politica e quindi privilegiando la creazione di un largo mercato interno in grado di rafforzare la produzione e il commercio; prima la finanza, poi l'amministrazione.

Dopo la lettura del primo capitolo abbiamo già gli elementi di fondo sul quale si snoda in seguito tutto il discorso di Cassese: quello italiano è un « non-modello » di Stato che si deve pensare anche nel confronto con la sua proiezione internazionale ed europea. Tanto che l'autore apre e chiude il volume — quasi volesse sublimarlo — con un capitolo politologico sullo Stato nella globalizzazione.

Per queste ragioni di fondo, la storia istituzionale, e quindi dello Stato, deve essere calata nella storia sociale ed economica, che è, quindi, storia non solo interna alle istituzioni, ma legata al processo di consolidamento del rapporto con la società e l'economia. Tale rapporto è uno

PORTA, *Il "miracolo" economico e il ruolo dell'IRI*, in « Rivista di storia economica », 3 (2014), pp. 357-374.

⁽²³⁾ Tema sul quale insiste P. SCHIERA, *Prove di dialogo con Sabino Cassese sulla storia dello Stato italiano*, in « Scienza e Politica. Per una storia delle idee », XXVI (2014), 50, p. 122 e ss.

dei motivi, per molti versi, della « tenuta » dello Stato nella globalizzazione, anzi « mai come con la globalizzazione gli Stati sono divenuti stabili ed hanno ampliato la loro azione » (24).

I riferimenti evocati dall'a., ai lavori di J.P. Nettl e poi soprattutto di Charles Tilly (« la misurazione del livello di statalità in base all'autonomia formale, alla centralizzazione e alla coordinazione interna ») servono non solo per confrontarne i modelli di *State building*, quanto soprattutto per decostruire il processo di organizzazione dello Stato italiano. Del resto in Italia non ci fu una robusta teoria dello Stato (almeno dal XVII secolo fino agli anni venti), paragonabile a quella francese e tedesca, a causa anche del primato della politica che ha mantenuto un forte controllo sugli apparati pubblici. E per questo Cassese, con grande cura, sceglie di narrare i mille discorsi sullo Stato italiano: la tradizione « étatiste », lo Stato paterno, il legislatore onnipotente, l'ampiezza della mano pubblica, i privilegi dell'amministrazione, l'invasione delle periferie da parte del centro e poi il rapporto sbilanciato tra Stato e cittadini, i governi deboli, lo Stato in balia dell'economia, l'amministrazione « porosa » e la molteplicità dei centri.

Questi diventano gli elementi portanti sui quali insiste e ruota gran parte dell'analisi che si intreccia con i grandi problemi storiografici: accentramento e decentramento, ruolo delle condizioni esogene sull'assetto dello Stato, ossia economia e finanza e poi la tensione tra politica, amministrazione e giustizia. Quindi, Cassese avvia la propria narrazione introducendo il dibattito sulla continuità o la « novità » dello Stato, che impegnò da una parte Dionisio Anzilotti, che lo riteneva nuovo, perché frutto di annessioni di più Stati, e dall'altra Santi Romano che, viceversa, lo pensava come continuità dello Stato piemontese, in quanto non era stato superato in via definitiva lo Statuto albertino (in sintonia con gli intendimenti di Cavour).

L'essenza del lavoro di Cassese è racchiusa in un binomio, che potremmo definire « continuità e cesure ». L'alternanza di questi due termini rappresenta la peculiarità della storia dello Stato italiano. In realtà, scopriamo alla fine del volume che la continuità nella storia dello Stato italiano è relativa e che cesure molto profonde, vere e proprie, dirimpenti, non ci furono e che questo « non-modello » non è privo di contraddizioni. Infatti, ad esempio, una delle linee di continuità, la maglia amministrativa dello Stato italiano, è stata segnata da una profonda persistenza, tanto che negli ultimi decenni gli studiosi hanno sottolineato, nonostante le fratture politiche e costituzionali, il dato dell'« intangibilità », ma anche dell'« inerzia » e della « irrazionale con-

(24) G. MELIS in ID., A. SABBATUCCI, L. TEDOLDI, *Storia dello Stato di Sabino Cassese*, cit., p. 44.

tinuità del disegno geografico delle unità politico-amministrative » (25). Anche Maurizio Fioravanti qualche decennio fa ha sottolineato quello che ha chiamato l'« insistere quasi ossessivo » sulla continuità dello Stato (26).

In sostanza, in questo volume va in scena quella « lentissima fondazione dello Stato », che già Massimo Severo Giannini aveva reso evidente nei suoi scritti e che negli anni Ottanta del Novecento non gli appariva ancora terminata; anzi, per molti versi la trovava malfatta (27).

In ogni caso, il lavoro è sostanzialmente diviso in quattro parti che rappresentano lo sviluppo dello Stato fino ad oggi. La prima, che comprende il periodo che corre tra il 1861 e la fine del secolo, è segnata dallo Stato liberista. La seconda, dagli inizi del XX secolo agli anni Venti, è quella dello Stato della prima industrializzazione; la terza, dal '29 fino alla metà del secolo è quella dello Stato dell'economia mista; e la quarta, dalla metà alla fine del Novecento viene definita dello Stato del benessere (o Stato sociale, forse meglio). Anche se, per altri versi, il volume potrebbe essere diviso in due grandi fasi che hanno negli anni Trenta il decennio di separazione: quella del periodo « unitario » per usare l'espressione di Pierangelo Schiera, cioè di Crispi, Giolitti e del primo Mussolini e quella del policentrismo avanzante e della frammentazione amministrativa successiva (28). Inoltre, la storia dello Stato sociale inizia cinquant'anni dopo l'Unità e per almeno un quarantennio la società italiana « rifiutò lo Stato » o ne accettò solo qualche principio di regolazione (p. 292).

Lo Stato venne costruito, fin dai primi governi postunitari, attraverso una robusta architettura giuridica che si innestava sul modello istituzionale originario « pensato » da Cavour; tuttavia, afferma Cassese, tale modello « ha subito ingigantito la specialità e il carattere derogatorio delle regole che da esso promanavano » (p. 30).

Quindi, « prigioniero di interessi privati » fin dai suoi primi passi, lo Stato italiano non è riuscito nel tempo a imporre con efficacia regole

(25) Cfr. il recente lavoro di L. BLANCO, *Territorio e amministrazione: appunti di lavoro sul tema delle circoscrizioni amministrative nell'Italia unita*, in *Autonomia, forme di governo e democrazia nell'età moderna e contemporanea*, cit., p. 34 e F. BONINI, *L'orizzonte politico-istituzionale vicino: la nascita delle circoscrizioni provinciali in Italia*, in « Storia Amministrazione Costituzione », 11 (2003), pp. 265-309; Id., *Territorio e circoscrizioni amministrative: l'ambito provinciale nella penisola italiana*, in *Organizzazione del potere e territorio. Contributi per una lettura storica della spazialità*, a cura di L. Blanco, Milano, Franco Angeli, 2008, pp. 81-95.

(26) M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in Id., L. Mangoni, F. Salvi, A. Schiavone, *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 10.

(27) M.S. GIANNINI, *Scritti*, vol. VII (1981), Milano, Giuffrè, 2005.

(28) P. SCHIERA, *Prove di dialogo con Sabino Cassese*, cit., p. 124.

su tutto il territorio, oltre ad aver tollerato la divisione della società e dell'economia in due parti, tra Nord e Sud. Infatti, come mostra bene l'a., i confronti aspri non mancarono fin dagli anni settanta dell'Ottocento. Quindi, lo « strato » più profondo dello Stato, che avanzò verso la fine dell'Ottocento, fu costituito dalla continuità delle istituzioni principali, che risalivano quasi tutte al periodo della fondazione, salvo il Consiglio di Stato, che era preesistente. Tale percorso ha prodotto però anche una perenne crisi della rappresentanza, dovuta alla distanza tra società e Stato, creatasi anche per il varo di troppe leggi elettorali.

L'estrema fragilità dello Stato all'interno di uno scheletro burocratico farraginoso, ma robusto, marcò costantemente le dimensioni politiche e culturali del rapporto tra apparati e società, insomma tra istituzioni e collettività. Per lunga parte della sua storia, la maggioranza del paese è stata estranea allo Stato, non ha avuto voce nella gestione collettiva. Inoltre, lo Stato italiano è sempre vissuto al di sopra delle sue possibilità, e non sempre economiche, mantenendo un costante squilibrio tra entrate e spese e al tempo stesso amplificando la propria distanza rispetto alla società, processo questo che innescò una costante crisi della rappresentanza e irrobustì l'instabilità dei rapporti tra istituzioni e collettività.

Comunque: lo Stato italiano si irrobustisce a cavallo dei due secoli, ormai è una convinzione forte di Cassese che condivide — riprendendola — con Guido Melis ⁽²⁹⁾; quando, cioè, viene meno l'apparato pubblico come « forza trainante » dello scambio tra personale politico e personale amministrativo e avanza l'allargamento dell'area amministrativa in cui predomina « il potere pubblico come erogatore di servizi » ⁽³⁰⁾. Probabilmente, suggerisce Cassese, l'interventismo statale in crescita — basta vedere la fase giolittiana —, lo sviluppo delle imprese pubbliche e la guerra hanno poi influenzato la spinta all'accentramento amministrativo.

Ma la grande anomalia risiede nella funzione di governo. Nonostante la tradizione tedesca sia stata il riferimento maggiore per la costruzione del disciplinamento dei rapporti tra Stato e cittadini negli anni successivi all'unificazione, piuttosto che quella inglese (di diversa derivazione), appare significativa la debolezza di fondo del ruolo dell'esecutivo e del suo capo. In questo volume viene affrontata giustamente più volte; come sostiene Cassese « raramente l'organo di governo si è identificato nel Consiglio dei ministri », ad iniziare dallo Statuto albertino, in cui il rapporto tra ministri, corona e parlamento rimase confuso, quasi indeterminato.

⁽²⁹⁾ Ora cfr. MELIS, *Fare lo Stato*, cit.

⁽³⁰⁾ Di recente Umberto Allegretti ha mostrato i suoi dubbi rispetto a questa a visione in *Storia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2014.

Come mostrò già Ettore Rotelli nel 1972 ⁽³¹⁾, l'Italia liberale non riuscì a fissare nel Consiglio dei ministri e nel suo presidente la funzione di indirizzo politico e il riconoscimento della funzione di governo; anzi, nello Statuto albertino non erano neppure stati inseriti i principi del riconoscimento della figura del Presidente del Consiglio dei Ministri. Troppo a lungo si era temuto l'avvento di un reale governo parlamentare, fondato sui partiti politici e sulla loro capacità organizzativa e di consenso ⁽³²⁾. Questo tema diventa nel volume di Cassese un lungo filo rosso, se posso usare questa espressione, che si dipana e si riarticola costantemente. Fu il Fascismo, naturalmente, che consolidò e irrobustì la funzione del presidente del Consiglio e il suo ruolo di guida forte dell'esecutivo, attraverso anche l'attribuzione ideologica alla carica di « corpo mistico e istituzionale » di capo del governo che impersonificava nello stesso tempo anche l'insieme dei ministri; ma, per converso, durante il Ventennio non fu trascurata da parte di Mussolini l'azione, il ruolo e le funzioni di contrattazione della sua carica tra il governo centrale e le periferie del Regno d'Italia. Comunque, si può dire con Paolo Colombo che l'ordinamento del governo durante il Fascismo — e nonostante gli sforzi dei giuristi fascisti — « rimase in buona parte sospeso in una sorta di limbo di eccezionalità a-giuridica », dipendente dal rapporto stretto con il monarca ⁽³³⁾. Il Fascismo non fu mai, sul piano istituzionale, una radicata dittatura personale, a causa della sopravvivenza della Corona, questa situazione ha determinato una certa specificità anche per lo Stato stesso.

Quindi, fino agli anni Venti, la mancanza di una reale funzione di governo ha permesso che si irrobustissero forme di centralismo debole e di policentrismo « di fatto » all'interno di un sistema di arretratezza delle autonomie e di eccessiva fluidità delle relazioni centro-periferia, e si consolidasse anche una negoziazione costante dell'assetto effettivo dei poteri, al di là delle pretese dell'ideologia di governo.

Quindi, il filo rosso, costituito dall'analisi del centro motore dello Stato, il governo, si distende poi nel lungo secondo dopoguerra « indebolito però dalla precarietà », che rese difficile « la continuità delle politiche pubbliche ».

La causa non fu solo il multipartitismo, la frammentazione politica, ma anche, insiste più volte Cassese, il localismo della politica italiana « ancorata alla dimensione territoriale », almeno fino alla « costituzionalizzazione senza stabilizzazione » nella piena età repubblicana

⁽³¹⁾ Cfr. E. ROTELLI, *La presidenza del consiglio dei ministri. Il problema del coordinamento dell'amministrazione centrale in Italia (1848-1948)*, Milano, Giuffrè, 1972.

⁽³²⁾ M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, cit., p. 55.

⁽³³⁾ Su questo cfr. P. COLOMBO, *La monarchia fascista*, cit., p. 65 e ss.

e ancora fino al tentativo, in realtà, di riforma degli anni Ottanta e di « pseudo presidenzializzazione » del 2005.

La grande anomalia italiana risiede nella mancanza di una solida opera di unificazione amministrativa che ha allontanato l'Italia dai processi di *State building* europei, nonostante il notevole impegno coagulato intorno all'impianto legislativo, messo in campo negli anni sessanta dell'Ottocento. Per questo motivo, si mostra bene lo sviluppo frattale dell'amministrazione successivo alla creazione delle istituzioni e dello Stato di quasi un quarantennio. In realtà, quello che emerge fortemente è il collegamento diretto o indiretto del « ciclo dell'amministrazione » all'input rappresentato dalla crescita dei lavori pubblici e dello sviluppo economico.

L'amministrazione — che ha svolto un ruolo di freno al posto di quello di macchina principale del cambiamento — si irrobustisce non per le esigenze di unificare il paese, di « fare la nazione » quindi, ma per la necessità di sviluppare il primo sistema industriale, come sostiene anche Guido Melis, anzi, per le ambizioni del nascente capitalismo italiano.

Il *big sprout*, la crescita sostenuta degli organici, si sviluppa in coincidenza con il decollo industriale, per una « specifica e puntuale » domanda di servizi pubblici connessi alle nuove esigenze dell'industrializzazione e non per un'esigenza di potenza dello Stato o per rafforzare la legittimazione delle nuove istituzioni ⁽³⁴⁾.

Infatti, i primi governi si occuparono più della creazione di un mercato e meno della costruzione di un apparato di organi e di regole amministrativi e quindi in generale poco in sintonia con il modello di *State building* europeo; e questo spiega bene, secondo l'a., la forte dipendenza dell'economia dallo Stato e l'eccessivo accentramento. Quindi, lo sviluppo della burocrazia non fu dettato da regole, o principi, e dalle esigenze dello Stato, quanto piuttosto da pressioni e contingenze esterne dell'economia e della politica. Inoltre, non solo ci fu anche un uso strumentale dell'amministrazione in funzione dell'assorbimento del malcontento del ceto medio intellettuale, ma gli incrementi della dimensione del corpo burocratico centrale dello Stato di età giolittiana (e fascista) furono dovuti all'immissione di personale di particolari categorie — dagli operai agli insegnanti — a seguito del passaggio allo « Stato dei servizi ».

Il dato più significativo, ci indica Cassese, dell'anomalia italiana è proprio la « diversa dislocazione dei poteri tra amministrazione statale e sistema delle aziende e degli enti », ma anche, ad esempio, lo sviluppo di un diritto amministrativo separato dal diritto civile che si intreccia con la continuità e la fluidità delle funzioni dei grandi organi amministrativi.

⁽³⁴⁾ MELIS, *Fare lo Stato*, cit., p. 26.

Alle soglie del XX secolo l'amministrazione si presenta costruita sulla scorta degli indirizzi del modello originario cavouriano, delle modifiche apportate da Crispi e della moltiplicazione delle « direzioni generali » dei dicasteri che rafforzarono una struttura generale di fondo che ruotava intorno all'asse: ministro — direzioni generali — divisioni. Questa struttura enfatizzava la cosiddetta « simmetria dei ministeri » ed era un perno fondamentale della concezione « geometrico-razionale » del potere e della sua organizzazione costruita dalla rivoluzione borghese nell'Europa continentale, ma soprattutto il riflesso del compromesso deciso dal potere esecutivo per ridimensionare il primato di quello legislativo-parlamentare. Questa accelerazione portò all'aumento del numero dei ministeri, alla crescita delle dimensioni complessive dell'amministrazione statale e anche dei singoli apparati.

Trascinati da questo sviluppo accrescono inoltre le strutture organizzative che rapidamente si erano affiancate ai ministeri, come le aziende e gli enti, che determinarono « la formazione di un'organizzazione multipolare dei poteri pubblici » (p.151).

Contemporaneamente si espanse anche il principio politico-istituzionale dell'indipendenza della vigilanza sull'amministrazione. Al controllo della Corte dei Conti si sarebbe affiancato quello della Ragioneria, culminante nel ruolo guida della Ragioneria generale, innescando l'irrobustimento di due tipi di intervento, preventivo e consuntivo, che però, sovrapponendosi, avrebbero causato degli effetti negativi a ripercussione, che ancora oggi per molti versi sono presenti, anche riguardo alla gestione del debito pubblico ⁽³⁵⁾.

Nel 1905 nasce la prima azienda autonoma: le ferrovie; nello stesso tempo diminuisce l'« osmosi » tra politici e alti amministratori attraverso la meridionalizzazione del personale di vertice della burocrazia; questo fenomeno è da porre in relazione anche con la disciplina normativa del 1908 che fissava prerogative del potere pubblico. L'amministrazione « si meridionalizzava » e si ravvivava una forse eccessiva « giuridicizzazione » della burocrazia, a discapito, sostiene l'a., dell'amministrazione « del fare ». Inoltre si assisteva anche alla « magistraturizzazione » del ruolo amministrativo, « impadronendosi del Ministero di grazia e giustizia », e costruendo una protezione all'interferenza del governo sulla giustizia (p. 185). Quindi la burocrazia si trasformò in una sorta di « specialista » nelle regole e nelle formalità, trascurando gli « obiettivi pratici » dell'azione amministrativa e innescando la fuga dei tecnici dall'amministrazione e « l'autonomizzazione » degli enti pubblici dai ministeri. Proprio per questo risulta poco convincente l'idea, proposta da una parte della storiografia, che l'influenza del cambia-

⁽³⁵⁾ Su questo mi sia concesso, ancora una volta, rinviare a L. TEDOLDI, *Stato, governi e crescita del debito pubblico in Italia negli anni ottanta (1980-1987). Un approccio storico-istituzionale*, in « Le Carte e la Storia », 2014, 2, pp. 117-132.

mento sociale sull'amministrazione sia derivato invece dalla chiusura dell'amministrazione rispetto alla società.

Nel complesso la struttura amministrativa ereditata dallo Stato liberale ha resistito ai diversi cambiamenti del contesto storico, alle modificazioni delle dimensioni, alle mutate esigenze sociali e politiche fino al 1996, quando furono introdotte le maggiori sistemazioni alla struttura ministeriale, avviando quindi l'unificazione dei tre ministeri economici e di quelli dell'istruzione e dell'università. Contemporaneamente, dopo circa un quarantennio dall'Unità, si intravide la definizione, piuttosto che la strutturazione, di quello che diventerà il poroso Stato sociale italiano, quando cioè venne meno « il rifiuto dello Stato » da parte della società, — in realtà, ne accettò solo qualche principio di regolazione — e l'età giolittiana iniziò ad attribuire allo Stato un ruolo centrale, seppure indiretto, attraverso lo sviluppo di una sua prima e farraginoso articolazione. Lo Stato sociale italiano, a differenza dei paesi europei, venne però utilizzato per la sua capacità di accumulare risorse, superiori alle prestazioni, da destinarsi al Tesoro, alle esigenze belliche, coloniali, e di sviluppo della mano pubblica; questo anche grazie ad un disinteresse dei socialisti più interessati alla tutela del lavoro, piuttosto che alla protezione sociale e all'antistatalismo dei cattolici che difendevano il ruolo e la sopravvivenza delle opere pie e del mutualismo sociale. Le casse nazionali e le assicurazioni obbligatorie composero agli inizi del Novecento una rete previdenziale che disporrà più avanti di una sua sostanziale tenuta e continuità. Il Fascismo, come è noto, seppur riarticolare e ampliare questa rete già impostata (Omni, Cassa invalidi, Istituti nazionali ecc.), seppure, ricorda Cassese, lo squilibrio maggiore, quello pensionistico rimase uno dei gravi problemi del Ventennio e lo sarà, come è noto, anche dell'Italia repubblicana.

Su un altro versante, dal secondo decennio del XX secolo si irrobustì la tendenza a creare centri di potere pubblico distinti dai ministeri, attraverso la costituzione di enti pubblici che si collocavano fuori dall'amministrazione statale in senso proprio e negli anni Trenta si accentuò l'« entizzazione », sostenuta da nuove esigenze politico-sociali (IRI, Enti di disciplina dell'economia, la Banca d'Italia diventò un ente pubblico, e gli enti di categoria).

Gli anni trenta sono lo spartiacque che separa il lungo periodo in cui l'amministrazione centrale ha occupato un ruolo importante e unitario e « autoritario », dal periodo in cui tale amministrazione ha iniziato a diventare policentrica e a cedere il primato al sistema degli enti pubblici, tanto che la diversa dislocazione dei poteri tra amministrazione statale e sistema delle aziende e degli enti fu « probabilmente il fatto più rilevante dell'amministrazione italiana » ⁽³⁶⁾. Inoltre, la crescita rapida della burocrazia degli enti pubblici venne favorita anche

⁽³⁶⁾ *Lo Stato negli anni Trenta*, a cura di G. Melis, Bologna, il Mulino 2008.

dall'allentamento dei controlli, soprattutto di quelli della ragioneria generale dello Stato, sulla spesa. Questa relativa autonomia della burocrazia, che diventò poi forza delle élites tecnocratiche e degli enti pubblici, sarà il presupposto dell'avvio delle riforme e delle politiche di salvataggio degli anni Trenta e di quella bancaria del 1936. Tuttavia, gli stessi anni Trenta marcarono l'inizio di quel lungo declino delle strutture locali, che terminò in realtà con il varo delle Regioni all'inizio degli anni settanta.

Nel lavoro di Cassese emerge, in ogni caso, preponderante la forza della continuità dello Stato, soprattutto degli apparati, delle norme, delle prassi e delle culture istituzionali, per riprendere i *topoi* di Claudio Pavone. Ma anche per richiamare gli ultimi lavori di Guido Melis, il quale sostiene che il quadro normativo, durante il Ventennio restò solidamente fondato sui principi cardine della tradizione giuridica precedente ⁽³⁷⁾.

Anche per questi motivi il volume torna spesso a parlare di lunga durata della legislazione del periodo fascista, e dei suoi caratteri gerarchico-piramidali ⁽³⁸⁾, che condizionò fortemente l'amministrazione legittimando le naturali vocazioni a-democratiche (fino ad allora la cultura amministrativa era ancora legata alla tradizione di studi degli inizi del Novecento), almeno fino al varo del TU del 1957. Solo dalla seconda metà degli anni Cinquanta, la Corte costituzionale cominciò a svolgere un ruolo non solo di « eliminatore » di leggi contrastanti con la Costituzione, ma anche di organo che salvaguardasse la conformità del sistema normativo e di tutte le manifestazioni di potere ai valori costituzionali, per adeguare progressivamente il diritto legislativo alla Costituzione. Fin dalla sentenza del 5 giugno 1956 sull'art. 113 del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza, la Corte sollecitò la magistratura ad interrogarsi sull'illegittimità costituzionale, anziché sull'abrogazione, affermando la competenza delle Corte a sindacare anche le norme anteriori al varo della Costituzione repubblicana ⁽³⁹⁾.

Però, riprendendo immediatamente il filo della continuità dello Stato, il caso del Consiglio di Stato mostra bene, attraverso l'analisi della notevole produzione scientifica intorno a questo organo, come il lavoro sottotraccia, ma concreto, del Consiglio guidato da Santi Romano riuscì a garantire una propria autonomia nel tempo, facendo

⁽³⁷⁾ MELIS, *Fare lo Stato*, cit., p. 150.

⁽³⁸⁾ La storiografia è concorde nel ritenere che non ci fu cesura anche nella storia della magistratura tra pre-Fascismo e Fascismo, la quale rimase nel solco della continuità con lo Stato liberale-autoritario precedente con poche novità sostanziali (p. 186). Cfr. A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, il Mulino, 2012, pp. 169-170.

⁽³⁹⁾ Cfr. anche E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

anche leva sulla tradizione, intrisa di autoritarismo e di classicismo, con l'intento, però, di aprire le porte alla concorrenza degli interessi della società contro la concezione monistica dello Stato imposta dal regime ⁽⁴⁰⁾.

Per quanto riguarda poi le linee di sviluppo della crescente pratica interventista dei pubblici poteri e del loro rapporto privilegiato con la grande finanza privata, l'epoca giolittiana è certo indicata spesso come la stagione in cui lo Stato assunse una funzione complessa (e tentò di acquisire parallelamente la proprietà di grandi istituti finanziari, « che lo ponessero in piena libertà di fronte a tutte le classi » (p. 272), come pensava lo stesso Giolitti). In seguito, con il Fascismo, l'organizzazione pubblica dell'economia raggiunse la sua estensione massima.

E quindi lo Stato imprenditore italiano è il risultato di una vera e propria, e duratura, politica di tipo interventista, se non dirigista, anche nel settore bancario. Il governo era riuscito, tramite anche l'IRI, a determinare un controllo molto forte su una quota considerevole del capitale azionario del settore industriale, pari a circa il 25% del totale. Non è una percentuale molto più alta, in proporzione, degli altri stati europei, ma l'Italia era seconda solo all'Unione Sovietica per il ruolo acquisito dallo Stato nella proprietà e nella gestione dell'economia ⁽⁴¹⁾.

Quindi, tale sviluppo ha poi innescato la costruzione di uno Stato prevalentemente imprenditoriale ⁽⁴²⁾, più che l'accrescimento di un intervento pubblico regolatore, come invece si svilupperà negli altri partner europei. Quindi, non c'è una stretta relazione tra crisi dell'impresa o difficoltà del settore dell'impresa e irrobustimento dell'estensione dell'area imprenditoriale dello Stato. Inoltre, il ruolo dello Stato imprenditore si irrobustì anche attraverso la « fuga dello Stato », cioè attraverso il rafforzamento degli enti pubblici e delle amministrazioni parallele; i quali, peraltro attivarono circuiti altrettanto paralleli rispetto a quelli dello Stato stesso. Per contrappeso lo Stato imprenditore non solo incentivò il completamento del sistema delle partecipazioni statali e delle « nazionalizzazioni », ma anche la crisi dello « Stato pianificatore », che favorì però la crescita dello « Stato del benessere » negli anni Settanta.

Ma in quale misura lo Stato industriale ha poi rappresentato una parte dello Stato *tout court* e quindi come ridefinire i legami tra Stato-apparato e imprese pubbliche? Cassese chiarisce, come fosse una risposta al quesito, che la vicenda dello Stato industriale è paradossal-

⁽⁴⁰⁾ Cfr. su questo anche MELIS, *Fare lo Stato*, cit., p. 165.

⁽⁴¹⁾ Su questo cfr. V. CASTRONOVO, *Un profilo d'insieme*, in *Storia dell'IRI*, a cura di Id., vol. 1, *Dalle origini al dopoguerra*, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 45 e ss.

⁽⁴²⁾ Lo « Stato finanziatore » italiano raggiunse la sua massima espansione negli anni '50-'60.

mente estranea allo storia dello Stato nel senso che l'impresa pubblica o ha rappresentato un'alternativa o si è apposta ad esso (p. 285).

In questi decenni del secondo dopoguerra, il rapporto tra amministrazione e società si inverte e la prima viene trascinata dalla seconda (43). Però, contestualmente, ci suggerisce l'a., lo Stato non si rese « mai veramente indipendente dalla società civile, intesa come campo in cui gli individui perseguono i propri interessi prevalentemente economici » e questo non ha consentito ai poteri pubblici di tutelare gli interessi collettivi.

Anche la Costituzione, in sostanza venne omologata e adattata allo sviluppo « incrementale » e parcellizzato dello Stato italiano e in questo modo la sua forza unitaria si perse.

La costituzione repubblicana si rivelerà debole nei primi decenni della era repubblicana, smarrendo anche la sua forza e spesso incapace di imporsi come fonte legislativa, seppure, sostiene l'a., ha assicurato sufficiente stabilità al governo; però, da un altro punto di vista ha concentrato in modo eccessivo il potere « nel continuum della maggioranza popolare — maggioranza parlamentare — governo — Presidente del Consiglio » (p. 332). Così, la Costituzione non ha introdotto alcun meccanismo di stabilizzazione del governo (tanto che la Presidenza del Consiglio fu regolata da un'apposita legge solo nel 1988, come è noto) e nella storia politica italiana predominarono i governi a « tendenza assembleare », piuttosto che quelli propri dei governi parlamentari, di gabinetto, delle principali democrazie europee, almeno fino alla fine del Novecento.

Il centro motore dello Stato, costituito dal governo, è stato indebolito « dalla precarietà ». A questo si aggiunge un insufficiente sistema di *checks and balance* che si è mantenuto, in sostanza, grazie (seppure con i problemi che conosciamo) all'indipendenza del potere giudiziario, che negli ultimi decenni si è caricato su di sé un peso e una responsabilità enormi rispetto agli altri poteri (44), al potere di controllo delle leggi affidato alla Corte Costituzionale e alla configurazione del ruolo del Presidente della Repubblica come organo « neutrale ».

Dall'ultimo quarto del Novecento e soprattutto negli anni Novanta non solo si avviò un intenso cambio amministrativo, ma la liberalizzazione degli scambi mondiali, la globalizzazione dell'economia, il mutamento dello Stato e l'« europeizzazione » di alcuni settori portarono inizialmente ad una riduzione della sfera pubblica, ad un ridimensionamento della gestione imprenditoriale diretta dello Stato

(43) Cfr. anche F. LAVISTA, *La stagione della programmazione. Grandi imprese e Stato dal dopoguerra agli anni Settanta*, Bologna, il Mulino, 2010.

(44) Dalla stagione della strategia della tensione a « Tangentopoli », fino alla lotta alla mafia e alla corruzione. Cfr. A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 344.

(anche alla soppressione del Ministero delle Partecipazioni statali) e alle privatizzazioni degli istituti di credito di diritto pubblico e delle imprese erogatrici di servizi di pubblica utilità (Telecom, Enel ecc.) ⁽⁴⁵⁾. Però, tale mutamento condusse anche una sua successiva « riespansione », che poi è il tema centrale dell'ultimo capitolo, quello della tenuta dello Stato nella globalizzazione e durante questa ultima crisi, la quale, sostiene Cassese, è la « causa di un riordino dei rapporti tra Stato ed economia » (p. 243). Forse, per tutti questi motivi, lo Stato italiano non solo rimane imprenditore in larga parte, ma rappresenta ancora il principale investitore azionario del paese e uno dei principali in Europa. Questa considerazione racchiude in sé gran parte del volume di Cassese.

Pertanto, la attuale fase complessa, in cui da una parte vi è una dilatazione dell'economia e, dall'altra, anche una ricerca da parte dello Stato di « nuove dimensioni » sovrastatali e globali, mostra come gli Stati, compreso quello italiano, riescano a rinsaldare e rafforzare queste nuove dimensioni attraverso un coordinamento degli obiettivi e anche con accordi per la costituzione di nuove aggregazioni e azioni congiunte tra Stati (gli esempi portati dall'a. sono tanti, ad iniziare dal G20 e dalla costituzione del *Fiscal Stability Board*).

Al di là di queste ultime considerazioni, forse ha ragione Perry Anderson quando sostiene che l'Italia non è un'anomalia europea, ma probabilmente è un concentrato della stessa Europa ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ Senza dimenticare, naturalmente, la trasformazione in SPA degli enti pubblici economici; anche se rimasero in larga parte a compartecipazione pubblica. E in seguito si avviò lo sviluppo di una sorta di erosione della linea di distinzione tra impresa pubblica ed ente di erogazione.

⁽⁴⁶⁾ P. ANDERSON, *L'Italia dopo l'Italia. Verso la Terza repubblica*, Milano, Castelvechi, 2014.

JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA

LA ODISEA DE VINNIUS

(A propósito de Laura BECK VARELA, *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013)

Toda esta impresa epopeya literaria y jurídica, lectora y censora, tipográfica y editorial, biográfica y autoral, historiográfica a la vez que paradójicamente intemporal, de la que su crítica hacedora da excepcional cuenta en esta precisa y preciosa monografía, podría ser introducida contando precisamente un humilde cuento, que recogiese el diálogo sencillo, cotidiano, entre el *magister* moderno, de herencia medieval, de un Estudio General de cualquier ciudad universitaria de la vieja Europa, y su joven alumno, un bisoño estudiante recién matriculado que asistiese a la primera de las lecciones de su primer curso. El maestro en leyes muestra, haciéndolo presente, un viejo y polvoriento libro, el *Vinnius* en cualquiera de sus versiones expurgadas para uso hispano (*damnata, castigata, correcta*), asegurando que se puede y debe conocer la Historia del mismo, y los motivos por los que fue tan estudiado y respetado, durante años, décadas, centurias, en las aulas de todas las Universidades del mundo occidental. ¿Como la Biblia? — inquiera el joven. No exactamente — responde el maestro —, pues siendo una obra *de herejes* para muchos lectores, concebida por un calvinista, a pesar de todo siguió siendo venerada, sin escándalo alguno, por los más ortodoxos entre los católicos. Lo que no sorprende al joven estudiante — cual modelo de figura eviterna, la suya, por los claustros universitarios —, sabedor de que la religión era el fundamento social y jurídico, sapiencial en definitiva, de su tiempo, el luego bautizado como *Antiguo Régimen*. La segunda pregunta surge obligada, simple, esencial: Pero, ¿por qué fue tan respetado, aun expurgado y mutilado, un libro herético? ¿Es que había algo por encima de la religión, en el *Ancien Régime*? Al igual que la respuesta: el Derecho romano, esencia del orden social, político, jurídico y hasta económico de dicho Antiguo Régimen, que tenía que aprender, aprehendiéndolo como aprendizaje para su entera vida profesional, todo alumno universitario del Medioevo y la Modernidad. Porque esta epopeya desvelada por una historiadora

jurista brasileña, la profesora Beck Varela, es más jurídica que religiosa. No en vano desentraña que el Derecho fue más fuerte que la religión, en el Antiguo Régimen, desterrando, de este modo, tópicos recurrentes y prejuicios arraigados ⁽¹⁾.

Y es que, en efecto, la clave o piedra angular de esta tesis doctoral radica en la comprobación, minuciosa y exhaustiva por amplísimamente documentada, de que los juristas modernos del Norte (protestante o reformado), y del Sur (católico o contrarreformado), de Europa, compartían, a pesar de la división que había supuesto la Reforma, de las disidencias en diversas cuestiones de fondo y de las restricciones a la circulación de impresos, mucho más de lo que les dividía: el saber jurídico frente a la fe religiosa. Un saber común que nada tenía que ver con un utópico *ius commune* sin fronteras, sino con el empleo de un mismo lenguaje técnico-jurídico, la aceptación de la autoridad de unos textos (*corpora iuris*), y el respeto por una tradición doctrinal. De ahí el interés manifiesto y continuado, en la católica España al igual que en el resto de la Europa meridional, por lo que escribían los juristas protestantes, y la fortuna de unos pocos, como *Vinnius*, pese a la censura expurgatoria que padeció su obra (cap. V, epígr. núm. 4, pp. 344-345). Téngase presente que el universo de los libros jurídicos contaba con la ventaja de que la sospecha de herejía era menos rígida en su caso que en el de los que trataban de religión, hallándose su público lector suficientemente preparado, en muchos casos, para enfrentarse a la heterodoxia.

Se ha recordado, por lo demás, que la autora, Laura Beck Varela, actualmente profesora contratada doctora, de Historia del Derecho y de las Instituciones, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, es una jurista e historiadora nacida en Brasil y, por lo tanto, situada entre el Viejo y el Nuevo Mundo por familia, nacimiento y educación, muy atenta a todas las cuestiones de *mestizaje* cultural, principalmente jurídico, que no excluye sino que incluye particularmente el de los reformados y contrarreformados juristas del geográfico *Viejo*, y jurídico-político *Antiguo, Mundo* europeo de los siglos XVI, XVII y XVIII ⁽²⁾. Y ha de constar, en fin, que ha sido considerada un

⁽¹⁾ Hay prevista traducción al inglés de *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, por cuenta del historiador Martin Nesvig, que la autora anuncia (p. 14 de los *Agradecimientos*), en prensa, a cargo de la editorial Vittorio Klostermann de Fráncfort del Meno, en su serie de *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*.

⁽²⁾ La lectura de su tesis doctoral sobre « Vinnius en España. Lecturas católicas de un jurista protestante », dirigida por Bartolomé Clavero y defendida, en la Universidad de Sevilla, el 26-I-2008, ante un tribunal presidido por los profesores María Paz Alonso Romero (Universidad de Salamanca), Rodolfo Savelli (Università degli Studi di Genova), Douglas J. Osler (Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte,

referente generacional, preeminente, de la *joven Historiografía jurídica brasileña* (3).

Frankfurt am Main), y Pedro Cardim (Universidade Nova de Lisboa), actuando como secretario — y quien sugirió el título para el libro que nos ocupa, modificando el originario de la tesis —, Jesús Vallejo Fernández de la Reguera (Universidad de Sevilla), obtuvo la máxima calificación, de sobresaliente *cum laude* y la mención de Doctorado Europeo. Con anterioridad había sido becaria, en el Instituto Max Planck para la Historia del Derecho Europeo, de su Escuela Internacional de Historia Comparada del Derecho (*Max-Planck International Research School for Comparative Legal History*), primero durante tres meses, en el año 2004, y luego dos años seguidos, entre abril de 2005 y marzo de 2007, pudiendo así concluir su tesis de doctorado, iniciada en 2002. En dicha sede investigadora germana, bajo la dirección del profesor Michael Stolleis, pudo Laura Beck afrontar el estudio, desde una perspectiva comparada, de los juristas holandeses y alemanes en el ámbito de habla española y portuguesa. Combinando un análisis plural de la Historia institucional con la Historia del pensamiento jurídico, y el examen comparado de las culturas jurídicas, profundizó la autora en la eficacia — o ineficacia — de la Inquisición española ante la recepción de las obras de Vinnius e Heineccius en las católicas Universidades hispanas, bajo la presencia de las autoridades eclesiásticas pero también con un modelo educativo en el que predominaba la demanda de manuales didácticos bien estructurados. Y lo hizo con trabajo de archivo, y el favor de su singular dominio de seis idiomas (alemán, francés, inglés, italiano, español y su nativo portugués), incluido el latín y el griego, desarrollando hipótesis de investigación con precisión filológica y exactitud lingüística. Además de presentar ponencias, con sus resultados investigadores, en los seminarios de doctorado del Instituto Max Planck, la entonces becaria Beck, que era portavoz de los doctorandos de la *International Research School*, organizó el *XIII European Forum of Young Legal Historians*, en la Universidad de Sevilla, en el mes de septiembre de 2007. En general, véase Laura Beck Varela, Pablo Gutiérrez Vega, Alberto Spinosa (eds.), *Crossing Legal Cultures*, *Jahrbuch Junge Rechtsgeschichte 3/Yearbook of Young Legal History 3*, München, Martin Meidenbauer Verlagsbuchhandlung, 2009; y Judith Martins-Costa, Laura Beck Varela (organizadoras), *Código. Dimensão histórica e desafio contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paolo Grossi*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2013.

Como evaluador experto independiente ante la Comisión de Conciliación de Ciencias Sociales y Jurídicas, de la Agencia de Calidad, Acreditación y Prospectiva de las Universidades de Madrid, reunida, en la capital madrileña, el 15 de enero de 2010, en relación con cierto trámite para la acreditación de la profesora Beck como Ayudante Doctora de la Autónoma de Madrid, tuve ocasión de estudiar su expediente curricular, en el que figuraba la certificación de su estancia en el *Max Planck Institut*, extendida, por el profesor Michael Stolleis, el 6-V-2007. En ella no sólo se recomendaba, a Laura Beck, en términos personales y profesionales efusivos, sino también incluso admirativos. Así, el doctor Stolleis aseveraba que era, « indudablemente, una de las mejores investigadoras que jamás hemos tenido en nuestro Instituto » (*gebört ohne Zweifel zu den besten Stipendiaten, die wir bisher am Institut batten*). Y añadía que, entre 2005 y 2007, se había

I. El objeto de la tesis doctoral de Laura Beck es, desde luego, en sentido estricto, el de estudiar, contabilizándolas, las lecturas católicas de Vinnio en España. Y más allá del caso vinniano concreto, el de mostrar cómo, en el Siglo de la Ilustración, y sus reformas, los juristas se apropiaban y concebían sus libros, los editaban, leían, anotaban y expurgaban por compulsión censora inquisitorial; y cómo cada lector y cada censor era impulsado, pluma en mano, a la aventura del *Vinnium damnare* (cap. V, pp. 347-348). Está claro que Vinnio, el autor, es el pretexto utilizado para aproximar al lector a una cultura jurídica y libresca en la que el texto era ampliamente manipulado, apropiado, censurado, transformado. A diferencia del autor medieval, concebido como una prolongación de la tradición, por lo que no reivindicaba originalidad, ni amenazaba ruptura, el autor moderno pagó con la muerte el nacimiento del lector (cap. I, p. 86). Y a los lectores está dedicada la tesis de Beck Varela. De ahí su atención a la circulación de las obras de Vinnio por la Europa católica, y especialmente en el ámbito hispano peninsular. Su proceso de manipulación hispana, de reescritura manuscrita e impresa, se articuló, fundamentalmente, alrededor de dos grandes ejes: la incorporación del *ius patrium* y la intervención por motivo religioso de la censura del Santo Oficio. El resultado fue un Vinnio leído y reescrito, cuya serie de múltiples textos, ya alejados del original, probablemente jamás hubiera suscrito, en su día, el protestante holandés (cap. II, pp. 144 y 151-152).

« convertido en una verdadera líder » (*Besonders in diesen zwei Jahren ist sie eine « leading figure » geworden*); puesto que, « al llegar al Instituto, ya era una investigadora muy bien formada, y sirvió como ejemplo a todos los demás doctorandos » (*Frau Beck Varela kam schon als fertige Wissenschaftlerin bei uns an und hat allen anderen Doktoranden ein Beispiel gegeben*). No sólo se caracterizaba por su « amabilidad y jovialidad », siendo « hábil para mediar en situaciones de conflicto », lo que le había convertido en « la más admirada entre los doctorandos » (*Sie ist von besonderer Lebenswürdigkeit und Heiterkeit, sie kann Gegensätze ausgleichen und sie war damit, wie ich meine beobachten zu können, die beliebteste aller Stipendiaten*), sino que, siendo « uno de los talentos más destacados de nuestra profesión » (*Sie gehört zu den herausragenden Talenten unserer Profession*), todo ello quedaba compendiado, y justificado, tanto por su « excelente formación histórico-jurídica y paleográfica, como por su dominio singular de seis idiomas, incluido el latín, que causan un gran impacto entre todos los que la han conocido » (*Dabei kamen ihr nicht nur die exzellente rechtshistorische und paläographische Ausbildung zugute. Auch die singuläre Beherrschung von sechs fremden Sprachen, einschließlich des Latein, war für alle, die Frau Beck Varela erlebt haben, eindrucksvoll*).

(³) Grossi, Paolo, *Un saluto alla giovane Storiografia giuridica brasiliana (a proposito di Laura Beck Varela, Das Sesmarias à Propriedade moderna: Um estudo de Historia do Direito Brasileiro)*, en los « Quaderni fiorentini », 35 (2006), pp. 1037-1057. Que versa, en efecto, sobre Beck Varela, L., *Das Sesmarias à Propriedade Moderna. Um estudo de História do Direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

En su *Epílogo*, dedicado a interrogarse si Vinnius fue un *ζοxίμο-ron del antirromanismo hispano?* (pp. 391-402), atiende la profesora Beck, amén de presentar sus conclusiones, a las especiales causas del silencio historiográfico sobre Vinnio en España. En el siglo XIX, la Historiografía española — según explicita — se mantuvo ajena a la construcción científica del sistema jurídico, y resistente al compromiso con la Codificación. Lo más probable sería que la clave de dicho silencio historiográfico radicase en el lastre de una Historia del Derecho español que, en un primer momento constitutivo, habría rechazado el elemento romano o aquello que pudiese contener de un *ius commune* más europeo que español en exclusiva. Uno de sus vehículos transmisores, la *Instituta* o *Instituciones de Derecho patrio*, contribuyeron a difundir una imagen antirromanista unívoca del pensamiento jurídico del Setecientos ilustrado. Hasta el punto de caracterizar a la cultura jurídica ilustrada, superficialmente, como basada en una dicotomía básica, que contrapondría el *antirromanismo* de las políticas borbónicas dieciochescas, que encontraban eco en la producción creciente de los juristas, al exacerbado *romanismo* que entonces dominaba en la enseñanza y la práctica del foro, y que había relegado al olvido las leyes patrias. De este modo, la literatura jurídica del siglo XVIII español se habría caracterizado, históricamente, por su iusnaturalismo racionalista, su antirromanismo, el empleo casi exclusivo del castellano como lengua de expresión jurídica, la afirmación centralista del Derecho patrio identificado con el castellano, el iuspublicismo constitucionalista de base histórica o doctrinal, el proyectismo económico-político y el liberalismo económico. Pues bien, Laura Beck ha mostrado la falsedad de la existencia de un paradigma antirromanista y reformador en la España del Setecientos. Y ello porque siguió circulando la literatura extranjera romanista por la Península Ibérica, como fue el caso de Vinnio y de tantos otros comentaristas; y porque hubo una producción impresa española romanista e institutista: así, el *Compendium Iuris Civilis* de Benavides y Sarzosa, impreso, en Almería, en 1718; las *Resoluciones* de Miguel Antonio Lanz y Lozano, publicadas, en Zaragoza, en 1720; las *Institutiones* de Bernardino Daza, reimpresas, en Madrid, en 1723; las de Mujal i de Gibert, en Barcelona, de 1781; el *Jus civile abbreviatum redactum*, de Antonio Juglá i Font, editado, en Madrid, en 1785; o las versiones de la *Instituta* justiniana, añadidas de modestos apéndices inspirados en los títulos usuales del Digesto, impresas por la Tipografía Regia, en Madrid, en 1791 (pp. 391-396).

En sus conclusiones, ha puesto de manifiesto Beck Varela, en primer lugar, la paradoja de que el reformismo borbónico ilustrado hubiese privilegiado la obra en latín de un romanista, como Vinnio, que era holandés, calvinista y se basaba en las *Instituciones* de Justiniano. Y es que, a juicio de dicha autora, no hubo en España un plan previo y coherente de reforma universitaria, inaplicado por el número insuficiente de obras docentes adecuadas o por la falta de formación del

profesorado. La averiguación del proceso de difusión de las obras vinnianas ha puesto de relieve el continuado apoyo oficial a sus reimpressiones *castigatae* en los últimos decenios del siglo XVIII; la herencia de las prácticas de lectura y estudio de los siglos anteriores, y su proyección sobre la idea de método; el carácter poco innovador de las nuevas *Institutiones* finiseculares impresas; los caracteres del propio orden jurídico de la época, que no dispensaba la mediación jurisprudencial; e incluso la *furia expurgandi* que todavía motivaba a tantos lectores y que formaba parte de su educación como juristas. Pero, por entonces, todavía no se planteaba la edición de obras que pudieran haber generado una efectiva renovación en la enseñanza, y en los fundamentos del orden jurídico. A esta ausencia no se puede culpar, por tanto, del fracaso de reforma alguna (pp. 397-398). Por otro lado, el protagonismo dieciochesco de Vinnius dio paso a su prolongada vida decimonónica, posible en un tiempo y en un espacio concretos, como el hispano, de ya dicho escaso compromiso codificador y de dudosa prelación de fuentes. Ahora bien, en ese mismo siglo XIX, se comenzó a clamar por el sepulcro irreversible de Vinnius, que se consiguió cuando cesaron los tórculos de expeler sus obras (pp. 401-402).

II. No cabe duda de que la trisecular aventura editorial de Vinnius es la historia de una progresiva afirmación — cierto es que cuestionada, combatida, perseguida, e interesada política y económicamente —, de la libertad lectora ante la imposición editora y censora. Una historia investigada y puesta de manifiesto por Laura Beck Varela con su preciso y conciso estilo literario, palabra esencial en el tiempo historiográfico. Su libro, el que nos ocupa y entretiene, narra una odisea de tradición romanista, la del Antiguo Régimen, precedente de otras propias de regímenes jurídico-políticos posteriores, como el actual y constitucional, que cuenta igualmente con tradiciones sostenidas y manipuladas, también maquilladas, en el tiempo. De ahí las significativas citas, liminar y postrera, extraídas de sendas tragedias de Esquilo, *La Oresteia. Las Coéforas* (p. 17), y de Eurípides, *Ifigenia en Taurus* (p. 402), que reflejarían, anticipándolo, el final helénico del *ius commune* vinniano como el de la praxis del Derecho romano, ocasionando una tragedia europea de insatisfactoria y autista fragmentación jurídica. Por lo demás, si contando la Historia de un pueblo se narra la Historia de la humanidad, contando con Vinnio se sitúa el lector ante la más preclara manifestación del *ius commune* popular, del jurista vulgar que oficia como indispensable e inconfesado *vademécum* en el foro europeo, en todo el mundo conocido por occidental.

El método expositivo utilizado por la profesora Beck se nutre de un rico diálogo interactivo entre el texto y sus abundantes, y extensas, notas a pie de página, pletóricas de síntesis explicativas de las ideas y las teorías planteadas por otros autores. Se trata de la aventura del papel impreso, cada vez más amenazado por el imperio creciente del libro

electrónico, huero, eso sí, de las vicisitudes extraordinarias del volumen editado en papel. Para lo cual, Laura Beck se empeña y emplea como una auténtica detective, que explora el pasado para saber cómo vivió y murió Vinnio, expresión de toda una época de más de doscientos años de pertinaz presencia doctrinal. No puede ocultar, todo lo contrario, que ha leído, a Vinnio, página a página, y edición por edición contrastada, tanto en sus conclusiones generales como en sus detalladas apostillas, minuciosas y perspicaces. A diferencia de la propia edición, patrocinada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, pero perpetrada por la Editorial valenciana Tirant lo Blanch, pésimamente encuadrada — des encuadrada, de hecho —, que se deshoja como una flor con los primeros vientos otoñales, y con restos tintados en no pocas de sus páginas, al menos en mi ejemplar, esta joya beckiana, atesorada, cual un Toulouse-Lautrec de la investigación, en tan maltrecho *corpus typographicus*, pese a sus amplios márgenes para acoger notas lectoras elogiosas, al igual que otrora las de los católicos europeos comentaban, en tal sede foliada marginal, los datos e interpretaciones de Vinnio, proporciona un completísimo catálogo de las ediciones y los ejemplares supervivientes vinnianos desperdigados por diferentes bibliotecas europeas. Entre los profusos e indispensables *Apéndices* (pp. 403-639), figura la relación de las *Bibliotecas* visitadas (pp. 405-408), junto con la instrumental pero absolutamente imprescindible lista de *Abreviaturas* (pp. 419-420) (4).

(4) He aquí dicha relación de *Bibliotecas* visitadas: las alemanas del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte y la Universitätsbibliothek de la J.W. Goethe Universität de Fráncfort del Meno, además de la Universitätsbibliothek de la Philipps-Universität de Marburgo; las belgas Universiteitsbibliotheek de Amberes y de Gante; las francesas Bibliothèque Municipale de Lyon, y parisinas Bibliothéque de l' Arsenal, Nationale de France, Cujas y de Sainte-Geneviève; las italianas Biblioteca Nazionale Centrale de Florencia, Biblioteca del Dipartimento di Scienze Giuridiche A. Cicu de Bolonia, Biblioteca Giuridica della Università degli Studi de Génova, Biblioteca Nazionale de Nápoles, y romanas Bibliotecas Casanatense, Apostolica Vaticana y Nazionale Vittorio Emanuele II; la holandesa Universiteitsbibliotheek de Leiden; y las portuguesas Bibliotecas de la Universidade de Coimbra, y lisboetas Biblioteca Nacional de Portugal, del Palácio Real da Ajuda y de la Universidade Católica Portuguesa. Desde luego, las Bibliotecas españolas laboradas son mucho más numerosas: Parroquial de Nuestra Señora de los Milagros de Ágreda, Biblioteca Complutense de la Compañía de Jesús de la Provincia de Toledo en Alcalá de Henares; del Seminario Diocesano de Astorga; del Colegio de Abogados de Barcelona, amén de la Biblioteca Nacional de Catalunya, la Biblioteca Pública Episcopal del Seminari, de la Facultad de Dret y la Biblioteca de Reserva de la Universitat de Barcelona; la Biblioteca de la Catedral de Burgo de Osma; las Bibliotecas Públicas del Estado en Burgos, Ciudad Real, Jaén, Lleida y Soria; la Biblioteca Provincial de Cádiz; la de la Universidad Pontificia de Comillas en

Al lado de una amplia relación apendicular de *Catálogos y Repertorios bibliográficos*, impresos, electrónicos y manuscritos (pp. 409-418), conviven las fuentes documentales éditas, de *Literatura jurídica hasta el siglo XIX* (pp. 421-441), y de *Bibliografía ulterior* (pp. 443-472), acompañadas de una instructiva *Tabla comparativa de los expurgos de Vinnius según los Índices inquisitoriales de 1707 y 1747*, concretada en sus ediciones lionesas de 1666 y 1761 (pp. 473-481). Todo ello posibilita el gran aparato crítico, en forma de vivas y activas notas a pie de página, nada rituales y formalistas en su mayor parte, con el que figura transida toda la investigación beckiana. Porque la bibliografía en ella manejada es universal, y estrictamente original, en el sentido de que la autora cita, haciendo gala de su políglota formación, en el idioma nativo de las autoridades científicas invocadas, tanto en inglés, francés y alemán como en italiano y portugués, es decir, junto con el español en que se halla redactada esta versión publicada, todas las llamadas *Sprechenskultur* o *Sprachen der Kultur*. Mas, el culmen apendicular se encuentra representado por el encomiable *Censo final de ediciones y ejemplares consultados de Vinnius* (pp. 483-639), nada menos que hasta 205, un auténtico venero de la multitud de datos y de sutiles interpretaciones que proporcionan las indagaciones de Laura Beck. Sus respectivas descripciones bibliográficas se enriquecen con muestras de apostillas marginales, latinas, castellanas o en otro idioma, relativas a remisiones al Derecho patrio, al romano y a sus comentaristas, o con anotación de los párrafos prohibidos o considerados poco ortodoxos

Cantoblanco; el Arxiu Històric Comarcal de Cervera y el de Puigcerdà; el Seminari Diocesà de Menorca; el Archivo del Reino de Galicia y la Biblioteca del Real Consulado de La Coruña; el Seminario Diocesano de Santa Catalina en Mondoñedo; la Biblioteca Central de Capuchinos de la Provincia de Navarra, Cantabria y Aragón en Pamplona; la Biblioteca General de la Universidad de Salamanca; la Biblioteca del Real Monasterio de San Lorenzo de El Escorial; la Biblioteca Central de Cantabria en Santander; las Bibliotecas General y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, y la Capitular y Colombina, y la Biblioteca del Arzobispado sevillano; la Biblioteca Pública Provincial de Castilla-La Mancha en Toledo, y la también toledana Biblioteca de la Provincia Franciscana de Castilla-La Mancha, OFM San Juan de los Reyes; y la Colección *Barberá Martí* de la Biblioteca Municipal Central de Valencia. Amén de las madrileñas Bibliotecas Nacional, Histórica Municipal, del Ateneo, de la Agencia Española de Cooperación Internacional, de los Ministerios de Justicia y de Economía y Hacienda, del Palacio Real, de las Reales Academias de Jurisprudencia y Legislación y de Ciencias Morales y Políticas, del Senado, del Tribunal Supremo, del Seminario Conciliar, del Instituto Superior de Ciencias Morales de los Padres Redentoristas, la Biblioteca Provincial de la Congregación de la Misión de San Vicente de Paúl; y las Bibliotecas de las Universidades Autónoma, Carlos III, CEU-San Pablo, Histórica *Marqués de Valdecilla* de la Complutense, y *Beltrán de Heredia* de la Pontificia de Comillas (*Apéndices*, pp. 405-408).

por sus lectores. Sin olvidar las marcas de expurgo, realizadas de conformidad con los *Índices* del Santo Oficio. La fecha de última consulta de estos ejemplares es la de agosto de 2007, que se corresponde con la elaboración de la tesis doctoral, que sustenta la monografía editada que aquí atañe, con posterioridad muy reelaborada. Más de una década de estudio contempla a dicha monografía, y su investigación de base, pues la nueva huella informática, de consulta de ejemplares de *los Vinnius* por Internet, testimonia el decurso, por estratos temporales y geográficos, de las prospecciones e indagaciones beckianas: así, la consulta del catálogo *Gallica* de la Biblioteca Nacional de París, el 12-VI-2004; o la precedente del catálogo de la Biblioteca Nacional de México, el 25-XII-2003 (cap. VI, pp. 369 y 377, notas núms. 67 y 97).

III. Dicha investigación de Laura Beck Varela, su tesis doctoral y consecuente libro, principia por una vivencia ejemplar, presentada en su común *Introducción* (pp. 19-46), para una Historia de la Literatura Jurídica *castigata* concebida entre la Historia del Derecho y la Historia del Libro y de la Lectura: la localización de una referencia de la doctrina, a mediados de 2007, cuando estaba a punto de concluir la redacción de su tesis de doctorado, a una edición *fantasma* de los *Elementos de Filosofía Moral* de Johann Gottlieb Heineccius, impresa en Valencia, en 1740, que le hubiera obligado a revisar algunas conclusiones. No existió, desde luego, tal edición de un jurista protestante, pocos años después prohibido por las Inquisiciones romana e hispana, en la Valencia de la primera mitad del siglo XVIII, y todavía en vida del autor, que fallecería ese mismo año de 1740. Un ejemplo más de bibliografía *negativa*, nada escaso en los estudios de Historia del Derecho moderno, e incluso en obras prestigiosas de referencia como el *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, dirigido por Helmut Coing, que vio la luz pública a partir de 1977. De ahí la consiguiente observación científica lectora: la ciencia bibliográfica parte de la reconstrucción de un libro ideal, todavía con más ímpetu cuando, en los albores del siglo XXI, adviene el libro electrónico y el texto se abstrae de su soporte impreso. Es ahora cuándo se debe interrogar el lector, con más fuerza si cabe, acerca del papel del libro en el horizonte más amplio de la *print culture*. Porque, no en vano, la imagen, tan difundida, de la Historia jurídica europea como la de un *Ius commune* sin fronteras carece de una base tan elemental como es la prueba de la efectiva circulación de esta clase de literatura entre los juristas del pasado. Existe un desfase entre las fuentes y la historiografía, al comprobar la profesora Beck que hay demasiados ejemplares de las obras de Vinnius o de Heineccius en las bibliotecas, y demasiada historiografía jurídica española que los silencia en sus monografías: así, el aparente *antirromanismo* setecentista convive, paradójicamente, sin su reverso, el de una esperable literatura

romanista. Y es que la recepción de Vinnius en España no fue debida a la originalidad o al valor intrínseco de su obra (apreciable, no obstante, en cuanto a la configuración del derecho subjetivo, la distinción entre el *ius in re* y el *ius ad rem*, el trasplante del iusnaturalismo de Hugo Grocio al derecho privado, o la adopción del sistema de Donello sobre la evolución del *ius privatum*), sino a su utilidad para reproducir viejos contenidos, y no para recoger novedades metodológicas. Las múltiples y distintas ediciones de Vinnius que circulaban por España, según lo estampado en Lyon, Amberes o Fráncfort del Meno, le elevaron a la condición de *oráculo* en las aulas hispanas, fuente de inspiración de reformas universitarias y modelo del género jurídico-literario de la *Instituta*.

En consecuencia, la recepción de Vinnius en España habría sido más de cultura que de ciencia, jurídica; más útil que innovadora. Sólo el examen de la dinámica propia de la cultura del impreso, en los tiempos del *Ancien Régime typographique*, del autor al editor, del tipógrafo al encuadernador y el librero, del censor al lector, permite responder, a juicio de Laura Beck, a una pregunta esencial: ¿Qué función ejercieron las obras de un autor condenado por la censura eclesiástica en un período histórico de reforma universitaria, antirromanismo epidérmico y escaso compromiso codificador? ¿Sirvieron efectivamente para la construcción y el desarrollo de una ciencia jurídica nacional o, por el contrario, retardaron dicho proceso, haciendo persistir el dominio de manuales elementales y de concordancias entre los Derechos romano y *patrio* o *nacional*, hasta finales del siglo XIX? (pp. 27-28). Está claro que la Historia del Libro no es ancilar, a la hora de comprender la cultura jurídica del siglo XVIII. Entendiendo que la cultura jurídica no equivale al pensamiento jurídico, sino a las prácticas y representaciones en torno al texto, incluida su censura, eclesiástica o civil. Una Historia libraria que ha pasado del necesario recuento de ediciones y reimpresiones a la reconstrucción de experiencias de lectura y de los distintos modos de apropiación del texto. Es decir, el giro en la perspectiva del autor hacia el lector ha conllevado el paso de una bibliográfica Historia de la publicación a la Historia de la lectura y de las formas de comunicación. A la vista de todo lo cual, la propuesta de la profesora Beck es clara, desde un principio: la reconstrucción de las lecturas y apropiaciones sociales diversas, en la Historia española del siglo XVIII, de un *corpus* literario delimitado, el *Commentarius academicus et forensis* de Arnoldus Vinnius a las *Institutiones* de Justiniano, impreso por vez primera, en Leiden, en 1642, y objeto de cincuenta y cuatro reimpresiones, principalmente en Lyon y Venecia, incluida la edición anotada por Heineccius, también en Leiden, en 1726. Para ello, hace uso de la conciencia tipográfica como método de investigación, que presupone, en la época estudiada, una noción difusa o corporativa de autoría, y la oposición al mito de una supuesta fijeza tipográfica que habría resultado de la invención de la imprenta tras la

era del manuscrito (pp. 33-34). El libro, en el Antiguo Régimen tipográfico, era un producto inacabado, que existía para ser anotado, perfeccionado, completado con apéndices o agregado a obras diversas, recitado, memorizado o leído en voz alta en las aulas. También para ser expurgado. Porque leer era, simultáneamente, reescribir. Por eso mismo, la Historia de la obra mencionada de Vinnio es la Historia de la enseñanza del Derecho patrio en España. De ahí el cuidado de las *Notas sobre la metodología empleada* (pp. 41-46), denotadoras de la elaboración de una investigación erigida sobre los cimientos de un elenco seguro de las ediciones de Vinnio, con indicación de los ejemplares consultados, siempre, como mínimo, dos para cada edición, y un total de más de setecientos, localizados en las bibliotecas de treinta y nueve ciudades europeas. Ya que, en cada ejemplar, se ha procurado señalar la existencia de *ex libris*, sellos, escolios, anotaciones manuscritas y notas de expurgo de calificadores o comisarios del Santo Oficio de la Inquisición. Y sin confiar nunca, en exclusiva, en la información bibliográfica electrónica proporcionada por las bibliotecas, que ha de ceder siempre a la de sus ficheros manuales. Y es que cada ejemplar de Vinnius se presenta como un universo en sí mismo: el complejo y apasionante universo de sus lectores.

IV. En su capítulo I, el de *La muerte de Vinnius* (pp. 47-86), no cede Laura Beck a la tentación biobibliográfica en torno a su protagonista, Arnold Vinnen (Monster, La Haya, 1588 — Leiden, 1657), proporcionando, en cambio, noticia del papel del autor, del lector y del libro jurídico, así como de la práctica de su escritura, en la Edad Moderna. Fue acusado Vinnio, en vida, de enemigo, detractor e incluso calumniador de Jacobo Cujacio (*osor Cuiacii*), uno de los grandes padres de la jurisprudencia moderna, por haber desafiado abiertamente su criterio de la puerilidad de redactar comentarios a las *Institutiones* justinianeas, cuyo texto debía ser claro *per se*. Y tampoco se amparó en títulos menos comprometidos, como los de *Notae*, *Additiones*, *Propositiones*, *Compendium*, etc. De esta forma cuestionó la tradición, propia de los jurisconsultos más antiguos, de comentar otras partes del *Corpus Iuris Civilis*, como el Digesto o el Código, con preterición de las *Institutiones*, tan dignas de comentario y como remedio a la proliferación de libros jurídicos. También en vida se tachó a Vinnio de plagario de otros autores, principalmente de su maestro Gerard Tuning, amén de Reiner Bachov y Donello (Hugues Doneau), a pesar de ser notoria la deuda con sus predecesores, y de afirmar públicamente que no era pecado traer nuevamente a las prensas lo que ya había sido tratado por otros, en alguna ocasión. Según sus coetáneos, Vinnio fue un autor erudito y útil didácticamente, para la labor de escuela, pero escasamente original. A pesar de su evidente aprovechamiento de materiales ajenos, le redimía la capacidad de arrojar luz sobre los pasajes oscuros de otros autores.

Ahora bien, frente al criterio romántico de la originalidad, la *auctoritas* autorial emanaba fundamentalmente, en el mundo moderno, de la efectividad y la utilidad. Y es que, aunque discutida entre los juristas, la cuestión del *plagio* literario no recibió su primer tratamiento sistemático hasta la aparición de la breve obra, *Dissertatio philosophica de plagio literario*, impresa en Leipzig, en 1673, de Jacob, padre de Christian, Thomasius, que distinguió entre el judicial y el moral o extrajudicial, cuya persecución operaría, exclusivamente, en el ámbito del *orbis eruditus*. A pesar de todo, redimiéndole de la sombra que se cernía sobre sus méritos literarios, la valentía de Vinnio en el momento de su muerte, envuelta en virtudes cristianas — viudo y habiéndole ya premuerto sus cuatro hijos —, se constituyó en motivo de admiración, que nadie pudo poner nunca en tela de juicio. Entre la tradición, de relación imposible para quien había difamado a Cujacio, y el mérito literario, tan débil para quien era acusado de plagiarlo, sólo cabía esperar la virtud moral de una muerte valerosa, conformadora de la representación postrera del autor, teniendo presente que la literatura jurídica también servía de vehículo para una pedagogía social del *ars moriendi*. Una virtud cristiana del bien morir que justificaba la lectura de sus *Instituta* y *Commentarii*. A diferencia del autor medieval, que no reivindicaba ser original por concebirse, a sí mismo, como una prolongación de la tradición, cuando escribía Vinnio, en los dos primeros tercios del siglo XVII, ya comenzaba a dejar de imperar la práctica de la libre apropiación de textos ajenos, individualizándose el autor, conceptual y funcionalmente. O lo que es lo mismo, la idea del compilador de ideas ajenas, entendido como autor *lato sensu*, estaba adquiriendo connotaciones negativas, aunque no fuesen suficientes para descalificar una obra, si ésta era capaz de imponerse, por su estilo y utilidad, entre los lectores.

V. Lejos de reconstruir la trayectoria biográfica de Vinnio, o de rescatar su valor para la Historia del pensamiento jurídico europeo, lo que prefiere Laura Beck Varela no es al autor, sino al lector, dado que el nacimiento del lector se pagó — como ya se ha recordado — con la muerte del autor. De ahí el interés, en su capítulo II, por *Vinnius y sus tipógrafos* (pp. 87-152), dado el protagonismo evidente de impresores y editores para la amplia difusión europea de sus obras. Siendo reprochable una Historia de la Literatura Jurídica que fuese simple historia de textos sin impresores, puesto que en la cultura del impreso, en el Antiguo Régimen tipográfico, con su práctica de la libre reimpresión de textos ajenos, eran los editores e impresores, antes que los autores, quienes directamente creaban, alimentaban y definían los gustos de un determinado público lector. Sólo así se explican las 154 ediciones registradas de obras vinnianas, salidas de las prensas de toda Europa, del norte y del sur — desde Leiden, Ámsterdam, La Haya, Utrecht, Amberes, Colonia, Jena, Leipzig, París o Lyon, hasta Venecia, Floren-

cia, Nápoles, Madrid o Valencia —, entre 1618, año de la publicación del último comentario de su maestro Gerard Tuning a las *Institutiones* justinianeas; y 1867, que fue el de la reimpresión del *Comentario académico y forense del célebre jurisconsulto Arnoldo Vinnio a los cuatro libros de las Institutiones imperiales de Justiniano, anotado por el jurisconsulto J. Gottlieb Heineccio, y seguido de las cuestiones selectas del mismo autor. Traducción al castellano, adicionada con las variantes del Derecho español y las diferencias más notables del Derecho municipal de Cataluña. Por el licenciado en Jurisprudencia D. J. P. y B.*, tomo I, Barcelona, Librería de D. J. Olivares, editor, impresor de S. M., 1867 ⁽⁵⁾.

En plena Guerra de Flandes, o de los Ochenta Años (1568-1648), mientras sus compatriotas de los Países Bajos luchaban contra la Monarquía española de los Austrias y sus aliados, de los tórculos calvinistas holandeses salían las obras de un autor que, años más tarde, terminaría conquistando al público lector católico del bando enemigo. Hasta el punto de que su *Commentarius* fue publicado en Madrid, a pesar de ser *author damnatus*, y a imitación de la edición lionesa de 1708, por el editor Francisco Lasso y el impresor de la Santa Cruzada, José Rodríguez de Escobar, en 1723-1724, convirtiéndose, posiblemente, en la primera impresión de un jurista protestante en territorio hispánico peninsular (pp. 94-95). Pero, la difusión de una obra iba más allá del mero recuento de cantidades de ejemplares y de lugares de impresión. Variando las tiradas, en la época, aproximadamente entre los 1.500 y los 2.000 ejemplares, el proceso de recepción de una obra debe ser ilustrado a la vista de los diarios, la correspondencia, los intentos frustrados de obtención de licencias de impresión que custodian los archivos, los planes universitarios de estudios, los testimonios de los censores, las versiones abreviadas, la multitud de adaptaciones llevadas a cabo bajo autorías diversas y con mayor o menor grado de fidelidad, o la presencia misma de dichos ejemplares en las bibliotecas. Hay que

⁽⁵⁾ Por ejemplo, cabe destacar, como florilegio de tales reediciones y reimpressiones de obras de Vinnio, su *Iurisprudentiae contractae sive partitionum iuris civilis libri IIII* (La Haya, 1631); su *Tractatus de iurisdictione et imperio academico-forensis* (Leiden, 1644); su *De pactis tractatus, edente Simone Vinnio A. f. philologo* (Leiden, 1646); su *Iustiniani Institutionum sive elementorum libri quatuor, notis perpetuis multo quam hucusque diligentius illustrati cura et studio Arnoldi Vinni* (Leiden, 1646); su *V. Cl. Petri Peckii In tit. Dig. & Cod. Ad rem nauticam pertinentes, commentarii. Quibus nunc accedunt notae cum ampla dote variarum circa rem navalem observationum beneficio Arnoldi Vinnii, J. C. item Ius navale Rhodiorum Graec.-Lat. indexque gemines* (Leiden, 1647); su *Tractatus IV academico-forenses, de iurisdictione, pactis, transactionibus, collationibus, quorum tertius nunc primum in lucem exit caeteri iterum sed ab auctore recogniti et ampla dote locupletati* (Ámsterdam, 1651); o sus *Selectarum juris quaestionum libri duo. Additae sunt Simonis Vinnii Arn. fil. orationes duae et alia quaedam* (Leiden, 1653).

tener en cuenta, por lo demás, que las distintas composiciones tipográficas, o las alteraciones más o menos accidentales producidas durante el proceso de impresión y antes de ser ofrecidos los ejemplares en venta, al igual que las portadas con fechas o lugares de impresión falsos, constituían una potencial fuente de artimañas o estratagemas, durante el Antiguo Régimen tipográfico, para burlar a las autoridades censoras.

Precisamente, en una de tales estratagemas tipográficas residió, quizá, la clave fundamental, más que cualquier otra posible en la Historia del pensamiento jurídico, para comprender la propagación excepcional del *Commentarius academicus et forensis* por España. En Lyon, en 1708, el impresor Jean Anisson puso en circulación dos emisiones separadas de una misma edición, con un mismo pie de imprenta. Una de dichas emisiones, con la portada modificada en el título, al rebajar a Vinnio de jurisconsulto *praestantissimus* a mero *author damnatus*, incluía, en su interior, la edición expurgada del *Commentarius*, manteniendo aparentemente la paginación original pero con supresión de los pasajes condenados por el *Índice* de la Inquisición española de 1707. Así fue como la edición de Anisson, de 1708, pasó a ser la base segura para que el texto vinniano circulara, y se multiplicase, por el solar hispano. A juicio de la profesora Beck, la popularidad sin precedentes de la obra de Vinnio se habría debido, aparte del mérito de su estilo o de su acierto en la selección de los materiales ajenos, a la conjunción de tres factores: la inclusión en el *Index librorum expurgatorium et prohibitorum* de 1707; la iniciativa de Anisson, atento a las demandas del público jurista y dispuesto a la aventura tipográfica, en 1708; y la posterior acogida del modelo de Anisson en otros talleres locales, como el de Francisco Lasso, en Madrid, en 1724 (pp. 113-121). Por otra parte, Anisson consagró una estructura esencialmente reiterativa, al unir indisociablemente el *Commentarius* con sus notas, consiguiendo establecer una fórmula original y útil para el lector. O lo que es lo mismo, los tipógrafos desempeñaron un papel decisivo en la nueva configuración del *Commentarius* de Vinnio, no existiendo el texto del mismo, un único texto fijado por el autor, dado el universo inestable propio del impreso antiguo, y la relevancia misma de la disposición tipográfica. De cada imprenta salía un *nuevo* Vinnius, con notas o apéndices añadidos, modificaciones en las páginas, rúbricas, títulos o nuevos titulillos, siendo caso paradigmático el de la edición leidense de 1726, que recogió las notas de Heineccius a cada párrafo del *Commentarius*, avivando el interés por Vinnio y los beneficios de los editores. En esta línea editora, fue sustituido Anisson por Paolo Baglioni, cuya edición, en Venecia, de 1736, habría de marcar la pauta para las posteriores impresiones del *Comentario* vinniano, alterando profundamente su texto, respecto al lejano de la *editio princeps* de Leiden, en 1642, al añadir viejos y nuevos prólogos, el *textus* de Justiniano, las notas de Vinnio, su comentario corregido según los dictámenes de la Inquisición romana, seguido de las notas de Heineccio, y de los índices.

Ahora bien, el hecho de que la edición lionesa de Anisson, de 1708, estuviese expurgada de conformidad con los criterios del Santo Oficio español, mientras que la veneciana de Baglioni, de 1736, lo estuviera según los de la Inquisición de Roma, obligó a los censores y lectores hispanos, a la vista de las diferencias de criterio existentes entre ambas autoridades censoras, a un gran esfuerzo de expurgo, dadas las diversas procedencias y dispares contenidos de los *Vinnii* que entraban en la Península Ibérica. Porque lo cierto es que se desarrolló una verdadera lucha entre los editores de Lyon y de Venecia por hacer más atractiva la obra de Vinnius-Heineccius. Lo que explica, sin exageración alguna, que, en efecto, a cada nuevo paso por las prensas, naciese un renovado Vinnio. El ápice de lo que Beck Varela denomina « autoría jurídica disuelta, difusa, corporativa, propia del Antiguo Régimen » (p. 136), y que sobrevivió hasta bien entrado el siglo XIX, cuando pasó a convivir con una progresiva regulación de los derechos de autor, lo constituyó la mentada traducción castellana del *Commentarius*, editada en Barcelona, en 1846-1847 y 1867, en forma de dos pesadísimos tomos que agrupaban también las notas de los anotadores anteriores, con adición de observaciones de Derecho catalán y de Derecho castellano. A través de la distribución de ejemplares, constatada por Laura Beck a través de los 718 del *Comentario* y de otras obras vinnianas que ha podido consultar físicamente — de ellos, 485 en bibliotecas españolas —, se ha podido comprobar que fue de lectura habitual en el foro, y de presencia obligada en las bibliotecas particulares de los más destacados ilustrados (Macanaz, Pérez Valiente, Menéndez Valdés, Jovellanos), y de los abogados, ministros consejeros de los Reales Consejos, y demás oficiales públicos. A pesar de las restricciones inquisitoriales, parece ser que Vinnius se comercializaba con normalidad en España, inclusive con presencia en las bibliotecas eclesiásticas, no siendo un privilegio de lectura para los laicos, a pesar de figurar nada menos que en *prima classis* autoral del *Índice* expurgatorio de 1707. La existencia de ejemplares en suelo hispano fue un fenómeno anterior al hecho bibliográfico de su producción también por las prensas locales. Y confirma Beck un dato ya puesto de manifiesto en otros estudios sobre la cultura del libro moderno: la previa censura regia fue más eficaz que la posterior inquisitorial, a la hora de determinar lo que efectivamente penetraba en el mercado del libro hispano (pp. 149-151). En suma, respecto a la circulación de Vinnius por la Europa católica, y especialmente por España, además de la producción local, iniciada en 1723-1724, el público hispano siguió manejando las ediciones realizadas en Lyon y en Venecia, alteradas y expurgadas por la acción de los impresores. Porque, siendo el *Commentarius* uno de los textos básicos para la educación del jurista en la España del siglo XVIII, también sufrió un proceso de manipulación hispana, articulado alrededor de dos grandes ejes: la incorporación del *ius patrium* y la intervención censora inquisitorial. El

resultado fue, evidentemente, una serie de textos alejados del original, que « el protestante Vinnius, en su día, probablemente jamás hubiera firmado » (p. 152). Pero, más que la firma del autor, interesa, a la profesora Beck, el Vinnius que era leído y reescrito. No en vano, la principal función del *Comentario* fue la de servir de texto para la lectura en clase, en las cátedras de *Instituta* y *Digesto*, o de apoyo para los demás ejercicios académicos de la vida universitaria de la época:

El estudiante que, siguiendo las instrucciones de su maestro, abría un volumen del *Commentarius* para repetirlo en voz alta, se encontraba, primeramente, con el texto de las *Institutas* de Justiniano, el *textus* de base. Acto seguido venían las notas de Vinnius, una breve explicación que presentaba esquemáticamente la primera palabra de la frase o de la expresión del *textus* justiniano a que se referían, señaladas con un corchete o párrafo. Con esto, ya tenía el lector una idea resumida del tema tratado. Por fin, llegaba al comentario en sí, que retomaba por segunda vez las mismas palabras iniciales antes señaladas con un corchete (un valioso recurso mnemónico, muy apreciado en la cultura letrada de la época), pero añadiendo un texto más largo y detallado, donde se cotejaban las opiniones de los lectores con citas del Derecho canónico, civil y otras fuentes legislativas, y se indicaban también, en muchos pasajes, referencias a la práctica del foro local. Por esa razón, su estudio era recomendado muchas veces en una modalidad de lectura meditada y solitaria, complementaria a la más genérica y superficial de las *Institutas* de Justiniano (pp. 124-125).

VI. El capítulo III, sobre *Reescribir a Vinnius* (pp. 153-239), transita del Vinnio *damnatus* al *castigatus*, del expurgado al plagiado, más o menos literalmente. El primer Vinnio hispano fue el ya aludido de Madrid, en 1723-1724, editado por Francisco Lasso en colaboración con José Rodríguez de Escobar. Siguió, en verdad, el modelo de Anisson, de 1708, que facilitaba una composición tipográfica sólida y segura, junto con la fiel y oportuna obediencia a lo prescrito en el *Index* hispano de 1707. Sin embargo, Lasso-Escobar no corrigieron dos descuidos de Anisson, que había mantenido la mención a dos pasajes prohibidos por el Santo Oficio: *Polygamia nunquam in foro conscientiae licita fuit* y *Nuptiae sine parentum consensu contractae non confirmantur accedente copula*. Para el *Index*, según la doctrina del Concilio de Trento (1545-1563), el consentimiento paterno no era un requisito esencial para el sacramento del matrimonio, como lo era el de la presencia de párroco y testigos, pese a lo cual, Vinnius había criticado el hecho de que, según la canonística medieval anterior al Tridentino, basada en el mero consenso, sin requisitos formales para el establecimiento del vínculo matrimonial, la promesa o *sponsalia per verba de futuro*, aunque sin el consenso paterno, podría ser confirmada por la *copula accedente*; pudiendo funcionar como medio de prueba de la existencia del consentimiento válido, para los *sponsalia per verba de praesenti*, la conjunción carnal. Tampoco resultaba admisible, inquisitorialmente, la afirmación de Vinnio, de que la poligamia nunca había sido permitida, con lo que los Patriarcas del Antiguo Testamento, Abraham, Jacob y David,

habrían vivido en pecado y no podrían ser considerados santos, salvo dispensa divina de la prohibición de la poligamia, que Dios les habría concedido con carácter extraordinario. En total, el *Index*, de 1707, obligó a eliminar un total de nueve pasajes del *Commentarius*, que versaban sobre el consentimiento paterno, los matrimonios clandestinos, la doctrina católica de los grados de parentesco (tanto la crítica anticatólica por la extensión de la cognación espiritual al séptimo grado como el rechazo de la dispensa pontificia del impedimento matrimonial entre personas de grados prohibidos), la afirmación de Justiniano como supersticioso por haber legislado sobre impedimentos matrimoniales nacidos de la cognación espiritual, la índole también supersticiosa de la extensión de las prohibiciones matrimoniales a raíz del parentesco espiritual, el tono irónico de la aseveración vinniana de que la cognación espiritual era más relevante que el vínculo carnal, y las ya citadas voces sobre *Nuptiae* y *Polygamia* del índice final.

Lejos de adoptar como punto institucional de partida, en el caso del Santo Oficio de la Inquisición, la búsqueda de pruebas de su esperada decadencia en el Siglo de las Luces, Laura Beck, reconstruyendo las trayectorias del texto y de las prácticas de los lectores en torno al *Commentarius*, revela la continuidad de proceso social de disciplinamiento inquisitorial que se había venido renovando desde el Tridentino, y que todavía seguía formando parte esencial de la educación del jurista en el Setecientos. A un público de estudiantes y juristas se destinó, precisamente, la edición de Lasso-Escobar de 1723-1724, que también suprimió otros pasajes incómodos, desapercibidos para Anisson en 1708, y todavía no prohibidos por el *Índice* de 1707: la disposición testamentaria sobre una sepultura privada, la concesión de asilo eclesiástico a los sospechosos de determinados crímenes, el legado de cosas ajenas permitido por el Derecho romano pero dudoso para el Derecho canónico, o la eliminación de los abundantes vocablos en griego que brujuleaban a lo largo del *Commentarius academicus et forensis*. Precisamente, este efectivo aval de la edición hispana de Lasso al *Graecum non legitur et non imprimatur*, permite concluir críticamente, a Beck Varela, que conviene

relativizar la impronta del humanismo en la cultura jurídica hispana de finales del siglo XVII y principios del XVIII, que autores como Mariano Peset sostienen ser la causa primordial de un progresivo alejamiento del Derecho patrio y de la llamada crítica antirromanista que se generaliza y toma impulso a lo largo del siglo (pp. 164-165).

Para quitar el *veneno* que proliferaba en el *Commentarius* del herético Vinnio, *author damnatus*, no pocos autores se dedicaron a depurarlo y reescribirlo, deviniendo en un *Vinnius castigatus*, en el sentido propio de la cultura de uso y apropiación del texto ajeno en el Antiguo Régimen tipográfico, que concebía la lectura orientada a la

escritura, convirtiendo a los lectores en coautores de los libros que leían. Se trataba de un esfuerzo por captar la oralidad del Derecho patrio, atrayéndolo de su dimensión de aprendizaje, y de la esfera de la lectura y la enseñanza privadas, a la dimensión oficial de la cátedra, respaldada por un libro de texto: así, las *Institutiones Hispanae practico-theoricae commentatae* (Madrid, 1735), de Antonio Torres y Velasco, compuestas con fragmentos de las notas y comentarios de Vinnio, aunque sin anunciar su deuda en la portada; la *Exposición copiosa en castellano idioma de los cuatro libros de las Institutas de Justiniano* (Salamanca, 1736), de Juan Antonio Flores Velasco, que sí anunció su débito en portada, y el mérito de traducir el oscuro latín de Vinnio, sin desautorizar la materia de las leyes; la primera versión del *Commentarius* del impresor valenciano Benito Monfort, de 1767, obediente, desde la portada, al *Index expurgatorium* de 1747, que, sin embargo, se olvidó de la edición más lejana y ortodoxa, la madrileña de Lasso en 1723-1724, para reproducir el texto semiexpurgado por Baglioni en 1736; o la segunda versión de Monfort, de 1779, con incorporación de notas de patrio Derecho hispano a cargo de Bernardo Danvila, doctor en Cánones y profesor de Filosofía Moral en el Seminario de Nobles de Madrid, al objeto de depurar no sólo religiosamente al Vinnio protestante, sino también desde la perspectiva de los *iura propria* al Vinnio romanista y bátavo; y el popular *Vinnius castigatus* (Valencia, 1779-1780 y 1786), las *Institutiones romano-hispanae* (Valencia, 1788 y sucesivas reimpressiones), el *Digestum romano-hispanum* (Valencia, 1794 y sucesivas), o la difundida *Ilustración del Derecho Real de España* (Madrid, 1803), de Juan Sala Bañuls, catedrático en Leyes de la Universidad valenciana, que pretendía eliminar lo superfluo que había en Vinnio, arrojar luz sobre los pasajes oscuros, corregir errores de comentario, y subrogar al Derecho hispano (*Partidas, Nueva Recopilación*), en lugar del Derecho bátavo, no sin omisiones en las concordancias, con resultado, más que de romanismo inconfesado, de vinnismo disfrazado, dadas las dificultades de articular los criterios eclesiásticos con los de un Derecho regio en plena transformación, en el universo de un orden jurisdiccional propio del Antiguo Régimen.

Sin olvidar el iusracionalismo tipográfico de Jovellanos, quien, al criticar en su *Carta al Dr. Antonio Fernández de Prado*, suscrita, en Gijón, el 17-XII-1795, que las *Institutiones del Derecho Civil de Castilla* (Madrid, 1771), de Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel, no estuviesen escritas con « método raciocinado », proponía como solución recurrir a prólogos, rúbricas y citas, para organizar mejor las notas personales al Vinnio institutista, elaboradas a lo largo de las explicaciones en clase, sin mencionar la deducción de los principios jurídicos de una razón universal y abstracta, al reducir el discurso del método, al menos en parte, a simple distribución tipográfica. Porque el método, para los ilustrados (Mayans, Campomanes, Olavide), no era tanto razón jurídica cuanto disciplina de lectura, y aprendizaje de tópicos y autori-

dades que amparasen las proposiciones, con instrucción en el manejo de los diversos cuerpos de derecho, sus índices y comentaristas. Y es que, para la mentalidad dieciochesca, inmersa en una hoy perdida conciencia tipográfica, leer y escribir no eran actividades intelectuales puramente abstractas (pp. 232-239). De ahí el tópico ilustrado de los efectos negativos de la imprenta y de la multiplicación de los libros, asociando la imprenta, no al progreso sino a la decadencia del saber jurídico.

VII. Para la enseñanza del Derecho patrio, según los planes de reforma de los estudios de las Universidades, acometidos durante el reinado de Carlos III (1759-1788), paradójicamente se hizo indispensable *Leer a Vinnius*, según se constata en el capítulo IV (pp. 241-292). El carácter innovador de las reformas universitarias carloterceristas habría residido en los autores y libros elegidos, y en el nuevo y simplificado sistema de enseñanza, basado en manuales únicos para cada disciplina, por oposición a los vetustos usos del dictado y el cartapacio de apuntes. Otro mérito reformador habría radicado en la introducción del Derecho nacional en las explicaciones de cátedra, lo que constituiría la mejor expresión del supuesto e irrefutable antirromanismo de la política borbónica en el siglo XVIII, desde Felipe V, hasta Carlos IV. Ahora bien, como apunta perspicazmente Laura Beck — y ya ha sido subrayado con anterioridad —, en el siglo del antirromanismo, el de las Luces, fue Vinnio, y no algún comentarador patrio, el gran protagonista de las reformas universitarias de Carlos III, en Salamanca, Valladolid, Alcalá, Sevilla, Granada, Oviedo, Santiago de Compostela y Valencia, entre 1771 y 1787 (p. 243). Porque Vinnio participaba de los dos momentos de estudio: el público de la enseñanza oral en las aulas, a pesar de lo dificultoso de su lectura e inteligencia, y el privado para ejercitar individualmente la memoria en casa. Una lectura ardua, la vinniana, a causa de las notorias deficiencias de los estudiantes en el conocimiento del latín. Otra paradoja más, pues, la de que los planes de estudios universitarios carolinos optasen, para uniformar y simplificar la enseñanza jurídica, por un manual, el *Comentario* de Vinnio, que no estaba al alcance de todos los lectores hispanos, a causa de su generalizado desconocimiento de la lengua latina. Pero, disponer de una obra más asequible para la enseñanza era visto como una amenaza, porque alejaba a los oyentes de las aulas. La notoria dificultad de Vinnio convertía su lectura, por el contrario, en un signo de distinción, y en un pretexto para que el jurista docto exhibiese sus habilidades. Por lo demás, *leer* era lo que hacía el catedrático en clase, una lectura oral, y no el acto individual y silencioso del estudiante en su posada o cuarto. Porque su actividad de estudio y lectura silenciosa era *pasar* (« pasar y repasar los Vinnios »), un aprendizaje que preparaba para la obtención del grado de licenciatura, muchas veces con la ayuda de un tercero, un licenciado que aspiraba a una cátedra, que leía o explicaba de extraordinario en pasantías o academias, un mérito que

reconocía el claustro universitario al pronunciarse sobre los candidatos a cátedras.

En efecto, los *modos de pasar en Derechos*, canónico y civil, remitían a la lectura y la disciplina en el estudio, siendo una especie de guías lectoras que contenían consejos detallados sobre los libros, los autores, las materias, el orden y el tiempo que debía ser empleado en la preparación de los exámenes de Facultad, en especial para la licenciatura. Así fueron, entre otros, los de Diego Espino de Cáceres, *Modo de passar* (Salamanca, 1591); sobre todo Francisco Bermúdez de Pedraza, *Arte legal para estudiar la jurisprudencia* (Salamanca, 1612); también Alonso de Villadiego, *Forma de pasar en Derecho de su Instrucción política y práctica judicial* (Madrid, 1612); o Antonio Vázquez de Chávez, *Célebre curioso y muy útil método de estudiar en Derechos* (Santiago, 1617). Consistiendo la educación del jurista, por entonces y primordialmente, en un adiestramiento para la tópica jurídica, sus instrucciones permitían seleccionar a los comentaristas y manejar los diferentes cuerpos normativos, hasta determinar el orden de prelación a seguir en la búsqueda de soluciones casuísticas. Se combinaba, para ello, la memorización de algunos textos del Digesto justiniano, como los títulos *De regulis iuris* y *De verborum significatione*, con la identificación de los *loci communes* pertinentes entre los vastos materiales de dichos comentaristas, junto con detallados consejos acerca de la pronunciación y la lectura en voz alta. Porque había que leer con la pluma en la mano, dado que estudiar era aprender a identificar rúbricas, a compendiar y realizar anotaciones marginales, y a copiar y reunir selectivamente (*ars excerpenti*), los correspondientes materiales o textos de autoridad en un cuaderno o cartapacio de notas, ordenado alfabética o tópicamente.

Mas, estudiar también era corregir los errores de los libros, puesto que los impresos no eran concebidos, todavía, como un producto tipográfico acabado, presuponiendo la intervención manuscrita de los lectores, que puntuaban y corregían. Se puede afirmar, en fin, que cada estudiante, por consiguiente, fabricaba su propio texto. Y estudiar conllevaba el ejercicio de virtudes morales y religiosas, de renovada y salvífica disciplina católica postridentina. Por lo que respecta a la concordancia o la discordancia de los textos del *ius commune* con los de los *iura propria* (*Partidas*, *Leyes de Toro*, *Nueva Recopilación*), y sus comentaristas (Gregorio López, Antonio Gómez, Diego de Covarrubias), el Plan de estudios de la Universidad de Salamanca, de 1771, declaró, por ejemplo, que el paso y el repaso, o la lectura, de Vinnio, debería servir de puerta de entrada a las leyes patrias, algo que su *Commentarius academicus et forensis* ya venía desempeñando desde hacía algunos decenios, con sus referencias al Derecho local bátavo. Hay que tener en cuenta que el derecho propio y la práctica forense se aprendían en las *disputationes* y los *collegia* privados, lo que obliga a captar la oralidad, esencialmente característica, del Derecho patrio.

VIII. Y también que el arte del expurgo era un elemento esencial para la educación del jurista, según se desprende de la lectura del capítulo V, que versa, precisamente, sobre *Expurgar a Vinnius* (pp. 293-348). En España, sus lectores contaban con la guía segura de los Índices de libros prohibidos y expurgables. Tras una delación formulada ante el tribunal de distrito de Aragón, en 1667, por un estudiante que se percató de ciertas proposiciones heréticas sostenidas por Vinnius, ingresó éste en el *Index* de 1707, cuyas prohibiciones fueron luego ampliadas por el de 1747. Como autor de primera clase, *damnatae memoriae*, todas sus obras quedaron proscritas *a priori*, a no ser aquellas que recibieron expresa indicación de expurgo. Ahora bien, expurgar a Vinnius era una tarea tan compleja como la de leerlo o reescribirlo. Y ello por el enorme flujo de sus ediciones, tan distintas, en circulación. De ahí que abundasen los expurgos *ad absurdum*, como el de cierto ejemplar de la Biblioteca de la Universidad de Barcelona — detectado por Laura Beck —, editado en 1761, en el que aparece tachado sólo la frase de que *Quamobrem concludendum est non licere plures uxores eodem tempore habere*, como si la tesis contraria, la de la licitud de tener varias esposas al mismo tiempo, fuese doctrina oficial entre los católicos (pp. 306-307). A partir de mediados del Setecientos, la tendencia general fue, no obstante, la de extender la autocensura y la autocorrección, de conformidad con la bula *Sollicita ac provida* de Benedicto XIV, de 9-VII-1753, y, en esa misma línea, con una RC de Carlos III, de 16-VI-1768. Pese a la oposición inquisitorial, los dueños de los libros pudieron expurgar, *manu propria*, los pasajes prohibidos. Entre los más lacerados se hallaba el relativo a la invalidez nupcial, dado que, originariamente, Vinnio, criticando duramente lo acordado por el Concilio de Trento (1545-1563), en su sesión XXIV, había sostenido — como se sabe — que no se debía anatematizar a quienes considerasen inválidas las nupcias contraídas sin el consentimiento paterno.

En este mismo orden de cosas, impugna Beck Varela la tesis de que la condena de un autor generaba desconfianza hacia el resto de su producción. Pese a la prohibición que sobre ellos había recaído, otros escritos de Vinnio — al margen de su *Commentarius* —, como *Iurisprudentialiae contractae*, sus *Notae* y el *Tractatus quatuor*, siguieron leyéndose, recomendándose y comercializándose, constando su posesión pública y pacífica. Hay que entender que cuando se trataba de un público de lectores cultos, como el de los juristas, las prescripciones del *Index librorum* no se interpretaban como prohibiciones absolutas, sino como suspensiones de carácter provisional, sujetas, eso sí, a una permanente ampliación. Por lo demás, el *Index* era « un itinerario de lectura y una invitación a la reescritura, un convite abierto a todo ciudadano, católico y erudito, a participar en la magna empresa de depuración de materiales librescos » (p. 327). Y a ese convite respondieron no pocos lectores con expurgos espontáneos en materias como las del nupcial consentimiento paterno, el divorcio, los sponsales o la

poligamia. Por supuesto que, respecto a los grados de parentesco en el Derecho canónico, la aserción vinniana de que el segundo y el tercero de afinidad habían sido creados de manera imprudente o irresponsable (*temere excogitatum*), no gustó a la Congregación del Índice, aunque se tratase de disposiciones pontificiamente derogadas, con posterioridad. Y tampoco otra sentencia de Vinnio, al hacer mención a la problemática conjugación de las referencias a la poligamia, en el Antiguo Testamento, con el dogma del matrimonio monógamo e indisoluble desde el principio de los tiempos. Dicha sentencia vinniana mantenía que el mismo Dios había permitido una cierta forma de poligamia a su pueblo. Ahora bien, la clave expurgatoria de los libros jurídicos radicaba — para Beck —, en su ventaja de una sospecha de herejía menos rígida que en aquellos libros *qui de religione tractant*; y en que contaban con un público lector que estaba preparado, en muchos casos, para enfrentar la heterodoxia. Y es que el libro jurídico no era necesariamente visto como un repertorio de verdades vigentes, sino en tanto que soluciones y materiales útiles para una técnica esencialmente dialéctica, la de la *iuris prudentia*, en la que el arte argumentativo se alimentaba y reforzaba con la exposición de las tesis opuestas (p. 344).

Conviene recordar que los pasajes expurgados de Vinnius, por ejemplo a lo largo de las más de mil páginas de su *Commentarius*, fueron muy pocos, a pesar de las abundantes citas y nombres de autores protestantes que contenía. Y es que los juristas del norte de Europa, la Europa reformada, y los del sur, la Europa católica, compartían, desde luego, mucho más de lo que les dividía. No eran protagonistas de un utópico *ius commune* sin fronteras, pero aún compartían un lenguaje común, fundado sobre la autoridad de los *corpora iuris*, y una tradición doctrinal que servía para la cada vez más diversificada práctica local (p. 345). Y aunque había lectores disciplinados, excesivos, cómplices del Santo Oficio o puritanos, también los hubo poco disciplinados en el expurgo, ausentes y silentes, aunque no reclamasen la libertad de imprenta, ni pretendiesen cuestionar el sistema censorio. Una censura, la regia, que resultó ser más eficaz que la inquisitorial; y más aún que el método artesanal de expurgo, las sucesivas, depuradas y seguras reescrituras de Vinnio, aprobadas por el Consejo Real de Castilla, que llevó a cabo Juan Salas, verbigracia en sus *Institutiones romano-hispanae ad usum tironum hispanorum ordinatae opera...*, *Praepositi valentini* (2 vols., Valentiae, Typis Salvatoris Fauli, 1788-1789). Ahora bien, Beck ha comprobado que la ausencia de expurgos creció con el paso de los años, como resultado de diversos factores:

Los problemas congénitos de acceso al *Index*; las fallas del *sistema*, como los sobornos a los comisarios [del Santo Oficio] que deberían revisar los cargamentos de los navíos, o los propios Inquisidores que eran autores o impresores de libros clandestinos; la confusión de criterios ante los cambios en las ediciones; la eventual titularidad de una licencia para leer libros

prohibidos; la progresiva relajación de la disciplina del expurgo, como temía el Inquisidor Quintano Bonifaz; o incluso el compromiso con la entonces reciente normativa de Carlos III, que, en 1776, había establecido, contrariamente a la orientación canónica, la necesidad del consentimiento paterno para el matrimonio de los hijos menores de edad, y del *consejo* para los mayores. También podría traducir indiferencia o intentos de resistencia, cuya averiguación, sin embargo, no está a nuestro alcance (p. 347).

IX. Por consiguiente, la historia de las lecturas católicas de Vinnio en España, acometida por Laura Beck Varela, está repleta de cuantiosas huellas y tachaduras de tinta, dejadas en sus ejemplares. Pero, más allá del caso vinniano concreto, o del destino de cada uno de sus párrafos, interesa saber cómo, en el reformador Siglo de las Luces, los juristas concebían y se apropiaban de libros ajenos, cómo los editaban, leían, anotaban y borrraban. Se trataba de la invitación, común para lectores y censores, pluma en mano, del *Vinnium damnare*. De ahí que exista, como capítulo VI, una *Literatura jurídica bajo maldición historiográfica* (pp. 349-390). La primera, y más influyente, la de Savigny, quien, en sus *Vorlesungen über juristische Methodologie* (1802-1842), combatió a los autores de *Institutiones*, desdenándolas por ser obras elementales, rompiendo así con la tradición a la vez que fundaba e imponía el canon en la Historia de la literatura jurídica. Con anterioridad, Gustav Hugo ya había criticado la literatura de los comentarios a las *Institutiones* de Justiniano, defendiendo un estudio puro y autónomo del Derecho romano. Ambos, pues, rechazaron la ilusión metódica de la literatura institutista — que ni era original, ni trataba del derecho en su conjunto, por lo demás —, y a Heineccius, por su trasnochado esfuerzo axiomático — que podía servir tanto a la Monarquía absoluta como al Estado liberal de Derecho, con su sistema fundado en los derechos individuales —, en especial. Ahora bien, como precisa Laura Beck, lo que hizo Savigny, en realidad, fue proyectar, de manera anacrónica, su obsesiva búsqueda del sistema sobre la literatura jurídica precedente (pp. 349-358).

En Francia, asimismo, la del *Code Napoléon* y la *École d'Exégèse*, cuna del llamado *assolutismo giuridico* por Paolo Grossi, tampoco se fue inmune a la efervescencia de la literatura institutista. Aunque Vinnio no se incluyese en un programa ideal de lecturas romanistas, se enseñaba el derecho romano, en las aulas, a partir de sus obras, a pesar de ser Heineccio el autor de mayor presencia, con traducciones al francés (1808, 1812, 1835), incluso tras la entrada en vigor del *Code civil* de 1804. Además, Vinnio y Heineccio inspiraron la literatura de concordancias entre los Derechos galo y romano. En cualquier caso, dichos institucionistas eran aceptados sólo por la convicción de que, una vez promulgado el *Code*, bastaba un conocimiento superficial del derecho romano. Y es que, aunque codificadas, las leyes francesas seguían teniendo historia. Y, a pesar de la aparente simplicidad democrática del *Code*, no generó, éste, una inmediata adhesión, ni el asiento de una

sólida Escuela de Exégesis, pero sí el deseado retorno a los sagrados arcanos que encerraban los libros de derecho romano, en la Francia de la Restauración. Sólo una vez que conquistó su espacio jurídico el *Code*, se habría de reclamar, literalmente, la sepultura de Heineccio, Vinnio y sus secuaces (pp. 358-373).

Al igual que en Francia, que fue uno de los principales focos irradiadores del ideario de la Escuela Histórica del Derecho, de Savigny y su antiinstitutismo, se fue propagando, por Italia, España y Portugal, la semilla de la crítica al viejo romanismo, aunque muy desigualmente, y no sin contradicciones y titubeos. En tierras italianas, las nuevas reimpressiones y traducciones de Heineccio fueron unas sesenta; y en España, alrededor de cincuenta, sin olvidar el *vinnismo* disfrazado de las *Institutiones* de Juan Sala, a las que hay que añadir su amplia difusión por el continente americano. Esta ingente producción editorial estaba alimentada por los Planes de estudios universitarios que se sucedieron, en España, a lo largo de todo el siglo XIX — desde el suscrito por el marqués de Caballero en 1802 —, acompañados de la inestabilidad de los cambios políticos. Unos planes que seguían recomendando a Vinnio, Heineccio, y luego a Sala. Como recuerda Beck, mientras se sucedían los reinados, se nombraba y cesaba a los ministros y caían los gobiernos, en las escribanías de los juristas decimonónicos presidían, impasibles, los *Vinnius*, *Heineccius* y *Salas*. No obstante, ya no monopolizaban la enseñanza universitaria, sino que se limitaban a sus asignaturas propedéuticas. Y ausentes todavía, en España, el código, el compromiso de la doctrina con su construcción, y el principio de publicidad de la ley como característica esencial de las normas y garantía del ciudadano, permanecía viva, sin embargo, la llama del género de las concordancias entre los Derechos romano y patrio. Esta literatura del Derecho romano concordado era, por tanto, la puerta de entrada, para el estudiante, en el mundo del derecho, y el primer vehículo de transmisión de esquemas de organización del pensamiento jurídico. Mas, advierte Beck Varela que, a pesar de la ausencia institucional de la Inquisición desde 1834, se prolongaron, en el tiempo, las tradiciones textuales de *castigationes* y las notas canónicas de fidelidad. Así, cuando Heineccio abordaba el conocimiento del derecho natural a través de la revelación de las Sagradas Escrituras, los lectores habían de acrecentarlas con las divinas tradiciones, de conformidad con el Concilio de Trento. Y en las anotaciones a Vinnio e Heineccio se remitía a las *Partidas*, la *Novísima Recopilación* y las nuevas *Constituciones políticas* de la Monarquía, así como a la doctrina y la jurisprudencia de siglos anteriores, sin principio jerárquico alguno, en un orden normativo de conformación absolutamente plana (pp. 373-386).

He aquí la *desdicha* de un legado historiográfico, según es calificado por Laura Beck, puesto que la Escuela Histórica de Savigny hizo caer a Vinnio, y a su anotador Heineccio, en un ominoso silencio para la posteridad. Y eso pese a la crítica a la que ha sido sometido el modelo

jurídico-literario savigniano, poniendo en tela de juicio su énfasis en el retrato humanista, y su desdén hacia el *usus modernus pandectarum* y la Escuela *Elegante* holandesa. La estrecha cronología y las limitadas categorías de la Escuela Histórica le impidieron valorar a juristas como Vinnius, cuya variopinta producción no le redujo a la esfera de la literatura institucionalista, ni le afilió estrictamente al humanismo jurídico (pp. 386-390). Pese a lo cual, ni siquiera es mencionado en la Historia de la Universidad de Leyden, y tampoco en su Facultad de Derecho (p. 388, nota núm. 137). Y en el caso de Heineccius, su situación todavía resulta más desconcertante, habiendo recibido todos los calificativos historiográficos posibles, y contradictorios entre sí: de mero práctico del derecho, de inutilidad de su praxis, de anticuario, de jurista elegante, de germanista, de punto final en el *usus modernus*, de *portador de la antorcha de la ciencia jurídica europea* nada menos, de iusnaturalista y de institutista.

X. Resulta muy reveladora, y relevante, la conclusión a la que llega Laura Beck, impugnando tesis muy conocidas, e incluso consagradas, de expertos historiadores de la Universidad española, como los hermanos José Luis y Mariano Peset Reig, respecto al fracaso de su reforma carolina, en el siglo XVIII. En este sentido, durante el reinado de Carlos III (1759-1788), no habría habido un plan preconcebido y coherente de reforma pedagógica racionalista. Los nuevos manuales no renovaron metodológicamente nada, sino que reforzaron las viejas prácticas de estudio y aprendizaje, tópicos y escolásticas, ya en uso. A diferencia de los viejos Estatutos universitarios, los Planes de reforma dieciochescos registraron autores y obras, además de restringir, aparentemente, el dictado en clase. Pero, dichos manuales no sustituyeron, necesariamente, a los cartapacios y mamotretos de apuntes, sino que debían servir de base textual para el ejercicio de las concordancias y las glosas marginales. No era, pues, una técnica muy distinta de la que había concebido el *Corpus* justiniano, hasta entonces, no como compendio o manual y sí como punto de partida para las explicaciones de cátedra, orientadas a que los estudiantes se familiarizaran con las instituciones jurídicas, aprendiesen a argumentar y a defender soluciones en los posibles conflictos jurídicos que se planteasen. Y es que los ilustrados quisieron desterrar a Vinnio, no porque otros autores presentasen una visión más panorámica y racionalista del derecho, sino porque su lectura podía incitar a los estudiantes a dispensar la consulta directa y memorística del *Digesto* y del *Código*, que tenían que ser naturalmente ejercitados durante el repaso de la *Instituta* (cap. IV, pp. 282-292). En suma, para Beck Varela, los límites de las reformas universitarias carolinas quedan patentes por el hecho de que, ni los intentos de introducción del Derecho natural y de gentes, mediante la creación de cátedras *ad hoc*, ni la mayor presencia del Derecho patrio en las aulas, lograron transformar la enseñanza tradicional, que siguió basada en el

Codex, el *Digestum* y las *Institutiones* de Justiniano. De ahí que quepa concluir que no pudo ser reformada la enseñanza del Derecho, en el Antiguo Régimen, porque no se reformó, previamente, el Derecho del Antiguo Régimen:

Una oscilación, sin grandes cambios, al nivel de las estructuras y de las prácticas fue la innovación que cupo en el contexto de un orden jurídico que seguía siendo una acumulación de normas de procedencia plural y diversificado ámbito de vigencia, y que no dispensaba la mediación jurisprudencial. Era un orden carente todavía de un principio inflexible de derogación de leyes anteriores por las posteriores; en que las ediciones de los cuerpos normativos medievales que se ponían a disposición del público seguían privilegiando la glosa; en que la idea de *método* se asociaba a la de una somera ordenación de una disciplina de lectura; en que el Derecho patrio que comenzaba a aflorar, por la vía de las *Institutiones*, no fue jamás concebido *ex novo*, sino que seguía siendo el de la mediación jurisprudencial que potenciaba las categorías del *ius commune* tardío. Como sucedía en el plano normativo, sumatorio de potestades jurisdiccionales distintas, las leyes patrias en la enseñanza no venían a refundar un sistema, sino a sumarse al marco de interpretación que ofrecía el *ius commune* jurisprudencial. Un orden poco propicio, en síntesis, para una enseñanza basada en manuales únicos y todavía sujeto a los excesos del *vinnismo* (cap. IV, pp. 290-292).

Un *manual*, como el *Commentarius* de Vinnius y las anotaciones de Heineccius, máxime cuando era considerado y expurgado, en España, para ser casi un catecismo, paradójicamente elaborado por mano heterodoxa, reformada o calvinista, de *protestante*, conforma y estructura la cosmovisión adulta del joven estudiante, en este caso, del futuro jurista. ¿Sólo eso? ¿Nada más? Nada menos, como ha mostrado Laura Beck Varela, puesto que tales manuales no sólo eran — y son —, saber y ciencia, sino también, a veces primordialmente, conciencia, además de cultura, vivencia ejemplar, praxis, reconstrucción de experiencias lectoras de su autor, intercambio corporativo de ideas o tópicos de la especialidad, e incluso autocensura. La suya es la odisea prototípica de autores, lectores y libros jurídicos en la Edad Moderna, particularmente en la España, y la Europa, del siglo XVIII. Una vez muerto el autor, la nave del libro navega por rumbos insospechados, al paio, al viento y por las corrientes más inusitadas, a impulso tipográfico de los impresores, deseosos siempre de fondear y mercadear en buenos puertos. No faltan otros pilotos que pretenden dar nuevo rumbo a la nave, reescribiéndola; ni lectores que, pasajeros en la misma, procuran modificar su estructura, arriar el velamen o carenar el casco, sin preocuparse de las condiciones marineras de la nao, o de si sus saberes son suficientes para no desajustar las cuadernas de la quilla o provocar vías de agua en el casco. Ni tampoco corsarios empeñados en hundir la nave, bajo banderas religiosas excluyentes de expurgo y prohibición; ni otros capitanes empeñados en sepultarla por motivos espurios, de escrúpulo histo-

riográfico. Toda una *Odisea*, en efecto, en la que Ulises-Vinnio, en lugar de regresar a su isla de Ítaca, progresa en el tiempo, del siglo XVII al XIX, y de la Europa septentrional reformada a la Europa meridional contrarreformada, sin que el transcurso del mismo reste legitimidad a su reinado, gracias a la astucia reformadora-conservadora del texto de sus súbditos-lectores. Y una odisea reconstruida por su autora, Laura Beck, quien, al igual que Homero, recolector y compositor de tradiciones orales helénicas, también ha desenterrado, laboriosa, minuciosa y muy meritoriamente, de archivos y bibliotecas, las tradiciones escritas de un modelo de literatura manualística ejemplar, la vinniana, que, similarmente a como la homérica ha venido conformando la literatura poética y mítica de Occidente, ha influido, aquélla, proporcionalmente, en la difusión del romanismo, tanto en la enseñanza universitaria como en la práctica del foro en Occidente. Si todo lector culto está llamado, y obligado, a leer la *Odisea*, ¿qué jurista cultivado no ha de hacer lo mismo con este Ulises y esta otra odisea, la del Derecho romano manualizado, esto es, inculcado a decenas de generaciones de juristas europeos de la Edad Moderna?

Abstracts

FRANCESCO M. DE SANCTIS, *From equality between equals to equality of equals.*

The essay investigates the different conceptual and semantic scopes within which the notion of equality has been historically rebuilt. Being the notion of equality a concept of relationship as well as a concept that postulates the search for unity, the essay considers the concept of equality of the ancients and the difficulty in accepting any universalistic utilization of this notion. Secondly, the notion of equality is examined, according to the doctrine of natural law, which, on the contrary, is based on a non relational idea of subjectivity. Subsequently, the essay analyzes the notion of equality in the 18th — century revolution — ary period. Within this framework the idea of equality is mainly rethought in terms of dialectic and often conflictual relationship between state and civil society. Finally, the article focuses on the new meaning that equality takes on in the shift from the liberal state to social state (pluralistic and democratic). In this last experience, in particular, equality does no longer seem only a precondition of civil coexistence, but it is conceived as a continuous constructive process that is essential to legitimisation of democratic system.

MAURO BARBERIS, *Against legal creationism. Judicial precedent between history and theory.*

Legal creationism is the legal equivalent of biological creationism: the absurd idea that only those things intentionally made by an author exist. The adverb ‘intentionally’ must be emphasized here. Law is really made by human beings: who else could create it? Human beings who make law, however, do not always know nor do they want the law they make. The precedent, that is the subject of this essay, is but an example of this ascertainment, as well as the most evident counter-example of legal creationism. After a preliminary definition of ‘precedent’ and ‘doctrine of judicial precedent’ (section 1), the first part of this paper (§§ from 2 to 5) outlines a brief history of both subjects; the second part (§§ from 6 to 8) reconstructs three well-known criticisms of the

common law (utilitarian, legal realist, and post-modern, respectively); the third part (section 9) lists three current apologies (hermeneutical, economistic, neo-liberal). Section 10 provides a double, provisional moral of the story.

PAULO FERREIRA DA CUNHA, *The rhetoric of Enlightenment, law and politics.*

Words are a sign of power: they are also power signals. The sovereign is the one who decides about the words and their meaning. There have been several movements of redefinition of historical times and periods, as well as moments to rename them. The Middle Age has been extended so much in the theory of Le Goff. Moreover, in the Portuguese-speaking world, recently there have been disputes around the Enlightenment, its periodization, and the more appropriate words to designate it. This article seeks to get Ariadne's thread in the labyrinth of words and ideas of the 18th century. In particular, the paper is focused on the legacy of the Portuguese-Brazilian rational law, as a kind of 'sociological control group' that was able to shed new light on the lights and shadows of the Age of Enlightenment.

MASSIMO VOGLIOTTI, *The modern criminal law science and the scandal of hermeneutics.*

In continental Europe, modern criminal law has been built on the foundations of legality and the exclusion of judicial law making. Its genetic code is thus incompatible with legal hermeneutics that sets the judicial application of law at centre stage and claims a constitutive role for interpretation. The author retraces the difficult and agonizing path along which the Italian community of criminal law scholars has recently opened itself to hermeneutics, laying the groundwork for the construction of a new scientific paradigm.

FRANCESCO PALAZZO, *Victor Hugo, The Wretched, and criminal justice.*

The subjects of criminal justice, crime, and punishment, are tackled in Victor Hugo's *The Wretched* at three different levels. First,

Hugo believes in the nobility of the law as a bearer of civil progress, which establishes itself historically even at the cost of a legitimate violence. Second, the novel contains a criticism of the criminal and prison system in early 19th-century France, not only from a social perspective, but also from a humane one. Third, the characters of Bishop Myriel, the convict Valjean, and the policeman Javert represent three different psychological and moral ways by which the legal dimension comes into contact with the existence of each of them.

GIOVANNI MINNUCCI, *An unpublished speech of Alberico Gentili to the Oxford scholars in defence of jurisprudence.*

Several manuscripts of Alberico Gentili (S. Ginesio 1552 - London 1608) are conserved in the Bodleian Library in Oxford. In 1580, the Italian jurist, exiled for his adherence to the Reformation doctrine, arrived in England where, in 1587, was appointed Regius Professor of civil law at the University of Oxford. Here, after the publication of *Dialogi* (1582) and *Lectiones et epistolae* (1583-1584), he ran into a number of problems, initially with Jean Hotman and the humanistic circles and later with the theological-puritan ones. The speech — which is published here in Appendix — is conserved in the Collection D'Orville 612 and was written after March 12, 1594, at the end of a bitter controversy with the puritan theologian John Rainolds. The controversy had developed between 1593 and 1594 and it was about the competence of the jurist and the theologian. In it, Gentili, besides defending himself from the accusation of being *trico italicus, machiauelicus et athaeus*, also protects the good reasons of the *iurisprudentia* in the light of its long history and the merit of those who, over the centuries, had professed legal science.

GIOVANNI ROSSI, *François Hotman vs. Tribonian: a radical critique to Roman Law in Sixteenth-Century France.*

The lesson of the Italian humanists in the fifteenth century was not in vain: the effort to historicize and apply philology to the *Digest* and the *Code* of Justinian has led in the sixteenth century not to give their effectiveness in modern Europe for granted. Among the many proposals for a new approach to Roman law, the most innovative and radical one is provided by François Hotman in *Antitribonian* treatise, written in 1567 but published posthumously in 1603. Hotman's belief

is that Roman law is the result of an experience of the past, now ended. Political institutions, the organization of the state, the economic and social life: everything has changed compared to ancient Rome and insisting on applying ancient Roman law is wrong and harmful. Forcing young people to study Justinian's compilations at university means wasting their time: their preparation should not be bookish and mnemonic but based on learning from the masters' direct voice and practicing in court. It is up to the king to take the initiative to condense any legal knowledge in one or two books, with simple and clear rules, easily knowable by everyone. Hotman's reform project was not successful: on the one side the lawyers did not want to give up the traditional method of study and work, and on the other side the king wanted to use Roman law to assert his own privilege in the creation of the law.

MARÍA JULIA SOLLA SASTRE, *From discretionary to jurisdictional: Shaping the disciplinary responsibility of the judiciary in Spain (1845-1870)*.

This contribution deals with the construction of the disciplinary responsibility of judges in Spain, through a process that began in mid-nineteenth century and culminated in the Judiciary Act of 1870. This transformation took place because the Government gradually absorbed the disciplinary powers residing within the courts and deposited them in the hands of a new disciplinary authority, the Minister of Justice, which thus became the apex of the judicial administration. The Act of 1870 was the first in creating the category of «disciplinary responsibility», insofar that it converted finally the internal discipline of the courts, which was a discretionary power of those corporations, into a disciplinary jurisdiction regulated by public laws. The paper tries to show that the disciplinary responsibility, rather than being merely a symptom, was an instrument used to build a hierarchical administrative apparatus of justice that became, from the nineteenth century onwards, a constitutional entity.

GIOVANNI CHIODI, *The theatre of passions. The private and popular prosecution in the criminal law science of the late 19th century*.

The Italian code of criminal procedure of 1865, following the French model, had reserved the criminal prosecution to the State: only the public prosecutor could institute a criminal action and a similar right, with few exceptions, was not attached to injured parties or private

citizens. The code, moreover, did not include any form of control over the prosecutor's decision not to proceed and there was a risk of possible abuses, because the prosecutor was not free from political influence. The debate on private criminal prosecution, which developed in the criminal law scholarship, immediately took on a constitutional dimension. In the eyes of the liberal jurists, private and/or popular criminal action represented a constitutional right of civil liberty, in a country that had recently secured some rights of political freedom. In the debate of the late 19th century, the majority of criminal lawyers came to hope for overcoming the monopoly of the action held by the public prosecutor. The two main archetypes were outlined since the 70's, in the writings of Luigi Lucchini, an admirer of the English adversarial system and of the popular action, and Francesco Carrara, highly critical of the public prosecutor and supporter of the individual rights of injured parties, but not of a popular action for all citizens. In the same period, a third address supported the granting of both actions. The issue was also discussed by the positive school of criminal law, without achieving a unified position. There was also a minority opinion inclined to strengthening the role of the public prosecutor, with limited powers of control by individuals. This line will have a strong influence in the gestation of the code of criminal procedure of 1913. It was founded on a rhetoric, partly shared by some proponents of private prosecution: injured people and citizens, unlike the public prosecutor, were outlined as malicious, vexatious and unfair, players of a « theatre of passions » dangerous for innocent citizens.

FERDINANDO MAZZARELLA, *Dialogues at a distance about sociality and historicity of law. Italy, France, and Germany in the late 19th and the early 20th century.*

The significant transformations that took place in Europe in the late 19th and early 20th centuries provided the background for one of the most intense periods in the history of the legal culture. The legal movements, which in Italy, France and Germany led to changes in the concept as well as in the method of law, seemed to be inspired by a common mood. The energies of the Italian « Social School of Law » crossed the apprehensions of the French judicial « renaissance » and the challenges of the German « Freirechtsbewegung », entwining one with the other, following congruent paths, and drawing from the same scientific believes. The non-orthodox elements of the European legal culture shared a common intolerance towards paralysis, a system of legal sources monopolised by the statute-law and a law shaped around

individualism. They established « dialogues in parallel », for the most part independently of each other.

GIOVANNI BISOGNI, *The jurists and the judicial control over the content of the laws from the liberal period to fascism.*

In Italy, from unification (1861) to Constitution of 1948, legal scholars agreed that judicial review of legislation related to its substantive constitutionality was impossible simply because the constitution of that period — the so-called « Statuto Albertino » — was fully amendable by the legislative branch of government — so the Statuto was ‘flexible’. Nonetheless, this opinion was not unanimous. Some scholars maintained that ‘flexibility’ did not prevent substantive limits to legislation — limits that were enforceable by judges, especially as the Statuto had no special provision about its amendment. Other scholars rebutted the legitimacy of judicial review not by appealing to the notion of flexibility, but because of its effects on the constitutional position of judges. The article analyzes this debate from the point of view of these last scholars, holding that the strongest argument against the judicial review was essentially not its ‘flexibility’, but its impact on the continental concept of the judicial role.

LAURA MOSCATI, *Moral rights and the 1928 Rome Conference for the revision of the Bern Convention.*

The declaration of the rights protecting intellectual property as moral rights is the great innovation of the 20th century. As it is known, the 1928 Rome Conference for the revision of the Bern Convention accepted the proposal of the Italian delegation and of Edoardo Piola Caselli. This proposal became the famous article 6-*bis*, which is the first international protection of the moral or personal component of copyright. Important archival materials, accessed for the first time, shed new light on the events bringing to the formulation of the article as well as on the activity of the lawyers involved at a national and international level, in particular on Francesco Ruffini’s contribution. They also allow us to analyse the copyright as a set of inalienable and non-transferable rights. These rights originated in the *droit d’auteur* system and only recently received attention in the USA.

VINCENZO CARIELLO, « *A tremendous device of economic supremacy* »:
Theoretical contrapositions, financial battles and ideological tensions about the multiple voting shares in the interwar period.

The recent introduction of multiple voting shares (i.e., dual-class shares) is a major deviation from the traditional approach to such control enhancing mechanisms by the Italian company law regime. The assessment of the reform's pros and cons has however followed the new rules, rather than preceding their drafting. The lack of meditated preliminary works has delivered a regulatory framework that disregards the risks inherent to this new deviation from the « one share, one vote » paradigm. Furthermore, praises and criticisms stirred by the new legislation disregard that the current controversy echoes a much more reasoned debate that took place in Italy during the first half of the twentieth century, from the First World War to the fascist seizure of power. However, that debate has still a lot to teach to present scholars and legislators. Not only did its methodology lead to a thorough analysis of the effects brought about by multiple voting shares, but that open confrontation of opposing views demonstrated that legal remedies are needed to ensure that an unrestricted leverage in the ratio between voting rights and cash flows does not lead to abuses. The paper performs a detailed historical analysis of the legal literature of the early twentieth century, taking into account the opinions expressed by outstanding scholars and trade associations as well as the relevant case law concerning the first historical attempts to introduce multiple voting shares through corporate charter amendments. The analysis shows the historical implications of multiple voting shares on corporate governance and beyond, including their links with the fascist economic policy.

BARTOLOMÉ CLAVERO, *Indigenous Consultation and Colonial History: Colombia and the Americas, from Mexico to Bolivia, between Human Rights and Constitutional Law, 1989-2014.*

Insofar as *consultation and consent* is taken as a suitable procedure, in terms of its decolonizing purposes, for relations between States and indigenous peoples in Latin America, Colombia's performance appears as one of the most significant cases, if not the most significant. The approval of the current Colombian Constitution and the ratification by Colombia of the *ILO Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries* were practically contempora-

neous. However, the Constitution did not unfold the Convention's guidelines on indigenous consultation. The Colombian constitutional jurisprudence has allegedly aligned with some of the Convention's provisions, though failing to match its standards. The *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, explicitly adopted by Colombia, has had the effect of transforming the Convention into a human rights treaty. Anyway, in relation to the consultation with indigenous peoples, no genuine effort has been made in Colombia to fulfil the constitutional mandate of incorporating human rights treaties into domestic constitutional law. No other States in Latin America, such as Mexico and Bolivia, meet the challenge. This essay, bringing together law and history, finally reflects on the moral of the Colombian parable for all of the Americas. In the end, constitutional history, rather than comparative law, makes available the approach that sheds light on the dark subject of past and present legal relations between independent States and indigenous peoples throughout the Americas. In short, here it is a journey to the *longue-durée* of the colonial legacy through the *courte-durée* of the indigenous consultation.

CARLOS PETIT, *Casanova's Advices to Da Ponte, or Exchange Practice for Libertines.*

Under this title — not at all a metaphoric one — the following pages deal with the English law of negotiable instruments, from the seminal work of John Marius to the end of the 18th century. The contribution focuses on the endorsement and on selling of bills and notes; some final pages are devoted to usury issues and — last but not least — the reception of the encyclical *Vix pervenit* (1745) in France and Spain. Empirical evidence for the study resides in the biographical and epistolary account of Giacomo Casanova (1725-1798) and of Mozart's librettist Lorenzo Da Ponte (1749-1838), both resident in London at some point of their eventful lives and both forced to leave England pursued by their creditors.

FRANCESCO MIGLIORINO, *Dr. Freud and the criminal law journals.*

Can *psychoanalytic* thinking illuminate our understanding of law? The idea that criminal doctrine could be influenced by psychotherapy spread from the very heart of Europe in the early decades of the twentieth century. This essay seeks to examine not only a historical but

also a doctrinal question: i.e. psychoanalytical endeavors to provide a theory of social behavior pertinent to law. Although law is stereotypically perceived as being concerned with the external face of man and psychoanalysis with the internal one, each discipline is in effect concerned with both of these faces. The article explores the spread and the contribution of Freud's psychoanalytic theory to jurisprudence. Freud was busy shaping his revolutionary model of the workings of the mind; his work came to Italy via psychiatry and psychopathology. While, by 1912, Italian academic psychiatry concentrated mainly on 'cleaning up' society, by expelling 'abnormal' and 'degenerates', the young Edoardo Weiss, Freud's scholar, strenuously defended the newborn science by writing for magazines and speaking at conferences. Weiss built up a strong network of contacts with lawyers and criminologists through a prestigious review, « La Giustizia Penale ». So far, this is a fact ignored by historians of both psychoanalysis and law. In 1938 the implementation of the infamous racial laws forced many Italian psychoanalysts (most of them, Weiss included, were Jewish) to seek refuge far from Europe. The winds of war put an end to the extraordinary and unexpected partnership between these psychoanalytical pioneers and one of the most popular Italian criminal law journals. Despite this, the foundations of the legal-psychoanalytical relation had been laid and from this a long dialogue had begun.

PIETRO COSTA, *The Ius vitae ac necis to the test: Cesare Beccaria and the social contract tradition.*

Beccaria adheres to the social contract theory and employs it as an argument against the death penalty. The essay focuses on the problem of the foundation of the right to punish in the social contract tradition and calls attention to the peculiar solution adopted by Beccaria. According to Grotius and Locke, every individual in the natural and original condition of mankind has the right to punish anyone who has violated the natural rights. On the contrary, Hobbes, Pufendorf and Rousseau share the opinion that the very idea of crime and punishment presupposes the existence of a 'civil society', but they diverge in the vision of both sovereignty and crime. Beccaria stresses the link between 'civil society' and punishment, but assumes life as an inalienable prerogative of every individual and tries to demonstrate that death penalty is not essential for the safety of society.

RENATO PASTA, *Beccaria 'philosophe': The origins of criminal law as a 'social integrated science'*.

By combining the utilitarianism of Helvétius with Rousseau's typical humanitarianism, Beccaria's book *On Crimes and Punishments* (1764) powerfully contributed to shape the debate on criminal law from then on. The book also pleaded for equality before the law and suppressed aristocratic privilege and ranks, thereby undermining the ideological and religious foundations of the Old Regime. By following the lead of the legal historian Mario Sbriccoli, this essay analyses some key aspects of Beccaria's intellectual development and highlights his role in the growth of a full-fledged, all-encompassing 'science of man and society' in the nineteenth and twentieth centuries.

MARIO PISANI, *Beccaria and the prevention of crimes*.

In the last part of his masterpiece, and precisely in paragraphs XLI-XLV, Cesare Beccaria deals with the subject of prevention of crimes in an extra-penal perspective, namely apart from the general purpose of criminal laws and their concrete application. By doing so the microcosm of crimes and punishments tends to take the form of a macro-problem of general state policy, even before the themes and goals of modern criminology were drawn.

DOMENICO SICILIANO, *The power of the insect and the insect of power, or the democratic question in Cesare Beccaria's « On Crimes and Punishments »*.

The text interprets Beccaria's *On Crimes and Punishments* as a radical critique of power relationships in society and especially in the law, including the criminal law. Beccaria strongly criticizes the law of his time, setting the reality of the unjust relationships in his society against the ideal situation where legislation would bring about the happiness of the greatest possible number of people. This vision involves a critique of both property, which unlike life is not considered as a natural right, and of the 'spirit of family', contrasted with the 'republican spirit' which ought to pervade every polity made up of free citizens. Beccaria grounds the right to punish upon the difference between law and tyranny, along with an egalitarian and utilitarian

criterion, in which the key concepts are the damage to society and the differentiation between rich and powerful people on the one hand and poor and weak people on the other.

Ragguagli fiorentini

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO
NELL'ANNO ACCADEMICO 2013-2014

Sono stati graditi ospiti del *Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno* per un soggiorno di studio o attività di ricerca: il prof. Sergio Said Staut Junior dell'Universidade Federal do Paraná - UFPR; il prof. Giovanni Chiodi dell'Università Milano Bicocca; il prof. Arno Dal Ri junior dell'Universidade Federal de Santa Catarina (Florianopolis - Brasile).

È stato pubblicato il volume 43° dei « Quaderni fiorentini », due tomi dedicati a *Autonomia. Unità e pluralità del sapere giuridico fra Otto e Novecento*. Il volume, aperto dalla pagina introduttiva a firma di Giovanni Cazzetta e da un intervento di Luca Fonnesu volto a delineare la ricomparsa di autonomia nel vocabolario della modernità, cogliendo le linee della riemersione della nozione tra Kant e la filosofia classica tedesca, si articola poi nelle seguenti sezioni: *Autonomia e amministrazione* con interventi di Luca Mannori, Bernardo Sordi, Peter Collin, Giacomo Demarchi, Agustín Casagrande; *Autonomia e federalismo* con saggi di Corrado Malandrino, Alejandro Agüero, Andrea Bussoletti, Cristiano Paixão; *Autonomia e diritto privato* con riflessioni di Jean-Louis Halpérin, Sebastián Martín, Fabrizio Di Marzio, Francesco Macario, Emanuela Navaretta; si prosegue poi con *Autonomia e diritto internazionale* con un intervento di Luigi Nuzzo, per concludere con *Autonomia e storiografia*, che presenta la suggestiva ricostruzione dedicata da Pietro Costa ad un tema-chiave dell'intero percorso.

Da sottolineare infine che il volume contiene, oltre alle tradizionali rubriche *Lecture*, *Segnalazioni* e *A proposito di...*, sempre ricche di apporti, nella rubrica *Discussioni*, il testo di tutti gli interventi dell'incontro giuslavoristico del 13 giugno 2014, aventi ad oggetto le discipline dei licenziamenti in Europa ed in particolare in

Italia, a seguito delle ultime riforme, miranti alla c.d. «flessibilità in uscita», che hanno tra l'altro contribuito ad introdurre la figura del «licenziamento per motivi economici».

Nella «Biblioteca» del *Centro* sono stati pubblicati nel 2014 due volumi, entrambi collegati alle linee di ricerca perseguite dal *Centro*, ovvero il volume 105° di Michael STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania, II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914* (2014); ed inoltre il volume 106° dovuto al fondatore del *Centro*, professore emerito dell'Ateneo fiorentino e attualmente giudice della Corte Costituzionale, Paolo GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi, II* (2014), volume che completa la raccolta dei saggi dedicati ai maggiori giuristi italiani del secolo scorso, quali Piero Calamandrei, Enrico Finzi, Riccardo Orestano, Paolo Barile, Giorgio Berti, Luigi Mengoni, tra gli altri, ma contenente anche un commosso ricordo dell'amico Francisco Tomás y Valiente, tragicamente scomparso.

Sui fondi del *Centro* sono stati altresì rinnovati i due assegni a totale carico, attivati nell'anno precedente (sul settore IUS /19 Storia del Diritto Medievale e Moderno, nuova scadenza 30/11/2015), 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 completando il suo iter e nell'anno accademico in oggetto ha visto la nomina delle commissioni di esame finale e la discussione delle tesi di ricerca di due dei quattro candidati iscritti. Per i restanti due, in regime rispettivamente di proroga e di rinvio della discussione per motivi di salute, si prevede la conclusione del percorso nell'anno accademico successivo.

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 e in quelli del Diparti-

mento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze: il giorno 25 febbraio 2014 l'incontro dal titolo *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, con interventi di Enzo Cheli e Paolo Pombeni; il giorno 11 giugno 2014 Cecilia Robustelli (Università di Modena e Reggio Emilia) ha tenuto una lezione dal titolo *Dentro i testi del diritto: note sul linguaggio giuridico*; il giorno 12 giugno 2014 l'incontro di studio in occasione della *Remise des diplômes du M2* del corso di laurea Magistrale in Giurisprudenza italiana e francese, con relazioni di Giorgio Gaja (International Court of Justice) dal titolo *Les réfugiés: à quelle porte peuvent ils frapper?* e Ségolène Barbou des Places (Université Paris1 Panthéon Sorbonne), a sua volta dedicata a *Les tribulations de la politique d'asile de l'Union européenne*, e interventi di Christine Pauti (Maître des conférences, Université Paris1 Panthéon Sorbonne) e Carine Tumba (Professeur agrégé, Université Paris1 Panthéon Sorbonne), rappresentanti studenti e della AJIF (Association des Juristes Italo-français — Associazione dei Giuristi Italo-Francesi); il giorno 13 giugno 2014 l'incontro dal titolo *Licenziamenti e riforma del lavoro. La disciplina italiana alla prova della comparazione*, con interventi di Juan Gorelli Hernández (Università di Sevilla), Maria Teresa Carinci (Università Statale di Milano), Giovanni Orlandini (Università di Siena), Matteo Corti (Università Cattolica di Milano) e Marcello Pedrazzoli (Università di Bologna); il giorno 25 giugno 2014 è stato presentato il libro di Dolores Freda « *Una dispotica creazione* ». *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese*, con interventi di Mauro Barberis, Massimo Meccarelli e Vincenzo Varano, e la partecipazione dell'Autrice; il giorno 12 dicembre 2014 l'incontro di studio in occasione della ristampa, a cura di Valdo Spini, di Vittorio Emanuele Orlando, *Parlare in parlamento*, con interventi di Sabino Cassese, Giorgia Bulli e Bernardo Sordi, e la presenza del curatore.

Inoltre il *Centro di Studi* ha organizzato con l'Accademia della Crusca e la Scuola superiore della magistratura il Convegno *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, che si è svolto a Firenze il 4 aprile 2014 nella Villa medicea di Castello, sede dell'Accademia della Crusca. L'incontro, del quale è prevista a breve, in collaborazione tra il *Centro* e l'Accademia della Crusca, la pubblicazione degli Atti, si proponeva di cogliere anche diacronica-

mente le trasformazioni della lingua giuridica all'interno del processo, nella prospettiva della considerazione del processo come il punto d'incontro tra diversi registri della lingua del diritto: la lingua della legge, quella dei giudici e quella degli avvocati. Un punto d'incontro che trova un equilibrio nei diversi modelli di processo che conosce il nostro ordinamento: il processo civile, penale, amministrativo, costituzionale, e di fronte alle varie Corti europee, analizzati mettendo di volta in volta a fronte le due prospettive, quella del giurista e quella del linguista. Sono così intervenuti, tra gli altri, Nicoletta Maraschio (Presidente dell'Accademia della Crusca), Valerio Onida (Presidente della Scuola superiore della magistratura), Sergio Paparo (Presidente dell'Ordine degli avvocati di Firenze), Federigo Bambi (Università di Firenze), Bice Mortara Garavelli (Accademia della Crusca), Raffaele Sabato e Ernesto Aghina (Scuola superiore della magistratura), Maria Vittoria Dell'Anna (Università del Salento), Patrizia Bellucci (Università di Firenze), Aldo Travi (Università Cattolica del Sacro Cuore), Michele A. Cortelazzo (Università di Padova), Silvia Ferreri (Università di Torino), Remo Caponi (Università di Firenze), Marina Pietrangelo (Istituto di teoria e tecniche dell'informazione giuridica) e le conclusioni sono state svolte da Francesco Sabatini (Accademia della Crusca) e Paolo Grossi (Corte Costituzionale).

Tomo I

GIOVANNI CAZZETTA, *Pagina introduttiva* 1

MODELLI E DIMENSIONI

FRANCESCO M. DE SANCTIS, *Dall'eguaglianza fra gli eguali all'eguaglianza degli eguali* 7

MAURO BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria* 67

PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Retóricas do Iluminismo, direito e política* 103

MASSIMO VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna* 131

FRANCESCO PALAZZO, *Victor Hugo, I miserabili, la giustizia penale* 183

LA DIMENSIONE GIURIDICA

GIOVANNI MINNUCCI, *Un discorso inedito di Alberico Gentili in difesa della iurisprudenzia* 211

GIOVANNI ROSSI, *François Hotman vs Triboniano: una critica radicale al diritto romano nella Francia del XVI secolo* 253

MARÍA JULIA SOLLA SASTRE, *From discretionary to jurisdictional: Shaping the disciplinary responsibility of the judiciary in Spain (1845-1870)* 301

GIOVANNI CHIODI, *Il teatro delle passioni. L'azione privata e popolare nella penalistica italiana di fine Ottocento* 323

FERDINANDO MAZZARELLA, *Dialoghi a distanza in tema di socialità e storicità del diritto. Italia, Francia e Germania tra fine Ottocento e primo Novecento* 381

GIOVANNI BISOGNI, *I giuristi e il sindacato giudiziario sul contenuto delle leggi dall'età liberale al fascismo* 425

LAURA MOSCATI, *I diritti morali e la Conferenza di Roma del 1928 per la revisione della Convenzione di Berna* 465

VINCENZO CARIELLO, *« Un formidabile strumento di dominio economico »: contrapposizioni teoriche, 'battaglie' finanziarie e tensioni ideologiche sul voto potenziato tra le due Guerre Mondiali* 485

BARTOLOMÉ CLAVERO, *Consulta indígena e historia colonial: Colombia y las Américas, de México a Bolivia, entre derechos humanos y derecho constitucional, 1989-2014* 589

Tomo II

FIGURE DELL'ESPERIENZA

- CARLOS PETIT, *Consejos de Casanova a Da Ponte, o práctica cambiaria a uso de libertinos* 665
- FRANCESCO MIGLIORINO, *Il dr. Freud e le riviste dei colpevoli* 745

« DEI DELITTI E DELLE PENE »: A DUECENTOCINQUANT'ANNI

- PIETRO COSTA, *Lo ius vitae ac necis alla prova: Cesare Beccaria e la tradizione contrattualistica* 817
- RENATO PASTA, *Beccaria 'philosophe': alle origini del diritto penale come 'scienza sociale integrata'* 897
- MARIO PISANI, *Beccaria e la prevenzione dei delitti* 911
- DOMENICO SICILIANO, *Il potere dell'insetto e l'insetto del potere. Ovvero: la questione democratica in « Dei delitti e delle pene » di Cesare Beccaria* 929

LETTURE

- THOMAS CASADEI, *Tra ponti e rivoluzioni. Diritti, costituzioni, cittadinanza in Thomas Paine*, Torino, 2012 (Ilario Belloni) 969
- Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches 1, Global Perspectives on Legal History*, Thomas Duve (ed.), Frankfurt am Main, 2014 (Eliana Augusti) 974
- Paradoxes of Peace in Nineteenth Century Europe*, edited by Thomas Hippler, Miloš Vec, Oxford, 2015 (Elisabetta Fiocchi Malaspina) 984

FASCISMO E DIRITTO (a cura di IRENE STOLZI)

- FERRAN GALLEGRO, *El evangelio fascista. La formación de la cultura política del franquismo (1930-1950)*, Barcelona, 2014 (Sebastián Martín) 993
- SAVERIO GENTILE, *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*, Torino, 2013 (Antonella Meniconi) 1011
- MIGUEL ÁNGEL GIMÉNEZ MARTÍNEZ, *El Estado franquista. Fundamentos ideológicos, bases legales y sistema institucional*, Madrid, 2014 (Sebastián Martín) 1019
- Los juristas y el "régimen". Revistas jurídicas bajo el franquismo*, Federico Fernández-Crehuet, Sebastián Martín (eds.), Granada, 2014 (Enrique Roldán Cañizares) 1033

- SEGNALAZIONI 1045

A PROPOSITO DI...

| | |
|---|------|
| GIOVANNI CAZZETTA, « <i>Costruire solidarietà</i> ». <i>Storia e diritti, contesti e sistema (a proposito di Stefano Rodotà, Solidarietà. Un'utopia necessaria)</i> | 1057 |
| BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>¿Se debe a derechos humanos de la abolición de la esclavitud?</i> (a propósito de los <i>Usos de la Historia</i> de Samuel Moyn y de sus críticos) | 1075 |
| MAURIZIO FIORAVANTI, <i>La « repubblica » come ideale costituzionale</i> (rileggendo la <i>Constitución de Apatzingán</i>) | 1111 |
| MASSIMO LA TORRE, <i>Terra media</i> (on Martti Koskenniemi's Narrative of International Law) | 1125 |
| JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, <i>Diversidade cultural e justiça de transição</i> (os casos de perseguição aos índios durante a ditadura militar e a transição política no Brasil) | 1137 |
| CRISTIANO PAIXÃO, LEONARDO BARBOSA, <i>Perspectives on human dignity</i> (on judicial rulings regarding contemporary slavery in Brazil) | 1167 |
| LEONIDA TEDOLDI, <i>Dello Stato degli italiani</i> (a proposito di Sabino Cassese, <i>Governare gli italiani. Storia dello Stato</i>) | 1185 |
| JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA, <i>La Odisea de Vinnius</i> (a propósito de Laura Beck Varela, <i>Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España</i>). | 1203 |

| | |
|---------------------|------|
| ABSTRACTS | 1231 |
|---------------------|------|

RAGGUAGLI FIORENTINI

| | |
|---|------|
| <i>Attività del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2013-2014</i> | 1247 |
|---|------|

Contents

| | |
|---|-----|
| GIOVANNI CAZZETTA, <i>Introductory remarks</i> | 1 |
| FRANCESCO M. DE SANCTIS, <i>From equality between equals to equality of equals</i> | 7 |
| MAURO BARBERIS, <i>Against legal creationism. Judicial precedent between history and theory</i> | 67 |
| PAULO FERREIRA DA CUNHA, <i>The rhetoric of Enlightenment, law and politics</i> | 103 |
| MASSIMO VOGLIOTTI, <i>The modern criminal law science and the scandal of hermeneutics</i> | 131 |
| FRANCESCO PALAZZO, <i>Victor Hugo, The Wretched, and criminal justice</i> | 183 |
| GIOVANNI MINNUCCI, <i>An unpublished speech of Alberico Gentili to the Oxford scholars in defence of jurisprudence</i> | 211 |
| GIOVANNI ROSSI, <i>François Hotman vs. Tribonian: a radical critique to Roman Law in Sixteenth-Century France</i> | 253 |
| MARÍA JULIA SOLLA SASTRE, <i>From discretionary to jurisdictional: Shaping the disciplinary responsibility of the judiciary in Spain (1845-1870)</i> | 301 |
| GIOVANNI CHIODI, <i>The theatre of passions. The private and popular prosecution in the criminal law science of the late 19th century</i> | 323 |
| FERDINANDO MAZZARELLA, <i>Dialogues at a distance about sociality and historicity of law. Italy, France, and Germany in the late 19th and the early 20th century</i> | 381 |
| GIOVANNI BISOGNI, <i>The jurists and the judicial control over the content of the laws from the liberal period to fascism</i> | 425 |
| LAURA MOSCATI, <i>Moral rights and the 1928 Rome Conference for the revision of the Bern Convention</i> | 465 |
| VINCENZO CARIELLO, « <i>A tremendous device of economic supremacy</i> »: <i>Theoretical contrapositions, financial battles and ideological tensions about the multiple voting shares in the interwar period</i> | 485 |
| BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Indigenous consultation and colonial history: Colombia and the Americas, from Mexico to Bolivia, between human rights and constitutionale law, 1989-2014</i> | 589 |
| CARLOS PETIT, <i>Casanova's advices to Da Ponte, or exchange practice for libertines</i> | 665 |
| FRANCESCO MIGLIORINO, <i>Dr. Freud and the criminal law journals</i> | 745 |
| PIETRO COSTA, <i>The ius vitae ac necis to the test: Cesare Beccaria and the social contract tradition</i> | 817 |
| RENATO PASTA, <i>Beccaria 'philosophe': The origins of criminal law as a 'social integrated science'</i> | 897 |
| MARIO PISANI, <i>Beccaria and the prevention of crimes</i> | 911 |

- DOMENICO SICILIANO, *The power of the insect and the insect of power, or the democratic question in Cesare Beccaria's « On Crimes and Punishments »* 929

REVIEWS

- THOMAS CASADEI, *Tra ponti e rivoluzioni. Diritti, costituzioni, cittadinanza in Thomas Paine*, Torino, 2012 (Ilario Belloni) 969
- Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches 1, Global Perspectives on Legal History*, Thomas Duve (ed.), Frankfurt am Main, 2014 (Eliana Augusti) 974
- Paradoxes of Peace in Nineteenth Century Europe*, edited by Thomas Hippler, Miloš Vec, Oxford, 2015 (Elisabetta Fiocchi Malaspina) 984
- FERRAN GALLEGRO, *El evangelio fascista. La formación de la cultura política del franquismo (1930-1950)*, Barcelona, 2014 (Sebastián Martín) 993
- SAVERIO GENTILE, *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*, Torino, 2013 (Antonella Meniconi) 1011
- MIGUEL ÁNGEL GIMÉNEZ MARTÍNEZ, *El Estado franquista. Fundamentos ideológicos, bases legales y sistema institucional*, Madrid, 2014 (Sebastián Martín) 1019
- Los juristas y el "régimen". Revistas jurídicas bajo el franquismo*, Federico Fernández-Crehuet, Sebastián Martín (eds.), Granada, 2014 (Enrique Roldán Cañizares) 1033

READINGS

- GIOVANNI CAZZETTA, « *Building solidarity* ». *History and rights, contexts and system* (on Stefano Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*) 1057
- BARTOLOMÉ CLAVERO, *Do we owe the abolition of slavery to human rights?* (on Samuel Moyn's *Usos de la Historia* and his critics) 1075
- MAURIZIO FIORAVANTI, *The « republic » as a constitutional ideal* (rereading the *Constitución de Apatzingán*) 1111
- MASSIMO LA TORRE, *Terra media* (on Martti Koskenniemi's narrative of international law) 1125
- JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, *Cultural diversity and transitional justice* (cases of persecution of natives during the military dictatorship and political transition in Brazil) 1137
- CRISTIANO PAIXÃO, LEONARDO BARBOSA, *Perspectives on human dignity* (on judicial rulings regarding contemporary slavery in Brazil) 1167
- LEONIDA TEDOLDI, *On Italians' state* (on Sabino Cassese, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*) 1185
- JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA, *The Odyssey of Vinnius* (on Laura Beck Varela, *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*) 1203

ABSTRACTS 1231

CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

Activities in the Year 2013-2014 1247

I collaboratori del « Quaderno » 43

ELIANA AUGUSTI

Ricercatrice di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Lecce

MAURO BARBERIS

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Trieste

LEONARDO BARBOSA

Professor do Mestrado em Poder legislativo - CEFOR / Câmara dos Deputados

ILARIO BELLONI

Ricercatore di Filosofia del diritto - Università di Pisa

GIOVANNI BISOGNI

Prof. Associato di Filosofia del diritto - Università di Salerno

VINCENZO CARIELLO

Prof. Ordinario di Diritto commerciale - Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

GIOVANNI CAZZETTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Ferrara

GIOVANNI CHIODI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Milano-Bicocca

BARTOLOMÉ CLAVERO

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

PIETRO COSTA

Prof. Emerito di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

FRANCESCO M. DE SANCTIS

Prof. Emerito di Filosofia del diritto - Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

PAULO FERREIRA DA CUNHA

Professor Catedrático de Direito - Universidade do Porto

ELISABETTA FIOCCHI MALASPINA

Assegnista di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno - Università Statale di Milano

MAURIZIO FIORAVANTI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

PAOLO GROSSI

Prof. Emerito di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze; Giudice della Corte costituzionale

MASSIMO LA TORRE

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Catanzaro

SEBASTIÁN MARTÍN

Profesor Contratado Doctor de Historia del derecho y de las instituciones - Universidad de Sevilla

FERDINANDO MAZZARELLA

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Palermo

ANTONELLA MENICONI

Prof. Associato di Storia delle istituzioni politiche - Università di Roma « La Sapienza »

FRANCESCO MIGLIORINO

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Catania

GIOVANNI MINNUCCI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Siena

LAURA MOSCATI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Roma « La Sapienza »

JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES

Professora Associada de Historia do direito e sociologia do direito - Universidade Federal de Rio de Janeiro

CRISTIANO PAIXÃO

Professor de História do direito e direito constitucional - Universidade de Brasília

FRANCESCO PALAZZO

Prof. Ordinario di Diritto penale - Università di Firenze

RENATO PASTA

Prof. Ordinario di Storia moderna - Università di Firenze

CARLOS PETIT

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Huelva

MARIO PISANI

Prof. Emerito di Diritto processuale penale - Università Statale di Milano

ENRIQUE ROLDÁN CAÑIZARES

Doctorando de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

GIOVANNI ROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Verona

DOMENICO SICILIANO

Ricercatore di Filosofia del diritto - Università di Firenze

MARÍA JULIA SOLLA SASTRE

Profesora Contratada Doctora de Historia del derecho - Universidad Autónoma de Madrid

BERNARDO SORDI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

LEONIDA TEDOLDI

Prof. Associato di Storia delle istituzioni politiche - Università di Verona

JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA

Catedrático de Historia del derecho y de las instituciones - Universidad de Castilla-La Mancha

MASSIMO VOGLIOTTI

Prof. Associato di Filosofia del diritto - Università del Piemonte Orientale

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

Vol. 43 (2014) - Autonomia - Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento,
due tomi in 8°, p. 1144
Vol. 44 (2015), due tomi in 8°, p. 1262

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'OTTO-CENTO 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, IURISDICTIONIO
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
- 106 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi - II
(2014), 8°, p. XII-334
- 107 Irene Stolzi, LE INCHIESTE PARLAMENTARI
Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)
(2015), 8°, p. XXVIII-328

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

€ 130,00
I DUE TOMI

024193224



Des. A. Pontecorvoli