

per la storia  
del pensiero  
giuridico  
moderno

45

2016

**QUADERNI  
FIORENTINI**

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

---



---

QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA DEL PENSIERO  
GIURIDICO MODERNO

Fondati nel 1972 da PAOLO GROSSI

---

---

Registrato il 29.11.1983 al n. 3176 presso  
la Cancelleria del Tribunale Civile e Penale  
di Firenze.

*Dir. Responsabile:* GIOVANNI CAZZETTA

---

Tipografia MORI & C. S.p.A.  
21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

# **QUADERNI FIORENTINI**

# QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA DEL PENSIERO  
GIURIDICO MODERNO

Fondati nel 1972 da PAOLO GROSSI

---

*Redattore:* GIOVANNI CAZZETTA

*Consiglio di Redazione:*

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

*Consiglio Scientifico:*

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

---

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

---

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

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**45**

(2016)



**GIUFFRÈ EDITORE**

ISBN 9788814214820

ISSN 0392-1867

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

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2016

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

---

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

GIOVANNI CAZZETTA

PAGINA INTRODUTTIVA

1. Nel saggio posto in apertura del *Quaderno* Paolo Grossi parla del nostro tempo come di « un tempo difficile ma straordinariamente fertile » per il giurista: il riemergere imperioso dei principii come fonte del diritto, spesso di origine giurisprudenziale e dottrinale, duttile e ignara delle rigidità legislative, presenta — scrive — un segnale eloquente delle trasformazioni in atto anche in settori del diritto profondamente segnati dalle mitologie giuridiche ottocentesche, evidenziando come la crisi e l'odierna incertezza del diritto offrano un'occasione preziosa per tornare a considerare il diritto nella sua globalità.

Proponendo un fitto dialogo fra passato e presente, fra storia e diritto, i saggi del *Quaderno* miscelaneo del 2016, pur nella specificità dei singoli apporti scientifici, si confrontano tutti con la riscoperta complessità della dimensione giuridica su cui Paolo Grossi ci invita a riflettere da anni. Aprire questo numero con le pagine del maestro fiorentino non vuole essere soltanto un grato e doveroso omaggio al Presidente della Corte costituzionale che ci onora della sua partecipazione; intende, infatti, essere anche la continuazione del progetto enunciato quarantacinque anni fa proprio dal fondatore dei *Quaderni*. La valorizzazione della storia del diritto come strumento di comprensione dell'unitarietà del diritto e la riflessione critica sono — riteniamo — il più caldo e sincero augurio di buon lavoro che i *Quaderni fiorentini* possano rivolgere a Paolo Grossi, storico e giurista impegnato in tempi difficili e fertili nella nuova alta carica istituzionale.

Per una serie di circostanze casuali e fortunate il *Quaderno* compone — in un denso colloquio fra storia e trasformazioni del presente, fra teoria e analisi dello strumentario tecnico del giurista

---

un quadro sostanzialmente unitario aggregato attorno a tre filoni tematici: alla costituzione, ai modelli costituzionali e all'affermarsi del diritto pubblico sono dedicati i contributi presenti nelle sezioni *Modelli e dimensioni* e *La dimensione giuridica*; a istituti che segnalano nessi, fragilità, punti di fuga, crisi della netta dicotomia pubblico/privato è indirizzata la sezione *Figure dell'esperienza*; all'analisi del pragmatismo di Mario Calderoni fra diritto ed economia è rivolta l'attenzione degli studi presenti nella sezione monografica.

2. La lettura della Magna Carta proposta da Maurizio Fioravanti incrocia la « nuova costituzione » del nostro tempo. Si guarda al testo non solo come *collection of rights* ma anche come *statement of principles*, come sistema di governo territoriale avente al suo vertice un insieme di principi inviolabili, indisponibili da parte di un'autorità politica munita di 'volontà sovrana'. Storicizzando le interpretazioni 'continuiste' e collocando la Magna Carta nel suo tempo, si individua comunque una sua 'attualità' per comprendere la « nuova costituzione » del presente, caratterizzata dalla supremazia delle norme fondamentali di principio (attuata attraverso « le vie parallele » della legislazione e della giurisdizione) e dallo sgretolarsi della 'sovranità del legislatore' nella definizione e nella concretizzazione dei precetti costituzionali.

Una trasformazione, quest'ultima, che si manifesta appieno nell'analisi di Giuditta Brunelli riguardo al sindacato di costituzionalità sul vizio formale della legge nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale italiana degli anni cinquanta del Novecento. Affiorano in quegli anni feconde intuizioni, prime incrinature della tradizionale insindacabilità del procedimento legislativo poi sviluppate nella recentissima giurisprudenza della Corte costituzionale. Le costruzioni teoriche ereditate dalla tradizione vengono meno: i principi inderogabili s'impongono anche nei confronti dell'indipendenza e dell'autodichia delle Camere, giungendo oramai a mettere in discussione la 'sovranità parlamentare' e il 'feticcio' degli *interna corporis*.

La necessità di pensare la politica andando oltre l'orizzonte dei concetti moderni, superando il nesso fra rappresentanza e sovranità, è alla base del fitto dialogo intessuto da Giuseppe Duso con Pierre Rosanvallon sul tema del *buon governo* e della *teoria democratica del*

*governo*. Spostare l'attenzione teorica dalla legittimazione del potere a quello della relazione tra governanti e governati esige — scrive Duso — un lavoro di storia concettuale per superare la logica della relazione *molti-uno* che ha ridotto l'agire politico dei cittadini all'atto del voto, per intendere la realtà politica come articolata e plurale, il comando non come potere rappresentativo ma piuttosto come 'governo', presenza attiva di una *pluralità* d'istanze caratterizzate da una loro intrinseca politicità. Storia costituzionale e ruolo della storiografia sono al centro della lettura critica di Bartolomé Clavero della storia dell'imperialismo europeo e nordamericano proposta nei volumi sulla '*nación imperial*' di Josep M. Fradera. Decostruendo il nesso fra nazione e Stato, fra nazioni Stati e Imperi volti a proporre 'in termini costituzionali' *derechos, representación y ciudadanía* entro una logica binaria di sdoppiamento tra ambito metropolitano e spazio coloniale, Clavero propone una riflessione sui compiti di una storiografia costituzionale impegnata civilmente, attenta a non farsi complice, con facili riduzionismi, dell'« imperialismo sin fronteras actual », chiamata a considerare nel passato spazi (« la plurinacionalidad intraestatal o inraimperial ») resi invisibili dal semplice riferimento a '*la nación imperial*'.

'Costituzione' resta, in una diversa prospettiva, ancora al centro del denso saggio di Luca Mannori che segue il percorso attraverso cui la parola giunse nell'area italiana nel corso del Settecento ad affermarsi come unitario fondamento dello Stato, superando l'idea di un ordine dato dall'aggregazione di corpi. Attraverso le trasformazioni della parola, Mannori coglie i nessi fra 'bisogno' di avere una costituzione e processo di soggettivizzazione dell'ordine politico: mutando l'immagine dell'ordine sarà il lessico della Rivoluzione ad affermare anche fra gli italiani la parola 'costituzione' come strumento indispensabile per pensare la convivenza politica, trasmettendo questa eredità al Risorgimento. Ed è proprio la transizione della parola 'risorgimento' dal lessico religioso alla sfera politica, il suo affermarsi come parola italiana, come parola europea, l'oggetto dello studio di Federigo Bambi. Il vocabolo 'risorgimento' s'impone rispetto ai sinonimi diffusi nel 'triennio giacobino' (*palin-genesia, rinascimento, risvegliamento, rigenerazione*) giungendo finalmente, nel 1872, quando la costruzione dello Stato italiano era già

arrivata a compimento, ad essere consacrato, « infante nato vecchio », nel Vocabolario con definizione « politica ».

La transizione tra assetto di antico regime e modelli costituzionali ottocenteschi affiora nel saggio di Giorgio Ridolfi sulla definizione di 'stato di diritto' di Friedrich Julius Stahl; una definizione di « matrice neutralista », orientata a evidenziare la certezza della legge positiva, il riconoscimento di un ambito d'intangibilità individuale, il rifiuto dell'esercizio arbitrario del potere, movendosi ancora entro un sistema proteso a idealizzare l'assetto attuale come « vera e pura rappresentazione [...] del popolo secondo la sua intera essenza ». Ci sposta invece nel secondo Novecento 'la transizione' studiata nel contributo di Cattoni e Patrus riguardo all'esperienza costituzionale brasiliana dopo il 1964: il punto privilegiato di osservazione è qui l'affermarsi del potere costituente e la capacità di porre un nuovo modello costituzionale come effettivo momento di discontinuità dell'ordinamento con la tradizione giuridica consolidata, con le prassi e la mentalità degli interpreti.

3. Decostruendo l'atemporalità attribuita alla dicotomia fra diritto pubblico e diritto privato, Bernardo Sordi segue l'affermarsi del diritto pubblico come qualcosa che « emerge, prende forma, si sviluppa » in Europa in modo frastagliato, in connessione con le strutture statuali di comando e di governo del territorio, con il farsi del linguaggio. L'esplosione della visibilità del polo pubblicistico è convergente, nel secondo Ottocento, con il momento della « massima purezza della dicotomia », della « massima nettezza dei confini », ma si tratta di un trionfo effimero, destinato a durare poco di fronte alla complessità sociale del Novecento.

I saggi presenti nella sezione *Figure dell'esperienza* tematizzano proprio intrecci e punti di fuga dalla purezza della grande dicotomia. Antonio Cappuccio segue il percorso che conduce alle leggi speciali della metà degli anni settanta dell'Ottocento sulla tassazione dei contratti di Borsa che proposero una risposta istituzionale agli 'affari differenziali', tentando di superare l'oscillazione presente nella dottrina e nella giurisprudenza dopo l'Unità fra 'assoluta' proibizione e affermazione nella prassi del diritto dei cittadini ad ottenere « lecite utilità ». Le polemiche scientifiche tra economisti e giuristi, le contrastanti posizioni assunte dalla giurisprudenza in

tema di 'intervento pubblico' ci portano alle origini di dilemmi che, spostati oggi dal piano interno a quello globale, si moltiplicano con il moltiplicarsi della figura del contratto differenziale dispersa in molteplici e sfuggenti 'identità'.

I nuovi problemi della società capitalistica del primo Novecento e la necessità di un superamento della troppo netta distinzione fra diritto pubblico e privato emergono con decisione nel lavoro di Giovanni Chiodi dedicato ai contratti di adesione nell'itinerario scientifico di Lorenzo Mossa. Enfatizzando il potere del giudice di annullare le clausole del contratto d'adesione, Mossa non punta sul declino del contratto ma sull'espansione dell'autonomia privata, sulla necessità di garantire libertà contrattuale anche nella contrattazione di massa: tenuto a correggere gli squilibri contrattuali, a superare una visuale prettamente individualista, a considerare « la generalità » dei contraenti, il giudice si presenta come 'organo' di un nuovo diritto privato-sociale. Lo sguardo rivolto alla « trasformazione del diritto privato » generata dal diritto del lavoro e dal diritto commerciale spinge Mossa a mettere in discussione « il diritto civile come generale diritto privato » e a leggere la grande dicotomia pubblico-privato andando oltre « il fatto genetico della normazione »: intervento dirigitico dello Stato nell'economia e libertà contrattuale dei privati possono convivere entro un diritto privato-sociale non individualistico, non assorbito nel diritto pubblico.

Il tema della difficile distinzione fra pubblico e privato torna nel saggio sulla proprietà collettiva di Vincenzo Cerulli Irelli. Non fondata su rapporti giuridici privatistici di fonte negoziale ma su vincoli di appartenenza non disponibili, 'su fatti di apprensione originaria' coinvolgenti sempre una comunità e non singoli privati riuniti in comunione, la proprietà collettiva si presenta nell'individualistica legislazione ottocentesca come una figura anomala, da cancellare. L'impostazione anticollectivistica, che relega gli 'usi' in un angolo appartato (la legge del 1927 riduce la dimensione collettiva delle forme di appartenenza nei limiti di 'usi consentiti'), è progressivamente riscattata prima dalla giurisprudenza e poi, negli ultimi decenni, frammentariamente dal diritto positivo. Ricostruendo il regime giuridico omogeneo dei beni di cui è titolare la comunità (beni incommerciabili, vincolati in perpetuo alla destinazione), Cerulli Irelli individua i principi giuridici comuni alla pro-

prietà collettiva come « organizzazione propria » della comunità, come forma di appropriazione dei beni legata a una fattualità sottratta alle forme ‘assolute’ di appropriazione impostesi nella modernità.

Con specifico riferimento agli ordinamenti statali di diritto anglosassone, il tema ritorna nelle pagine di Raffaele Volante dedicate al problema della proprietà aborigena. Seguendo il riconoscimento nella giurisprudenza di *common law* di un *aboriginal title* esteso a tutti i territori occupati da una *nation* secondo la propria cultura e le proprie consuetudini (e dunque di una proprietà aborigena non assimilabile alla proprietà privata di tipo capitalistico), Volante indica le incertezze definitorie che ancora caratterizzano lo strumentario tecnico dell’attuale giurisprudenza di *common law*; uno strumentario che resta sospeso fra vischiosità del lessico impostosi nella modernità e necessità di un recupero del lessico giuridico medievale.

4. Sullo sfondo delle specificità del pragmatismo italiano d’inizio Novecento e dei contrasti fra le sue diverse anime, i contributi dedicati al pensiero di Mario Calderoni colgono la sua originale lettura dell’economia e del diritto, mettendone in luce risultati teorici e possibili apporti a questioni attuali inerenti, ad esempio, alla relazione fra scienza giuridica e scienze empiriche, fra condotta morale e condotta economica. Il complessivo percorso della sezione è tracciato nella pagina introduttiva di Baldassare Pastore e Giovanni Tuzet; qui giova richiamare un solo profilo, che ben si collega ai temi presenti nelle altre sezioni del *Quaderno*: la tensione di Calderoni verso una configurazione della responsabilità giuridica e morale radicata nell’esperienza, la tensione a cogliere la ‘normatività come prodotto sociale’. Tensioni che si manifestano appieno nella lettura dei nessi fra Scuola classica e Scuola positiva, nei riferimenti alla responsabilità civile attenti a elasticizzare il requisito della colpa, a mettere in luce le peculiarità sociali, a considerare « l’istituzione di nuove forme di *solidarietà* » destinate a caratterizzare il diritto del Novecento. Nelle pagine di Calderoni — sintetizza efficacemente Tuzet — la multiforme vicenda storica è il risultato di una serie di forze e di motivi più che il prodotto di singole autorità; è — come scrive Calderoni — « il temperamento delle varie tendenze, dei vari bisogni, delle varie idealità » che si affacciano alla storia umana.

*Modelli e dimensioni*



PAOLO GROSSI

PER UN DIRITTO AMMINISTRATIVO  
DEL TEMPO POS-MODERNO (\*)

Il plauso che io mi sento di esprimere all'inizio di questa riunione congressuale non è di mera convenienza cerimoniale, e non è tanto per la iniziativa quanto per il modo con cui essa è stata fermamente voluta, impostata e realizzata: né assise celebrative, né uno sguardo retrospettivo a un secolo e mezzo di storia giuridica.

Lo stesso Convegno fiorentino dell'ottobre 1965, che pur serbava nella sua intitolazione formale il modulo della celebrazione e che, di conseguenza, volle articolarsi sui diversi argomenti di cui si erano occupate le leggi unificative cento anni prima, serbò nel suo seno più di uno spunto dissacrante. La Relazione introduttiva, che Feliciano Benvenuti pronunciò in questo salone dei Cinquecento, tracciando un quadro che lui stesso tenne a qualificare come « non usuale » <sup>(1)</sup>, sottolineava con acerba franchezza le valenze negative di una legge contrassegnata come 'straniera' perché « estranea alla più antica ma più profonda tradizione nazionale », « legge non buona » perché « legge improvvisa, una apparizione dall'alto che si impose per le esigenze del momento senza che fosse stata concepita e creata da un consenso nazionale », legge pertanto fuori della storia,

---

(\*) Relazione introduttiva al Convegno: 1865/2015 — *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana* (Firenze, Palazzo Vecchio, 15 e 16 ottobre 2015). Sarà pubblicata, in seguito, anche negli 'Atti' congressuali.

<sup>(1)</sup> F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione* — volume generale introduttivo — *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, a cura di F. Benvenuti e G. Miglio, Venezia, Neri Pozza, 1969, p. 86 (« so che il quadro che qui ho tracciato non è un quadro usuale; che esso va oltre quelle impostazioni laudative che sembrano essere di dovere in ogni celebrazione »).

i cui elementi essenziali parvero all'oratore « un mito, dei riti, dei feticci » (2). Con una decisa e preveggente conclusione: « il mito della legge del 1865 deve tramontare per dar luogo a una legislazione che sia, come deve essere, opera continua della nazione » con al centro degli amministratori non più detentori di un potere quasi sacrale ma trasformati in « ministri dell'amministrato » (3). Lo stesso Giovanni Miele (cui va il mio riverente ricordo di discepolo), introducendo — allora — la sezione senza dubbio più rilevante dei lavori congressuali, quella concernente la giustizia amministrativa, con maggiore pacatezza ma non deponendo un atteggiamento sostanzialmente non positivo, fece notare che « essa [la legge] rappresentò una scelta fra le possibili e che tale scelta potrebbe anche non essere stata quella adatta » (4).

Al di là, comunque, della *vis polemica* più o meno accesa di qualche celebratore, possiamo oggi serenamente affermare che quel 1865 ci appare assai più lontano di quanto non comportino i centocinquanta anni nel frattempo trascorsi, soprattutto perché l'ultimo cinquantennio è stato folto di eventi incisivi, tanto da segnalare l'avvio di nuovi itinerari e, pertanto, una netta discontinuità già rispetto al momento del centenario. Oggi, i nostri organizzatori, dinnanzi a un groviglio di problemi irrisolti che non possono non premere sulla consapevolezza culturale e tecnica dell'amministrativista e di annodamenti nei quali tuttora ci dibattiamo, sanno che eluderli sarebbe il venir meno a un dovere che investe la loro etica professionale, intendono lucidamente affrontarli, identificando questa riunione fiorentina (insieme alle tante che l'hanno preceduta) come un momento di sosta a mezzo della transizione che viviamo, una sosta destinata ad una distesa riflessione critica, sì da poter procedere nel prossimo cammino con maggiore forza progettuale. Essi hanno coscienza che il rapidissimo transito odierno consiste nello svolgimento di una linea di pensiero e di azione, che, dalla crisi delle certezze illuministico/giacobine nel secondo dopoguerra, va

---

(2) Ivi, rispettivamente, pp. 71, 74, 81.

(3) Ivi, p. 85.

(4) G. MIELE, *La giustizia amministrativa*, p. 11 (in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle Leggi amministrative di unificazione*, cit., *La tutela del cittadino* – 1 – *La giustizia amministrativa*, a cura di G. Miele).

costruendo qualcosa che non siamo ancora riusciti a ordinare compiutamente; però qualcosa di profondamente innovativo, qualcosa che sa di un presente proiettato verso un futuro ancora indecifrabile.

Forse è perché ho insegnato per tanti anni la storia del diritto, ma questo tempo pos-moderno <sup>(5)</sup> — che in Italia mostra tutta la sua maturità con la Costituzione repubblicana e che avrà nei tre decenni appena alle nostre spalle sviluppi intensi e intensamente alterativi dei vecchi e spesso ottusi immobilismi trasformati dalla pigrizia di legislatori e giuristi in una dogmatica isterilente —, questo tempo pos-moderno mi si mostra ridondante sì di complessità e opacizzato da un intrinseco disordine <sup>(6)</sup>, ma palesemente ricco di indubbie conquiste. Tempo difficile per ogni giurista, ma straordinariamente fertile; particolarmente difficile e fertile per l'odierno amministrativista, che si è visto sfilacciarsi tra le mani le due componenti essenziali della sua corazza protettiva: la Sovranità dello Stato nazionale e la legge. Sulla prima si tornerà tra poco; sulla seconda è bene dedicare ora qualche parola.

L'ordine giuridico come sistema di norme, con la norma per eccellenza, la legge, quale pilastro portante (nella sua pretesa autosufficienza) dell'intero ordine, è uscito sconvolto dalle verifiche esperienziali di fine Novecento. La persuasione di un legislatore fornito di una spassionata e oggettiva contemplazione dei bisogni sociali e identificato nel provvidenziale monopolizzatore della produzione giuridica assume l'aspetto di una mera mitizzazione. Il vecchio idolo si mostra addirittura infranto nella sua insufficienza

---

<sup>(5)</sup> È un aggettivo che mi è capitato spesso di usare in questi ultimi anni, insoddisfacente nella sua indubbia genericità ma puntuale nel segnalare una civiltà giuridica che tende a distanziarsi sempre più dai pretesi valori della modernità, incrinati o addirittura demoliti in questo tempo di nuovi itinerari (appunto, il pos-moderno) quando sono lentamente ma fermamente ridotti al rango negativo di pseudo-valori (cfr. P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno* (2011), ora in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012).

<sup>(6)</sup> Di 'disordine' hanno parlato senza mezzi termini due giuristi sensibilissimi osservatori della odierna transizione, il gius-pubblicista Giorgio Berti (*Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna, il Mulino, 2006, p. 32) e il civilista Umberto Breccia (*Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in « *Politica del diritto* », XXXVII (2006), *passim*).

disciplinativa della attuale complessità, con la conseguente erosione di un credo che aveva assunto caratteri di intoccabile assolutezza per tutta la modernità (7).

Le norme non bastano più, e lo segnala il riemergere imperioso, protagonista, di una fonte ignara delle rigidità legislative, anzi estremamente duttile, i principii, spesso di origine giudiziale e dottrinale, capaci in grazia della propria indeterminatezza di assorbire elasticamente le novità di un movimento e mutamento sempre più in corsa. I principii, segni eloquenti di ogni transizione, trovano nel diritto amministrativo un terreno assai fertile in ragione della giustizialità che lo ha percorso a far data dalle prime sperimentazioni liberali tardo-ottocentesche (8).

È singolare che di questa sentitissima esigenza si sia fatto veicolo lo stesso legislatore statale, prendendo coscienza delle sue limitate possibilità di ordinare un presente continuamente superato da uno sviluppo mobilissimo, individuando prevalentemente principii e affidando implicitamente all'interprete (soprattutto al giudice) di dare loro un contenuto più definito. Stanno a dimostrarlo parecchi atti legislativi, a partire dagli anni Novanta e, appena ieri, da quel 'Codice del processo amministrativo' del 2010, una consolidazione legislativa che ha poco in comune con i vecchi Codici della tradizione liberale (9).

Ho parlato più sopra della pigrizia di legislatori e di giuristi. Tardi, infatti, troppo tardi si sono tratte le conseguenze storicamente rilevanti del pluralismo sociale e giuridico di cui la nostra Costituzione è intessuta (addirittura innervata), come ci testimonia, durante gli anni Cinquanta, un amministrativista di grande spicco, un capo/scuola, Guido Zanobini, che nel suo diffusissimo 'Corso' ha la franchezza di esprimere la sconcertante convinzione che la carta

---

(7) Assolutezza, perché veniva a concretarsi in un vero e proprio assolutismo giuridico, reso ancor più assoluto (se così si può dire) dalle mitizzazioni abilmente allestite per renderlo inattaccabile dalla usura del tempo.

(8) Mi sia consentito rinviare a quanto ho scritto recentemente con riferimento puntuale alla vicenda attuale del diritto amministrativo in Italia (cfr. *Sulla odierna incertezza del diritto* (2014), ora in P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 70 e ss.

(9) Sul 'Codice' come 'consolidazione legislativa', sulle sue finalità e sui suoi caratteri mi sono diffuso nel saggio ricordato alla nota precedente (cfr. p. 93 e ss.).

costituzionale « nel diritto amministrativo ha una importanza soltanto remota »<sup>(10)</sup>. Fortunatamente, la opposta percezione di una fondamentale importanza e della necessità per ogni gius-pubblicista di confrontarsi con quel patrimonio ideale e di operare un lavacro interiore liberante di vecchi dogmatismi ingombranti e soffocanti fu di taluni cultori del diritto amministrativo, i più vigilanti, i più attenti ai segni del tempo: per menzionare solo un nome, penso a Benvenuti che, nel 1994, scriverà, a conclusione di un fruttuoso itinerario di ricerca, su « Il nuovo cittadino tra libertà garantita e libertà attiva »<sup>(11)</sup>.

Anni Novanta! Anni fertili perché così folti di arricchimenti (nelle mutazioni) per il patrimonio culturale dell'amministrativista, con un itinerario progressivo su cui ancora oggi si lavora costruendo pietra su pietra il futuro di una comunità rinnovata e rinvigorita. Anni di cospicui atti legislativi seminari finalmente di nuovo entro le architetture dell'ordinamento (a cominciare dalla legge 7 agosto 1990 « in materia di procedimento amministrativo »).

Siamo sempre più lontani dalla palese antinomia tipica della configurazione borghese dello Stato: liberale sul piano economico, ma oligarchica<sup>(12)</sup> sul piano politico e assolutistica sul piano giuridico. Siamo, ormai, al declino della pubblica amministrazione intesa potestativamente come autorità. Si fa largo, invece, l'idea forte del suo carattere strumentale. Accanto, in piena coerenza, il modello unico — quello politico — di cittadinanza si pluralizza in diverse dimensioni ed emerge una cittadinanza amministrativa con l'immagine tutta nuova e suadente di un cittadino attivamente partecipe, munito di un ampio corredo di diritti e doveri e chiamato ad agire, a prender parte; un cittadino che soprattutto le situazioni di dovere rendono creatura autenticamente relazionale e, pertanto, persona

---

<sup>(10)</sup> G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, *Principi generali*, Milano, Giuffrè, 1954 (è solo un esempio — tratto dalla settima edizione — perché l'affermazione risulta ripetuta anche nelle successive edizioni).

<sup>(11)</sup> Ora in: F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, Milano, Vita e Pensiero, 2006, vol. I.

<sup>(12)</sup> Oligarchica sul piano cetuale, anche se qui protetti e privilegiati non sono più i ceti nobiliare ed ecclesiastico proprii dell'antico regime, bensì il ceto degli abbienti, i detentori della ricchezza, i quali sono gli unici chiamati ad eleggere le assemblee dei cosiddetti rappresentanti. È pleonastico ricordare qui come un quasi universale suffragio maschile si realizza in Italia soltanto nel 1913!

nel senso più pieno. Accanto, in piena coerenza, uno sviluppo nitidamente segnato che va dalla giurisdizione amministrativa come potere alla giustizia amministrativa come servizio, seppellendo nel passato il dualismo originario che la differenziava da quella ordinaria grazie a delle tecniche di tutela sostanzialmente omologhe.

Più sopra ho parlato di una esigenza improcrastinabile per l'amministrativista italiano: un lavacro interiore. Qui vorrei aggiungere quella di provvedere a una maggiore disponibilità, nel proprio atteggiamento psicologico, ad aprirsi verso un paesaggio giuridico che è sempre più europeo e globale e che è, di conseguenza, sempre meno ristretto entro i vecchi confini nazionali ormai lacerati nella loro compattezza. Egli deve assuefarsi a un complesso di spinte poli-centriche che incrinano e talora dissolvono la nozione di sovranità statale: si pensi alle euro-regioni e ai gruppi europei di cooperazione territoriale. Alla tradizionale accezione di territorio come spazio geografico egli non potrà non affiancare forme di spazialità — se si vuole *soft spaces* — dove la coesione è soprattutto funzionale.

Il tema dell'Europa, ossia dell'integrazione europea, è forse il più incalzante nell'esigere l'acquisizione di una mentalità maggiormente aperta. Sia per i motivi or ora segnalati, ma ancor più per la dimensione economicistica che vi è tuttora imperante, si deve avere, ohimè!, la franchezza di constatare che, a dispetto delle velleità di spazio politico unitario, l'Europa resta a tutt'oggi soprattutto un mercato unitario alla cui base stanno i pilastri fondativi delle libertà economiche, giganteggianti sullo sfondo malgrado l'opera assolutamente benemerita e benefica della Corte di giustizia tesa, già dalla fine degli anni Sessanta, alla definizione — sia pure casistica, com'è proprio di un organismo giudiziario — di un *corpus* crescente di diritti fondamentali del cittadino europeo <sup>(13)</sup>.

Di questa prevalente dimensione economicistica il cultore italiano del diritto amministrativo non potrà non tener conto, constatando — per esempio — la scelta delle normative europee per l'efficienza e per la tutela a ogni costo della concorrenza; assumendo a esempio il tema/problema degli appalti pubblici, un siffatto atteg-

---

<sup>(13)</sup> Almeno dalle sentenze *Stauder* (1969) e *Internationale Handelsgesellschaft* (1970) (cfr. P. GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani*, in « Contratto e impresa/Europa », XVIII (2013), 2, p. 681 e ss.).

giamento diviene scelta per metodi elastici di selezione a fronte delle rigidità procedurali e della conseguente minimizzazione della discrezionalità amministrativa cui si ispira una lunga tradizione di qua delle Alpi.

Aggiungo che un ripensamento ancor più deciso pretenderebbe il cosiddetto ‘diritto globale’, che si riduce — come è noto — in un complesso di regole e istituti inventati da poteri economici e dominante in quel canale giuridico di produzione privata (e dunque *soft law*) che si affianca ai canali statali e sovra-statali nei traffici economici globali (14).

Tutto questo non significa rinnegare una determinata tradizione culturale e una caratterizzazione nazionale; significa che il paesaggio giuridico è ormai estremamente complesso, con una variegata articolazione di fonti (spesso addirittura atipiche (15)), e investe non solo il campo del diritto privato ma altresì quel diritto pubblico dell’economia (che le leggi unificative del 1865 ignoravano). Si impone, pertanto, una più puntuale coscienza di questa complessità e un sapere agguerrito degli strumenti di conoscenza economica. Mentre esprimo siffatte esigenze, mi rendo perfettamente conto che i costi da pagare possono essere molti e pesanti, anche perché concorrenza ed efficienza rischiano di soffocare impietosamente quella dimensione della solidarietà che è un valore/guida della nostra Costituzione (valore/guida che, ad avviso di chi vi parla, dobbiamo sforzarci tutti di preservare).

Un’ultima notazione: gli arnesi del laboratorio dell’odierno amministrativista devono moltiplicarsi per consentirgli di avere un armamentario idoneo a quanto i tempi richiedono. Egli non potrà, infatti, non confrontarsi con i risultati del progresso tecnico/scientifico, indubbiamente enormi durante l’ultimo cinquantennio, a cominciare da quella rivoluzione che il mercato ha vissuto e vive nel

---

(14) Cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, nonché la sintesi di F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, il Mulino, 2010.

(15) Che un impegno non rinviabile per il giurista italiano sia oggi un ripensamento dell’assetto delle fonti del diritto mi sono sentito di affermare decisamente già nel titolo e nel contenuto di una lezione napoletana del 2008 (cfr. *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, ora in Paolo Grossi, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 19 e ss.).

campo degli strumenti finanziari sottoposti a una travolgente dematerializzazione <sup>(16)</sup>. Il tradizionale bagaglio di sapere dovrà necessariamente ampliarsi. Entro la generale tecnificazione, che trova una dimensione portante nella informatizzazione, quest'ultima ha assunto una rilevanza centrale nei cambiamenti della prassi amministrativa e nella interazione tra amministrazione e cittadini. Il sempre più diffuso dominio della tecnica è arrivato a costituire lo strumento informatico come modulo normale di organizzazione della amministrazione pubblica operando una profonda conformazione modificativa di assetti inveterati. Singolare, nel nuovo paesaggio pubblicistico, la creazione di autorità a legittimazione tecnica con indipendenza (anche se relativa) dalla politica.

Una conclusione. Il plauso iniziale per gli ideatori del nostro Convegno mi sembra adeguatamente motivato e pienamente meritato. Non celebrazione di eventi ormai remoti, ma semplice occasione per una riflessione comune in un tempo in cui la discontinuità con il passato (anche recente) diventa sempre più incisiva. L'amministrativista deve aspettarsi dai lavori di queste due giornate l'arricchimento delle sue consapevolezze, una più lucida coscienza dei compiti a cui è chiamato e degli strumenti di cui ha bisogno (molti dei quali nuovi di zecca). Ne scaturisce sicuramente un breviario per la sua azione intellettuale. Il che non è poco.

---

<sup>(16)</sup> Per maggiori chiarimenti cfr. P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà, oggi*, in *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato — Atti del X Incontro nazionale*, Firenze 25-26 gennaio 2008, a cura di G. Collura, Milano, Giuffrè, 2009, nonché in *I beni: itinerari fra 'moderno' e 'pos-moderno'*, in «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», LXVI (2012).

FEDERIGO BAMBI

« RISORGIMENTO »: PAROLA ITALIANA,  
PAROLA EUROPEA (\*)

1872: una data.

Una data che forse dirà poco agli storici dell'Ottocento. Qualcuno farà mente locale, aggrostando le ciglia: quale battaglia, oppure quale avvenimento istituzionale, che sarebbe da ricordare, invece ora sembra svanire dalla mente? Insomma, non suona come un 1861, o un 1865, o un 1870; o addirittura tonante come un Quarantotto!

Eppure è una data che ha un suo valore specifico: in un certo senso, segna la fine di un percorso. Il testimone è un dizionario, tra i più recenti e accreditati, il *Grande dizionario italiano dell'uso* di Tullio De Mauro, che segna sotto quel 1872 la nascita di un significato. Eccolo: « storico, solo singolare, specialmente con iniziale maiuscola, movimento per l'indipendenza e l'unità nazionale, sviluppatosi in Italia tra gli inizi dell'800 e il 1870 »; e poi anche « periodo storico in cui tale movimento si sviluppò ». È la voce *Risorgimento* <sup>(1)</sup>.

1872: un infante nato vecchio, si direbbe, quando cioè il percorso per la costruzione dello stato italiano si era pressoché concluso. Il fatto è che quel dizionario gioca di sponda, e con quell'anno vuol rimandare ad un altro vocabolario che fornisce (parrebbe il primo nell'Ottocento) la definizione 'politica' di *risorgimento*. È il Tommaseo, che nel quarto volume del suo *Dizionario*

---

(\*) Lo studio si è svolto nell'ambito del progetto *L'Italia europea. Cultura, istituzioni, società in prospettiva storica* (Gruppo di ricerca LUMSA).

<sup>(1)</sup> T. DE MAURO, *Grande dizionario italiano dell'uso*, Torino, Utet, 1999, 6 voll., vol. V, s.v.

— che esce appunto nel 1872 — scrive con la propria penna, come si capisce dall’iniziale T. tra le parentesi quadre <sup>(2)</sup>:

[T.] Risorgimento, *Atto del risorgere. Detto della risurrezione da' morti nel verso può suonare meglio di quest'altra voce [...].*

II. *In altri sensi di Risorgere, cade più pr. che Risurrezione.* [T.] Risorgimento della nazione a vita civile migliore. Risorgimento di Grecia. L'ora del risorgimento. — Il Risorgimento, *tit. d'un giornale.*

A processo storico ormai compiuto, *Risorgimento* nella “versione” politica viene così acquisito definitivamente, o quasi, anche dalla lessicografia: è un cammino dunque che si chiude non solo tra le pagine della storia, ma anche in quelle dei dizionari. Anche se non emerge ancora a pieno il valore antonomastico della parola: negli esempi del Tommaseo si ha *il risorgimento di: della nazione, di Grecia*, non è scolpito a tutto tondo il *Risorgimento* con l’iniziale maiuscola e senza alcuna specificazione, per indicare — così, da solo — ‘l’insieme di quelle vicende che portarono all’indipendenza e all’unificazione d’Italia’. Come attestazione d’un uso assoluto c’è solo il rimando al titolo d’un giornale famoso sul quale torneremo.

Altri, ancora nell’Ottocento, meglio preciseranno, proprio anche sotto quest’ultimo profilo, come Policarpo Petrocchi (1891) <sup>(3)</sup>:

*Risorgimento*, s.m. Il risorgere. — *della civiltà, delle arti, delle lettere [...]. § E della indipendenza italiana. I martiri che prepararono il Risorgimento. Museo del Risorgimento a Torino. Storia del Risorgimento italiano.*

Comunque, gli elementi essenziali della definizione erano già tutti nella voce del Tommaseo che prende atto di un’accezione ormai generalmente in uso.

Il passaggio di *risorgimento* da termine appartenente al lessico e all’esperienza religiosa a vocabolo della sfera politica non avviene repentinamente, ma nemmeno ha bisogno di una lunga prepara-

<sup>(2)</sup> N. TOMMASEO, B. BELLINI, *Dizionario della lingua italiana*, Torino, Utet, 1865-1879, 4 voll., vol. IV, 1872, s.v.

<sup>(3)</sup> P. PETROCCHI, *Novo dizionario universale della lingua italiana*, Milano, Fratelli Treves editori, 1894, s.v. P. MANNI, *Policarpo Petrocchi e la lingua italiana*, Firenze, Cesati, 2001, p. 21: « Il dizionario cominciò ad essere pubblicato a dispense nel 1884 [...]. Nel 1887 ne erano uscite 22, potendosi così completare il primo volume (A-K) [...]. La 41<sup>a</sup> e ultima dispensa uscì, a quanto pare, nel 1890, probabilmente negli ultimi mesi; il frontespizio del secondo volume e la licenza finale hanno però la data 1891 ».

zione. Il momento critico è l'ultimo decennio del Settecento, dove non sarà secondaria — e per certi aspetti potrà apparire paradossale, come si vedrà — l'influenza, manco a dirlo, delle cose di Francia. Anche se non c'è un corrispondente francese di *risorgimento* da cui il nostro vocabolo sia derivato morfologicamente, oppure abbia ripreso un qualche significato per calco semantico. Sono — caso mai — le altre lingue europee che recepiscono, in genere senza adattamenti, il “nostro” *risorgimento*, soprattutto nel suo significato politico e in riferimento alle vicende italiane: l'inglese a partire almeno dal 1878 <sup>(4)</sup>, il tedesco dal 1876 <sup>(5)</sup>, mentre in francese l'italianismo proprio non sembrerebbe attestato negli strumenti lessicografici, stando ai recenti studi di Harro Stammerjohann <sup>(6)</sup>. Più produttivo del francese lo spagnolo che registra un *resurgimiento* ‘atto del risorgere’ nel 1902, e poi — con valore latamente politico — *resurgimiento de España* (1914) e, riferito al XVI secolo, *resurgimiento de Francia* (1951) <sup>(7)</sup>.

---

(4) Secondo l'edizione *on line* (2010) dell'*Oxford English dictionary* (<http://www.oed.com>), s.v.: « What, then, was Victor Emmanuel's rôle in this magnificent drama of the *risorgimento* of Italy? » (1878, *Atlantic Monthly*, Mar. 361/2); subito dopo s'affaccia anche un valore più generale: « Any book of ancient costumes will show this gradual depravation of taste in dress, which — shall we dare to say it? — has not yet had its *risorgimento* » (1883, *Atlantic Monthly* June 789/2).

(5) *Dizionario di italianismi in francese, inglese e tedesco*, a cura di H. Stammerjohann et al., Firenze, Accademia della Crusca, 2008, s.v.; J. KEHREIN, *Fremdwörterbuch mit etymologischen Erklärungen und zahlreichen Belegen aus Deutschen Schriftstellern*, Stuttgart, Cotta, 1876, s.v.

(6) *Dizionario di italianismi in francese, inglese e tedesco*, cit., s.v. Cfr. *Trésor de la langue française. Dictionnaire du la langue du 19. et du 20. siècle (1789-1960)*, publié sous la direction de P. Imbs, Paris, Gallimard, 1971-1994, 16 voll. (ora accessibile anche *on line* all'indirizzo <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>).

(7) Si veda la banca dati CORDE (Corpus diacrónico del Español, <http://corpus.rae.es/cordenet.html>), rispettivamente: « Yo no siento la angustia que sentía Nietzsche ante la Vuelta eterna [...]; la sentiría si en cada nuevo *resurgimiento* tuviésemos conciencia del anterior » (J. MARTÍNEZ RUIZ AZORÍN, *La voluntad*, Madrid, Inman Fox, 1989 [1902], p. 221); « Inculcar en todos el respeto al Poder constituído, a las autoridades, a la Justicia, al Ejército, al Clero y a cuanto supone ideas de orden y de integración nacional, mediante una bien entendida libertad y tolerancia social; así como el deber inconcuso de trabajar en aras del *resurgimiento* de España » (J. SARMIENTO LASUÉN, *Compendio de paidología*, Burgos, Imprenta de Marcelino Miguel, 1914, p. 237); « Su vida [Carlos V] de actividad incesante se enderezó a la lucha contra los turcos,

Ma prima della conversione ‘politica’ di *risorgimento* c’erano stati degli antefatti che talvolta sono stati trascurati o, all’opposto, eccessivamente valutati.

Il primo antefatto è due-trecentesco e riguarda il verbo *risorgere* che estende la propria sfera semantica dall’originario ‘scaturire, venir fuori’<sup>(8)</sup>, al ‘ritornare alla vita dopo la morte’<sup>(9)</sup>, ma anche al senso figurato e generale di ‘risollevarsi da una condizione negativa’, come nel Boccaccio dell’*Epistola* a Pino de’ Rossi (1361):

nondimeno si conviene all’uomo discreto, dopo il piegamento dato, da quello *risurgere* e relevarsi, acciò che, standosi in terra, non divenga lieta la nimica Fortuna d’intera vittoria<sup>(10)</sup>.

*Risorgimento* nella lingua delle origini non c’è: è creazione cinquecentesca, e si presenta come sinonimo di *resurrezione* ‘atto del risorgere’ in Benedetto Varchi:

La gioia de’ beati non consiste in altro che in contemplare e fruire Dio, ma in che modo ora ed in che modo dopo il *risurgimento* e ripigliamento della carne, si dirà un’altra volta<sup>(11)</sup>.

Ci interessa di più un altro aspetto dello spettro semantico della parola, che si collega al significato trecentesco del verbo *risorgere*

---

cuyos progresos detuvo; a impedir el *resurgimiento* de Francia, y a procurar el triunfo del catolicismo, amenazado por la Reforma en Alemania. Si no logró estos objetivos, no se le pueden negar una preocupación constante, una gran laboriosidad y unas dotes políticas extraordinarias » (C. PÉREZ BUSTAMANTE, *Historia del Imperio Español*, Madrid, Ediciones Atlas, 1951, p. 341).

<sup>(8)</sup> Il significato è attestato dalla metà del XIII secolo, come documenta il *Tesoro della lingua italiana delle origini* (TLIO), a cura dell’Opera del vocabolario italiano (OVI), istituto del CNR (<http://tlio.ovi.cnr.it/TLIO/>), s.v. § 4.

<sup>(9)</sup> TLIO, s.v., § 2: « S’eo *resurgesse*, com fenice face, / già fora a la fornace / lo putrefatto meo vil corpo ardendo » (*Le rime di Guittone d’Arezzo*, a cura di F. Egidi, Bari, Laterza, 1940, p. 62; av. 1294); « Ben m’accors’io ch’elli era d’alte lode, / però ch’a me venìa « *Resurgi* » e « Vinci » / come a colui che non intende e ode » (D. ALIGHIERI, *La Commedia secondo l’antica vulgata*, a cura di G. Petrocchi, vol. IV, *Paradiso*, Milano, Mondadori, 1967, XIV, 125, p. 237; av. 1321).

<sup>(10)</sup> G. BOCCACCIO, *Epistola a Pino de’ Rossi*, in G. BOCCACCIO, *Opere in versi. Corbaccio. Trattatello in laude di Dante. Prose latine. Epistole*, a cura di P.G. Ricci, Milano-Napoli, Ricciardi, 1965, p. 1113 (1361); cfr. TLIO, s.v. § 1.5.

<sup>(11)</sup> Riprendo il passo, tratto dalle *Lezioni sul Dante*, dal GDLI (S. BATTAGLIA, poi G. BARBERI SQUAROTTI, *Grande dizionario della lingua italiana*, Torino, Utet, 1961-2002, 21 voll.), vol. XVI, 1992, s.v. § 1.

visto nel Boccaccio. È un valore che — chissà se per un caso fortunato — è testimoniato in un contesto che attiene ad una delle più importanti imprese lessicografiche del XVII secolo realizzate dall'Accademia della Crusca; la quale, dopo le prime due edizioni del *Vocabolario* del 1612 e del 1623, entrata sotto l'ala protettiva del cardinale Leopoldo de' Medici, risollewa l'attività lessicografica, riuscendo a pubblicare nel 1691 la terza edizione del *Vocabolario*, in tre volumi (12). Tra i collaboratori, soprattutto per le voci scientifiche, fu Lorenzo Magalotti, il quale così commenta in una lettera al canonico Apollonio Bassetti i rinnovati lavori al dizionario:

Io pur sapevo, come VS. s'è ben presupposta, il *risorgimento* dell'Accademia della Crusca, mercè della generosità del Padrone; ed essendo stato ricercato da qualche amico di dir alcuna cosa in proposito del *Vocabolario*, ho già dato all'Abate Strozzi un cenno assai libero de' miei sentimenti (13).

Anche il sostantivo — come già il verbo — ha dunque qui ormai abbandonato l'abito religioso, e non vuol dire 'resurrezione dai morti', ma più laicamente il 'superamento di una situazione negativa', nella specie non tanto la rinascita dell'Accademia della Crusca, ma, per metonimia, la ripresa del lavoro di costruzione del vocabolario. Un *risorgimento* anche questo.

Nel Settecento *risorgimento* tende a diventare la bandiera di chi vuol mostrare come l'Italia si sia risollewata (se mai vi fosse piombata) dallo stato di decadenza culturale che la caratterizzava, soprattutto nel secolo precedente; e la parola s'accompagna spesso a dei genitivi che specificano il campo dove si sarebbe verificata la *resurrezione*. Il rilievo politico della voce — se c'è, e qualcuno l'ha voluto vedere (14) — rimane comunque sempre molto sullo sfondo.

Il *risorgimento* diventa in primo luogo *risorgimento delle lettere*, magari riferito a un secolo passato, come in Scipione Maffei

---

(12) Sul punto si veda in particolare C. MARAZZINI, *L'ordine delle parole. Storia di vocabolari italiani*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 143 e ss.; sulla figura di Leopoldo de' Medici, protettore dell'Accademia della Crusca, soprattutto la nota 12 di p. 144.

(13) *Delle lettere familiari del conte Lorenzo Magalotti e di altri insigni uomini a lui scritte*, Firenze, Cambiagi, 1769, vol. II, p. 66. Cfr. GDLI, s.v. § 12.

(14) Cfr. C. CALCATERRA, *Sull'origine della parola "risorgimento"*, in « *Convivium* », I (1947), p. 7 e ss.

che, a proposito dei contrasti interpretativi dei giuristi sul tema del duello, nel 1710 scrive:

Ora io mi penso, o Marcello, che da meraviglia tu resti preso nel vedere in tali equivoci incorsi, ed a sì fatte dottrine discesi sì gran Maestri della facoltà legale; e non sarà però inconvenevole l'accennartene le ragioni, che furon due: involontaria l'una; perché in questi primi secoli del *risorgimento delle Lettere* non poterono essi tra tante tenebre illuminar la Giurisprudenza con l'erudizione; e però quanto ne' punti legali accertarono col loro ingegno, altrettanto traviarono, dove la cognizion de' costumi antichi all'interpretazione si richiedeva: volontaria l'altra; perché veggendosi per tal genere di controversie molto richiesti, non vollero perdere tanta occasione, ma per tirar gente, e crescere in giurisdizione, si diedero a spacciar dottrine confacenti all'umore de' tempi, ed a strascinar dietro a queste lor malgrado le Leggi <sup>(15)</sup>.

Il vocabolo ha una funzione meramente descrittiva, come si capisce al volo, e non sottende nessun programma per il futuro, tantomeno di natura politica.

Non diversamente Ludovico Antonio Muratori, quando nel 1749, riecheggiando idee già espresse nei *Difetti della giurisprudenza*, usa *risorgimento* a proposito della riscoperta bassomedievale della compilazione di Giustiniano:

A render anche maggiormente imbrogliata la moderna giurisprudenza, hanno assaissimo contribuito i giurisconsulti nati dopo il *risorgimento* delle leggi di Giustiniano <sup>(16)</sup>.

Eppure qualcosa si andava muovendo nella storia semantica della parola. Da Carlo Calcaterra si è celebrata l'espressione « il nostro imminente risorgimento » contenuta nel *Secolo d'Augusto* di Benvenuto Robbio conte di San Raffaele, che viene pubblicato a Milano nel 1769, come « pronunziata apertamente e volutamente con nuovo senso italiano, ideale, civile e politico » <sup>(17)</sup>. La coloritura politica non è facilissima da vedersi, perché in realtà l'autore si

---

<sup>(15)</sup> S. MAFFEI, *Della scienza chiamata cavalleresca libri tre*, Roma, Gonzaga, 1710, pp. 277-278.

<sup>(16)</sup> L.A. MURATORI, *Della pubblica felicità, oggetto de' buoni principi*, Lucca [Venezia], 1749, pp. 95-96. Cfr. GDLI, s.v. § 11.

<sup>(17)</sup> C. CALCATERRA, *Sull'origine della parola "risorgimento"*, cit., p. 8.

riferiva soprattutto ad una prossima riscossa letteraria <sup>(18)</sup>. Quello che invece subito si apprezza — ed è una novità importante — è che *risorgimento* comincia ad essere parola che non descrive più soltanto un qualcosa di passato, di già avvenuto, ma tende a diventare parola-programma, indica cioè un progetto da realizzare in un futuro più o meno lontano.

E un *risorgimento* che sottenda il nuovo significato di ‘programma’ s’incontra talvolta nelle *Rivoluzioni d’Italia* di Carlo Denina (1769-1770), una sorta di storia generale della penisola italiana; anche se di solito è declinato al passato <sup>(19)</sup> e mischiato al valore più antico: *risorgimento delle lettere*, *Primo risorgimento delle arti liberali e degli studi*, *Risorgimento delle cose d’Italia* <sup>(20)</sup>, e anche *risorgimento d’Italia*:

No, non sia mai ch’io taccia o dissimuli che al *risorgimento d’Italia* contribuì singolarmente il santo cardinale di Santa Prassede <sup>(21)</sup>.

Le connotazioni propriamente politiche di *risorgimento*, se c’erano, rimanevano comunque perlopiù nascoste.

Poi, per completare il quadro, nel 1775 esce a Bassano il libro di Saverio Bettinelli che porta addirittura nel titolo la nostra parola: *Del risorgimento d’Italia negli studi, nelle arti e ne’ costumi dopo il mille*. Apre una via laterale nella sfera semantica del vocabolo che avrà però un buon seguito ancora nell’Ottocento e anche dopo <sup>(22)</sup>:

<sup>(18)</sup> Cfr. W. MATURI, *Risorgimento*, in *Enciclopedia italiana*, Roma, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, vol. XXIX, 1936, p. 434.

<sup>(19)</sup> Ma « la parola adoperata dal Denina nelle più diverse accezioni, or per un secolo or per un altro [...] s’incise nella mente di tutti come una parola che avesse un significato ‘attuoso’, che, cioè, indicasse una ancor possibile attuabilità »: C. CALCATERRA, *Sull’origine della parola “risorgimento”*, cit., p. 11.

<sup>(20)</sup> C. DENINA, *Le rivoluzioni d’Italia*, a cura di V. Masiello, Torino, Utet, 1979, nell’ordine: vol. II, pp. 953-954: « Fu, non è molto tempo, chi pretese, che del *risorgimento delle lettere* si debba aver l’obbligo principale a Nicolò V »; vol. I, p. 800: è la rubrica del capo XIII del libro XIV; vol. II, p. 1146: è la rubrica del capo IV del libro XXII.

<sup>(21)</sup> Ivi, vol. II, p. 1152.

<sup>(22)</sup> Molti esempi si leggono nel *GDLI*, s.v. § 12, che si chiude con un passo di Antonio Gramsci contenente una notazione linguistica pertinente: « Molti chiamano *Risorgimento* anche il risveglio delle forze indigene italiane dopo il Mille, cioè il moto che portò ai Comuni e al Rinascimento » (*Il Risorgimento*, Torino, Einaudi, 1949, p. 46).

con dei confini cronologici più larghi di quelli attuali qui s'intende *Rinascimento* (23), che è un 'risollevarsi' anche quello, ma i connotati politici diventano ancora più lontani.

Il secolo XVIII consegna dunque al suo scorcio un *risorgimento* che non è più 'resurrezione', non è nemmeno più solo un 'riscatto avvenuto', ma può anche indicare uno 'sviluppo culturale futuro': non è però ancora 'programma politico'.

La novità verrà attraverso le vicende di Francia: ad operare saranno direttamente gli avvenimenti storici, senza che ci sia — come invece in altri casi è avvenuto — uno scambio linguistico diretto. Dopo l'Ottantanove tutta Europa acquista la consapevolezza che il sistema politico dell'Antico Regime può essere modificato, si può cioè *risorgere* in una struttura istituzionale nuova. E *risorgimento* in Italia sarà pronto ad esprimere il nuovo valore di 'processo di riscatto dall'antica decadenza che porti ad un sistema istituzionale nuovo', anche se in francese non ci sarà una parola morfologicamente simile, capace di indicare la medesima accezione.

Già nel 1790 il significato rinnovato si palesa con chiarezza, così come evidente è il legame con gli avvenimenti d'Oltralpe. Pietro Verri nella *Prefazione ai Pensieri sullo stato politico del Milanese*, lancia strali contro il dispotismo e contro l'ignavia dei suoi concittadini, augurandosi che l'esempio francese possa provocare il riscatto politico, cioè il *risorgimento*, della sua patria:

---

(23) Anche nel campo della storiografia giuridica, la quale con *rinascimento giuridico* intende, come si sa, la ripresa degli studi di diritto avvenuta attorno al 1100 a Bologna; nello stesso significato tra Otto e Novecento non era del tutto inusuale trovare pure *risorgimento*, anche nell'evidenza di un titolo: F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del risorgimento*, Milano, Bocca, 1920, 3 voll.; sempre in un titolo dello Schupfer, ma con una specificazione essenziale e con il valore più generale di 'rinascita': *La società milanese all'epoca del risorgimento del comune*, Bologna, Fava e Garagnani, 1869; talvolta nello stesso libro, e nello stesso passo, in alternanza proprio con *rinascimento*, così nelle *Fonti* del Besta: «Libro quinto: Il *rinascimento* giuridico», «Capitolo I: Motivi e caratteri del *risorgimento* giuridico», «A riassumere in una parola i vari aspetti di quel moto intellettuale, in cui la rinnovata coscienza italiana si esplicava, *risorgimento*, *rinascimento* sono le parole che più spontaneamente sorgono sulle labbra» (E. BESTA, *Fonti: legislazione e scienza giuridica. Dalla caduta dell'impero romano al secolo decimoquinto*, in P. DEL GIUDICE, *Storia del diritto italiano*, Milano, Hoepli, 1923, vol. I, pt. I, rispettivamente pp. 371, 373, 374).

Malgrado il dispotismo sotto il quale sono nato e cresciuto, le mie idee non sono quelle di uno schiavo, ed i miei sentimenti son quelli di un uomo che sente la dignità propria. Paragonandomi co' miei concittadini, conosco che agli occhi loro debbo comparire stravagante, pericoloso ed impudente. Se fossi nato nell'Inghilterra, o nella Francia, io sarei un uomo come gli altri; nato nell'Italia e singolarmente nel Milanese, io non posso sfogare i miei pensieri se non collo scrivere [...]. L'unica medicina, che potrebbe tentarsi sulla massa avvilita d'una nazione ingegnosa, ed un tempo sede della virtù, sarebbe la vergogna della propria abbiezione. Forse la Rivoluzione Francese s'estenderà negli Svizzeri, ed avremo vicino un paragone, che apra gli occhi ai figli nostri. Lo voglia il buon destino! Amo la mia Patria, compiangio i suoi mali, e morirò prima che ne disperì il *risorgimento* (24).

Il salto ormai è fatto e nel triennio giacobino la coloritura politica di *risorgimento* si consolida (25), sempre in parallelo con l'acquisita valenza politica anche di *risorgere*, in un quadro generale che sottolinea il timbro 'religioso' del lessico:

Sì, uomini ingannati, voi non dovete più temere di questi rudi sistemi, e voi potete ora *risorgere* tutti e conoscere i vostri diritti per non perderli più (Girolamo Bocalosi, *Dell'educazione da darsi al popolo italiano*, 1797) (26). Era dolce per i Cisalpini il facile passaggio dalla schiavitù alla libertà, era lusinghiero per gl'Italiani il nuovo ordine delle cose, era l'ammirazione ed il conforto di tutti i repubblicani del mondo il *risorgimento* di una repubblica italiana senza rovesci senza stragi (*Termometro politico della Lombardia*, 28 novembre 1798) (27).

---

(24) P. VERRI, *Pensieri sullo stato politico del Milanese nel 1790*, in *Scritti vari di Pietro Verri*, ordinati da G. Carcano, Firenze, Le Monnier, 1854, vol. II, *Appendice*, p. 1.

(25) M. VERGA, *Decadenza in Atlante culturale del Risorgimento. Lessico del linguaggio politico dal Settecento all'Unità*, a cura di A.M. Banti, A. Chiavistelli, L. Mannori, M. Meriggi, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 13: nel triennio giacobino «la letteratura democratica e patriottica [Matteo Galdi, Giuseppe Lattanzi, Giovanni Ristori, Melchiorre Gioia] ha fortemente contribuito alla costruzione di un discorso nazionale italiano che ha a proprio centro la nazione italiana in quanto soggetto politico, in cammino verso il proprio necessario risorgimento. Un risorgimento, la cui narrazione non si affida più alle storie della poesia e del gusto, ma alle vicende della politica e della società». A.M. BANTI, *Risorgimento*, ivi, pp. 34 e 35.

(26) Traggo l'esempio, e quelli che seguono, da E. LESO, *Lingua e rivoluzione. Ricerche sul vocabolario politico italiano del triennio rivoluzionario 1796-1799*, Venezia, Istituto veneto di scienze lettere ed arti, 1991, p. 791.

(27) *Ibidem*.

Or che sono disciolte, o vanno a disciorsi le macchine degli itali governi; or ch'esse debbono essere mosse da nuove molle politiche, or che gli artefici di queste non sono già gli abietti schiavi strumenti di qualche despota, ma sono i filosofi conoscitori dei diritti dell'uomo; or che l'invitto padre dei popoli [Bonaparte], circondato da un'armata d'eroi soffia il suo spirito avvitatore e scuote le italiche popolazioni, non è ora il tempo dell'*italo risorgimento*? Ah, *risorga* l'Italia, divenga la patria comune, e gli Italiani diventino una nazione (Gaspere Sauli nel *Difensore della libertà*, novembre-dicembre 1798) <sup>(28)</sup>.

In questo clima non stupirà che possa assumere valore politico anche *risurrezione*:

La Libertà della Lombardia deve influire sul destino dell'Universo: tutti i popoli con impazienza attendono il momento della vostra *risurrezione* per dar segni di vita (*Raccolta degli ordini ed avvisi stati pubblicati dopo il cessato governo austriaco*, 1796) <sup>(29)</sup>.

Altri sinonimi di *risorgimento* nel triennio sono *palingenesia*, *rinascimento*, *risvegliamento* e soprattutto *rigenerazione*, la parola più diffusa <sup>(30)</sup>, la cui « eccessiva caratterizzazione in senso democratico repubblicano » ha determinato nell'Ottocento proprio la preferenza data a *risorgimento* nel medesimo significato <sup>(31)</sup>.

S'era accennato a una specie di paradosso. Perché accade che in quegli stessi anni l'idea del *risorgimento* in senso politico sia ben presente, quasi ne sia steso il programma, il suo autore sia considerato uno dei padri del movimento, tant'è che nella basilica di Santa Croce le sue « ossa — si dirà — fremono amor di patria »; ma accade anche che da quel letterato il vocabolo *risorgimento* non venga mai usato; *risorgere* sì, ma non *risorgimento*. Come si sarà capito, si è alluso a Vittorio Alfieri che dedica *Alla passata, presente e futura*

<sup>(28)</sup> Ivi, p. 792.

<sup>(29)</sup> *Ibidem*.

<sup>(30)</sup> E non sarà un caso se proprio *rigenerazione* è presente nel reazionario e denigratorio *Nuovo vocabolario filosofico-democratico* di Ignazio Lorenzo THJULEN (Venezia, Andreola, 1799; ora anche, a cura di C. Continisio, Milano, Biblioteca di Via Senato, 2004), ma non *risorgimento*. Cfr. F. BAMBÌ, *Costituzione, rappresentanza e unità. Alcune considerazioni tra lingua e diritto*, in « Quaderni fiorentini », XL (2011), pp. 1019-21.

<sup>(31)</sup> E. LESO, *Lingua e rivoluzione*, cit., p. 154. Cfr. la *Presentazione dell'Atlante culturale del Risorgimento. Lessico del linguaggio politico dal Settecento all'Unità*, cit., p. VIII.

*Italia* la raccolta di scritti antifrancesi — e il paradosso dopo quello che si è visto sta anche in questo — *Il misogallo* (1789-1798):

Ancorché quest'Operuccia, nata a pezzi, ed a caso, non venga ad essere altro che un mostruoso aggregato d'intarsiature diverse, ella tuttavia non mi pare indegna del tutto di esserti dedicata, o Venerabile Italia. Onde, ed a quella augusta Matrona, che ti sei stata sì a lungo, d'ogni umano senno, e valore principalissima sede, ed a quella che ti sei ora (pur troppo!) inerme, divisa, avvilita, non libera ed impotente; ed a quella che un giorno (quando ch'ei sia) indubitabilmente sei per *risorgere*, virtuosa, magnanima, libera, ed una; a tutte tre queste Italie in questa breve mia Dedicata intendo ora di favellare <sup>(32)</sup>.

Qui rifulge a chiare lettere lo spirito e la passione del *Risorgimento*, ma la parola rimane inespressa (così come nelle altre opere dell'Alfieri).

Può accadere anche il contrario: che si usi, un trentennio dopo, *risorgimento* come titolo di una composizione poetica, e dunque in una posizione particolarmente allusiva ed espressiva del significato della parola, senza che — questa volta — abbia niente a che vedere con il programma di riscatto politico della penisola:

Credei ch'al tutto fossero  
in me, sul fior degli anni,  
mancati i dolci affanni  
della mia prima età:

i dolci affanni, i teneri  
moti del cor profondo,  
qualunque cosa al mondo  
grato il sentir ci fa.

Con questi versi si apre *Il risorgimento* che Giacomo Leopardi <sup>(33)</sup> scrive nel 1828 per celebrare il ritorno dell'ispirazione poetica, un 'risollevarsi' tutto intimo e personale, ben distante dal significato politico del vocabolo che ormai da tempo circolava; e che pochi anni prima era addirittura stato inserito ancora in un titolo,

---

<sup>(32)</sup> V. ALFIERI, *Il misogallo*, in *Opere di Vittorio Alfieri ristampate nel primo centenario della sua morte*, Torino-Roma-Milano-Firenze-Napoli, Paravia, 1903, vol. IV, p. 123. Cfr. A.M. BANTI, *Risorgimento*, cit., p. 35; M. FUBINI, *Vittorio Alfieri*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, vol. II, 1960, pp. 292-293; W. MATURI, *Risorgimento*, cit., p. 434.

<sup>(33)</sup> G. LEOPARDI, *Canti e poesie disperse*, edizione critica diretta da F. Gavazzeni, Firenze, Accademia della Crusca, 2009, vol. I, p. 371.

questa volta di un libro e nella sua piena accezione “istituzionale”: *Compendio della storia del risorgimento della Grecia dal 1740 al 1824* di Mario Pieri che esce a Firenze nel 1825 <sup>(34)</sup>.

Ma anche questa presenza dissonante nel Leopardi (allo stesso modo dell'assenza di *risorgimento* nell'Alfieri) aggiunge pur qualcosa alla storia della parola. Se un patriota come Giacomo, lui che undici anni prima all'amico Pietro Giordani si era dichiarato ardentemente italiano <sup>(35)</sup>, usa con quel rilievo e in quel senso *risorgimento*, vuol dire che la parola ancora non aveva acquistato non tanto un valore antonomastico, ma almeno un indice elevato di riconoscibilità come termine specifico del lessico politico-patriottico.

Del resto il valore politico di *Risorgimento* è di solito assente nella lessicografia generale fino all'ultimo terzo dell'Ottocento: manca nell'Alberti di Villanova del 1797-1805 <sup>(36)</sup>, nella Crusca veronese del 1804-1806 <sup>(37)</sup>, nel Costa-Cardinali-Orioli del 1819-

<sup>(34)</sup> « Pel comodo della maggior parte dei lettori », il Pieri riduce « a parti più misurate » e rende « d'un colore più storico » (rec. comparsa sull'*Antologia Vieusseux*, XXI [1826], p. 95) l'*Histoire de la régénération de la Grèce, comprenant le précis des évènements depuis 1740 jusqu'en 1824*, pubblicata nel 1824 a Parigi da François Pouqueville e tradotta in italiano da Stefano Ticozzi sotto il titolo *Storia della rigenerazione della Grecia dal 1740 al 1824* (Italia, 1825); l'adattamento del Pieri riguarda anche il titolo, dove sostituisce *rigenerazione* con *risorgimento*, prelundendo alla successiva fortuna italiana del vocabolo. Ma la scelta linguistica non è esclusiva perché nel *Compendio* occorre anche *rigenerazione*: « così veniva serpeggiando nel continente e nelle isole della Grecia un tacito fuoco avvivatore, che guidava a poco a poco, e sotto gli occhi medesimi de' suoi stupidi tiranni, abbacinati dall'orgoglio e dal disprezzo verso i cristiani, alla sua *rigenerazione* » (p. 5); segno evidente anche questo, come l'uso non politico di Leopardi, che ancora la sfera semantica di *risorgimento* non si era consolidata. In ogni caso il Pieri « fissa più strettamente il rapporto tra il termine e l'idea della resurrezione spirituale ma anche politica di una nazione oppressa » (A.M. BANTI, *Risorgimento*, cit., p. 36).

<sup>(35)</sup> « Ma mia patria è l'Italia per la quale ardo d'amore, ringraziando il cielo di avermi fatto Italiano » (21 marzo 1817): G. LEOPARDI, *Lettere*, a cura e con un saggio introduttivo di R. Damiani, Milano, Mondadori, 2006, p. 50.

<sup>(36)</sup> F. ALBERTI DI VILLANOVA, *Dizionario universale critico enciclopedico della lingua italiana*, Lucca, Marescandoli, 1797-1805, 6 voll., vol. V, 1804, s.v.

<sup>(37)</sup> *Vocabolario degli Accademici della Crusca* oltre le giunte fatteci finora, cresciuto d'assai migliaia di voci e modi de' classici, le più trovate da veronesi, Verona, Ramanzini, 1804-1806, 7 voll., vol. V, 1806, s.v.

1826 <sup>(38)</sup>, nel Carrer del 1827 <sup>(39)</sup>, nel Cardinali del 1827-1828 <sup>(40)</sup>, nel Tramater del 1829-1840 <sup>(41)</sup>, nel Manuzzi del 1833-1840 e del 1859-1865 <sup>(42)</sup>, nel Longhi del 1851 <sup>(43)</sup>, nel Fanfani del 1855 <sup>(44)</sup>; e anche in due lessici specializzati per il linguaggio politico, che nacquero a Torino con un preciso compito didattico nei confronti del popolo, il *Dizionario politico nuovamente compilato ad uso della gioventù italiana* del 1849 e il *Dizionario politico popolare* del 1851, la voce è (inspiegabilmente?) latitante.

Quando invece ormai *Risorgimento* spesseggiava nei testi provenienti da tutte le parti politiche, dal Mazzini al Gioberti, e di tutte le consistenze, dai pesanti tomi filosofici agli opuscoli di poche pagine, fino addirittura a trovar posto anche nel proemio dello Statuto toscano del 1848:

Alle quali [nuove forme politiche] ora muove l'animo Nostro il desiderio di adempiere con ferma, costante e deliberata volontà quel proposito che fu da Noi precedentemente annunziato ai nostri sudditi amatissimi, e di procurare ad essi, ora che il tempo ne è giunto, quella maggiore ampiezza di vita civile e politica alla quale è chiamata l'Italia in questa solenne inaugurazione del nazionale *risorgimento* (*Preambolo* allo *Statuto del Granducato di Toscana* concesso dal Granduca Leopoldo II il 15 febbraio 1848).

E, a un livello più basso, nelle cronache dei giornali (e non solo

---

<sup>(38)</sup> P. COSTA, F. CARDINALI, F. ORIOLI, *Dizionario della lingua italiana*, Bologna, Masi, 1819-1826, 7 voll., vol. V, 1823, s.v.

<sup>(39)</sup> *Dizionario della lingua italiana*, a cura di L. Carrer e dell'ab. F. Federici, Padova, Tipografia della Minerva, 1827-1830, 7 voll., vol. VI, 1829, s.v.

<sup>(40)</sup> F. CARDINALI, *Dizionario portatile della lingua italiana*, Bologna, Marsigli, 1827-1828, 2 voll., vol. II, 1828, s.v.

<sup>(41)</sup> *Vocabolario universale italiano*, compilato a cura della Società tipografica Tramater e C., Napoli, Tramater, 1829-1840, 7 voll., vol. V, 1835, s.v.

<sup>(42)</sup> *Vocabolario della lingua italiana*, già compilato dagli accademici della Crusca ed ora nuovamente accresciuto dall'abate Giuseppe Manuzzi, Firenze, Passigli, 1833-1840, 2 voll., vol. II, pt. I, 1838, s.v.; 2<sup>a</sup> ed. riveduta e notabilmente ampliata dal compilatore, Firenze, nella stamperia del Vocabolario, 1859-1865, 4 voll., vol. III, 1863, s.v.

<sup>(43)</sup> A. LONGHI, L. TOCCAGNI, *Vocabolario della lingua italiana*, Milano, Oliva, 1851, s.v.

<sup>(44)</sup> P. FANFANI, *Vocabolario della lingua italiana*, Firenze, Le Monnier, 1855, 2 voll., vol. II, s.v.

nei titoli delle testate (45)). Ecco nel fiorentino «La Patria» il resoconto dell'incontro tra Pio IX e Vincenzo Gioberti:

Ieri a mezzodi Gioberti andò dal Papa, dal quale fu ricevuto affabilmente e amorevolmente: il colloquio durò 35 minuti: l'incontro fra i due grandi iniziatori dell'italiano *risorgimento* fu commoventissimo e degno di entrambi («La Patria», 29 maggio 1848) (46).

Sono appunto gli anni attorno al 1848 che vedono il diffondersi a macchia d'olio della parola (47), come già segnalava Bruno Migliorini (48), ma la lessicografia ne prenderà atto con il (necessario?) ritardo; forse prima bisognava capire — e forse non solo da parte della lessicografia — quale *risorgimento* si sarebbe davvero realizzato: quello ardentemente voluto dai democratici, oppure quello auspicato dai moderati, oppure quello vagheggiato dai neoguelfi?

Quest'ultimo sarà il primo ad uscire dalla scena, proprio

(45) Il giornale «Il Risorgimento» viene fondato da Cesare Balbo e Camillo Benso conte di Cavour ed esce il 15 dicembre 1847; nel *Programma* di Cesare Balbo, pubblicato in prima pagina, si assiste ad un crescendo dell'uso politico di *risorgimento*, segnato anche dalle scelte grafiche (nella prima occorrenza la lettera iniziale è minuscola; nelle due successive la parola è scritta tutta in maiuscolo, poi rimane maiuscola solo la lettera iniziale): «Molte volte tra i lunghi secoli delle nostre miserie, si sognò di *risorgimenti* d'Italia. Il menomo raggio par gran luce tra le tenebre [...]. Ora poi, novissimamente, dall'Alpi al mar d'Affrica, pur si spera, si grida *RISORGIMENTO* d'Italia. Sarà egli un inganno anche questo? Vediamone i fatti duci, i caratteri principali. Il primo fatto politico, a cui si possa far risalire il *RISORGIMENTO* presente non è antico che di 18 mesi; e' quello del re nostro, di Carlo Alberto, nel maggio 1846 [...]. Dunque ancora: I. Indipendenza; II. Unione tra principi e popoli; III. Progresso nella via delle riforme, IV. Lega de' Principi italiani fra sé; V. Forte ed ordinata moderazione: questi sono i fatti duci, i caratteri innegabili ed innegabilmente buoni del nostro *Risorgimento* italiano». Nello stesso numero un articolo di Cavour collega il *risorgimento* politico a quello economico: «La nuova vita pubblica che si va rapidamente dilatando in tutte le parti dell'Italia non può non esercitare un'influenza grandissima sulle sue condizioni materiali. Il *risorgimento* politico di una nazione non va mai disgiunto dal suo *risorgimento* economico».

(46) Il passo è ripreso da *Nel nome dell'Italia. Il Risorgimento nelle testimonianze, nei documenti e nelle immagini*, a cura di A.M. Banti, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 204.

(47) Dopo che la sua circolazione si era estesa già dagli anni Trenta: A.M. BANTI, *Risorgimento*, cit., p. 37.

(48) B. MIGLIORINI, *Storia della lingua italiana*, Firenze, Sansoni, 1963<sup>4</sup>, p. 636.

subito dopo le vicende quarantottesche e il voltafaccia di Pio IX, e amaramente scriverà nel 1851 Vincenzo Gioberti nel *Rinnovamento civile*, dando un bell'esempio di uso antonomastico del vocabolo:

Il *Risorgimento* è una grande e dolorosa esperienza, che bisogna aver di continuo davanti agli occhi per non ripeterla e per tenere la via diritta, ché la ricognizione dei falli è principio di ammenda, e chi studia follia appara saviezza <sup>(49)</sup>.

Quando, vent'anni dopo, la storia avesse messo tutti d'accordo, allora *Risorgimento* anche nella sua accezione politica si sarebbe potuto davvero scrivere tra le voci di un dizionario, per poi diffondersi tra le lingue d'Europa: e rieccoci al Tommaseo, rieccoci così al 1872.

---

<sup>(49)</sup> V. GIOBERTI, *Del rinnovamento civile d'Italia*, a cura di W. Cesarini Sforza, Bologna, Zanichelli, 1943, vol. I, p. 7.



GIORGIO RIDOLFI

LO STATO DI DIRITTO CRISTIANO  
RIFLESSIONI SULLA FILOSOFIA GIURIDICA  
DI FRIEDRICH JULIUS STAHL

1. La personalità di Dio e la creazione dell'ordine etico. — 2. Tra giusnaturalismo e giuspositivismo. — 3. La prospettiva storica. — 4. I poteri nello Stato. — 5. Conclusione.

La locuzione 'Stato di diritto' è venuta, nel corso del tempo, a designare un concetto assolutamente centrale per la modernità giuridica, pur essendo stato differentemente declinato a seconda delle varie culture nazionali <sup>(1)</sup>. In ambito tedesco, le prime descrizioni del *Rechtsstaat* vennero presentate, nell'ottica di un liberalismo di natura illuminista, da Carl Theodor von Welcker <sup>(2)</sup> e da Johann Christian Freiherr von Aretin, che lo definì come quello Stato « governato secondo la volontà generale razionale e che ha come obiettivo solamente il meglio universale », ossia « la libertà e la

---

<sup>(1)</sup> In assenza di un'apposita voce sia nell'*Enciclopedia del diritto* edita da Giuffrè sia nell'*Enciclopedia giuridica* dell'Istituto Treccani, si può vedere in italiano *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2002, che distingue principalmente le tre declinazioni, non totalmente assimilabili, di *rule of law*, *état de droit* e *Rechtsstaat*. Su quest'ultima, che è quella che riguarda più da vicino il nostro saggio, si possono vedere A. ALBRECHT, *Rechtsstaat*, in *Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft*, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, Freiburg i.B., Herder, VI, 1961<sup>6</sup>, pp. 686-706; E. BENDA, *Der soziale Rechtsstaat*, in *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, hrsg. von E. Benda, W. Maihofer und J. Vogel, Berlin-New York, De Gruyter, 1994<sup>2</sup>, pp. 719-797; e E. SCHMIDT-ARMANN, *Der Rechtsstaat*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, hrsg. von J. Isensee und P. Kirchhof, Heidelberg, C.F. Müller, I, 1995<sup>2</sup>, pp. 986-1043.

<sup>(2)</sup> Cfr. C.T. VON WELCKER, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Völker entwickelt*, Gießen, Heyer, 1813, pp. 71-108.

sicurezza più ampie possibili per tutti i membri della società civile » (3). Qualche anno più tardi, sempre in ambito liberale, Robert von Mohl precisò poi che il compito di uno Stato di diritto è quello di intervenire concretamente per

rendere possibile, tramite un'organizzazione ragionevole del potere, a ogni singolo membro, ai gruppi di soggetti subordinati di fatto esistenti e alla collettività, lo sviluppo della totalità delle loro forze e il perseguimento dei loro fini razionali; e, rispetto a ciò, di proteggerli e sostenerli (4).

Nessuna definizione, tuttavia, ha avuto la fortuna di quella sviluppata nella *Philosophie des Rechts* del conservatore Friedrich Julius Stahl (5). Egli asserisce, come è noto, che uno Stato di diritto

deve determinare con esattezza e assicurare in maniera salda [...] le linee e i limiti della sua efficacia, così come la sfera di libertà che appartiene ai suoi cittadini, e non deve realizzare (raggiungere con la forza) le idee etiche per vie statali, cioè direttamente, in un senso più ampio di quanto sia consentito alla sfera giuridica (6).

---

(3) J.C. FREIHERR VON ARETIN, *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie. Ein Handbuch für Geschäftsmänner, studierende Jünglinge, und gebildete Bürger*, Altenburg, Literatur-Comptoir, I, 1824, p. 163.

(4) R. VON MOHL, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tübingen, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, 1866<sup>3</sup>, p. 4 (la prima edizione è del 1832); si veda anche, dello stesso autore, *Encyclopädie der Staatswissenschaften*, Tübingen, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, 1872<sup>2</sup>, pp. 324-331. Sul significato del concetto dello Stato di diritto nell'opera di Mohl, si veda il puntuale contributo di Francesco De Sanctis, *Robert von Mohl: una critica liberale all'individualismo*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », LIII (1976), 1, pp. 31-47.

(5) La prima edizione dell'opera si presenta come *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, 3 Bde., Heidelberg, J.C.B. Mohr, 1830-37 (il secondo volume è del 1833). La seconda edizione appare come *Die Philosophie des Rechts*, vol. 1: *Geschichte der Rechtsphilosophie*, Heidelberg, J.C.B. Mohr, 1847 (di cui esiste una traduzione italiana come *Storia della filosofia del diritto*, trad. di P. Torre e annotazioni di R. Conforti, Torino, G. Favale, 1853); vol. 2: *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, 2 Teile, Heidelberg, J.C.B. Mohr, 1845-46. I volumi della terza edizione appaiono presso il medesimo editore, rispettivamente nel 1854 e nel 1854-56. Attesa la scarsa difformità tra la seconda e la terza edizione del primo volume, le citazioni di esso sono tratte, affinché il lettore le possa più facilmente reperire, dalla traduzione italiana; le citazioni delle due parti del secondo volume, ove non ulteriormente specificato, sono invece tratte dalla terza edizione.

(6) « Er soll die Bahnen und Gränzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger [...] genau bestimmen und unverbrüchlich sichern und soll die sittlichen

Al contrario che nella definizione di von Mohl, orientata a sollecitare interventi fattivi da parte dello Stato sulla società, qui l'accento è posto sulla matrice neutralista di esso, e cioè sul suo limitarsi ad approntare le forme universali della vita giuridica. La definizione, tuttavia, prefigura al contempo quelle che, per Stahl, non possono non essere le caratteristiche essenziali di uno Stato di diritto: il richiamo alla certezza della legge positiva, il riconoscimento di un ambito d'intangibilità individuale e la tendenziale eliminazione di ogni esercizio arbitrario del potere (7). Questo consente di inscrivere la sua filosofia giuspolitica nell'ottica delle suggestioni costituzionalistiche del *Vormärz*, benché il suo pensiero di dichiarata ispirazione savigniana, ma fortemente influenzato anche da Schelling e dal luteranesimo, copra una ben più ampia gamma di posizioni, che spaziano dalla questione della libertà della volontà a quella del fondamento della sovranità, fino a un'aspra critica nei confronti degli eccessi della democrazia (8). È probabilmente per questo che non solo la definizione ora citata occupa nell'opera una posizione tutt'altro che centrale, schiacciata com'è dall'esigenza polemica di limitarne il portato politico per evitare gli

---

Ideen von Staatswegen, also direkt, nicht weiter verwirklichen (erzwingen), als es der Rechtssphäre angehört » (STAHL, *Rechts- und Staatslehre*, II, cit., p. 137).

(7) La definizione poté essere, dunque, esplicitamente ripresa anche da autori liberali quali Otto Bähr, in *Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze* (1864), trad. it., *Lo Stato giuridico*, in *Scelta collezione delle più importanti opere moderne italiane e straniere di scienze politiche*, traduzione, prefazione e note di O. Olivieri, Torino, Utet, VII, 1891, p. 285 (che tuttavia, alle pp. 338-364, opera una profonda critica all'impianto stahliano) e Rudolf Gneist, in *Der Rechtsstaat* (1872), trad. it., *Lo stato secondo il diritto, ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, trad. di I. Artom, Bologna, Nicola Zanichelli, 1884, p. 30. Sulla declinazione del concetto di *Rechtsstaat* nella storia tedesca si vedano E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriff*, in DERS., *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1976, pp. 65-92 e I. MAUS, *Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats*, in *Der bürgerliche Rechtsstaat*, hrsg. von M. Tohidipur, Frankfurt a.M., Suhrkamp, I, 1978, pp. 13-81.

(8) Sull'intero spettro descritto dal costituzionalismo nel periodo precedente l'attività scientifica stahliana, si veda E. SCHMIDT-ABMANN, *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus. Untersuchungen zu den Vorstufen eines hermeneutischen Verfassungsdenken*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967; mentre, per un'analisi del significato storico-politico del dibattito, si veda M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* (1992), trad. it. *Storia del diritto pubblico in Germania*, Milano, Giuffrè, II, 2014, pp. 95-152.

abusi; ma è la stessa locuzione di *Rechtsstaat* a trovare un'occorrenza piuttosto sporadica nelle pagine della *Philosophie des Rechts*.

Come si rende comunque già evidente, non rende giustizia alla figura di Stahl la sua relegazione, troppe volte acriticamente ripetuta, nell'ambito del più retrivo legalismo nei confronti della corona prussiana. Egli è stato, invece, una figura eccentrica rispetto ai suoi ambienti culturali di riferimento: forse troppo filosofo per i giuristi e troppo giurista per i filosofi; sicuramente troppo legato a una dimensione religiosa per entrambi. In ragione di ciò, non si è sempre riconosciuta in lui la figura di un conservatore che, invece di rinchiudersi nel vuoto formalismo giustificazionista di molti rappresentanti ed epigoni della Scuola storica, prestava attenzione alla concretezza dei movimenti sociali che al tempo andavano dispiegandosi, mostrando una certa comprensione per i desideri di emancipazione dei borghesi e, finanche, per le sofferenze dei lavoratori. E questo, se non lo avvicina ai suoi contemporanei liberali Robert von Mohl e Lorenz von Stein, né al più giovane Otto von Gierke, consente di porre la sua dottrina sulla linea che conduce a quelle di altri pensatori sostanzialmente conservatori, come Gerber o Jellinek, che hanno insistito, in un modo o nell'altro, sull'inserimento nelle questioni di diritto pubblico dei problemi legati ai mutamenti sociali. Offrire, dunque, un quadro sistematico della complessità del pensiero stahliano dà la possibilità di fare luce su un passaggio non sempre adeguatamente compreso della storia del pensiero giusfilosofico tedesco, di modo che anche l'evoluzione complessiva del concetto di Stato di diritto possa essere più puntualmente descritta <sup>(9)</sup>.

### 1. *La personalità di Dio e la creazione dell'ordine etico.*

La dottrina giuridica di Stahl è, nonostante l'indiscutibile preparazione filosofica del suo autore, una dottrina essenzialmente antifilosofica, nel senso che essa respinge la pretesa di correggere

---

<sup>(9)</sup> La natura multiforme della recezione dell'opera di Stahl è esaurientemente illustrata in H.-J. WIEGAND, *Das Vermächtnis Friedrich Julius Stahls. Ein Beitrag zur Geschichte konservativen Rechts- und Ordnungsdenken*, Königstein/Ts., Athenäum Verlag, 1980.

logicamente o speculativamente l'irrazionalità della Rivelazione, legittimando il ragionamento solo al di sotto del riconoscimento dell'esistenza di un Dio personale. Il suo punto di partenza sta nella rilevazione del fatto che filosofia e religione sono accomunate, a differenza della conoscenza scientifico-naturale, dall'impossibilità di conferire un valore oggettivo ai propri risultati, di modo che anche i sistemi filosofici condividono la necessità di muovere da un atto di fede per rispondere, positivamente o negativamente, alla domanda riguardante l'Assoluto. Da un simile atto discendono, di conseguenza, non solo le concezioni dichiaratamente teistiche, ma anche una dottrina che, come quella di Spinoza, ha neutralizzato la personalità divina per risolverne l'esistenza in quella di una sostanza immobile e indistinta, oppure quella di Hegel, il maggior erede del panteismo, che ha risolto la realtà in un astratto movimento del pensiero che annulla dialetticamente le sue apparenti contraddizioni. Ma riconoscere l'esistenza di una superiore personalità creatrice, afferma Stahl, significa rivolgersi direttamente a un centro dell'universo che, rimanendo sempre la sostanza delle cose create, funge da *medium* per la loro conoscenza, laddove per i panteisti « tutto piuttosto si consuma in periferia, e il centro è semplicemente un'illusione »<sup>(10)</sup>. Un'illusione, oltretutto, che in Hegel viene spinta fino alla pretesa di conoscere concettualmente l'Assoluto, dimenticando che esso può esistere solo in un eterno presente, opposto alla successione temporale in cui gli uomini irrimediabilmente vivono e fanno esperienza; circostanza che rappresenta

il più decisivo limite del conoscere umano e il motivo dell'irrisolubilità di tutta una serie di problemi, ad esempio dell'incompatibilità della prescienza divina con la libertà umana<sup>(11)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> « Nach jener Anschauung zerfährt vielmehr Alles in Peripherie, und das Centrum ist ein bloß Scheinbares » (STAHL, *Rechts- und Staatslehre*, I, cit., p. 13).

<sup>(11)</sup> « Dieß ist die entschiedenste Gränze menschlichen Erkennens und der Grund der Unlösbarkeit einer ganzen Reihe von Problemen, z. B. der Unvereinbarkeit der göttlichen Präscienz mit der menschlichen Freiheit » (ivi, p. 69). Come nota Henning von Arnim, Stahl intende valorizzare le apparenti contraddizioni in cui si imbatte la filosofia, giacché per lui « tutti i dualismi non sono [...] polarità, ma significano che centro e periferia, compenetrandosi reciprocamente, sono congiunti in un circolo unitario, che ha la vita al proprio interno » (*Einleitung des Herausgebers*, zu F.J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts, 1830-1837. Eine Auswahl nach der 5. Auflage* (1870),

Fondamentale, per lo sviluppo del pensiero di Stahl, è stata invece la sua familiarizzazione con la filosofia di Schelling, le cui lezioni ascoltò alla fine degli anni Venti durante il comune periodo d'insegnamento all'università di Monaco. Se è, infatti, estraneo alla complessità speculativa di Schelling il facile richiamo all'onnipotenza e all'onniscienza divine per purificare l'insostenibilità logica della Rivelazione, autenticamente schellinghiana è, invece, la scelta di scaricare l'intero peso dell'universo sull'assoluta potestà creatrice di Dio, che non procede da alcun tipo di necessità di emanazione e cui è coesenziale l'eterna possibilità di uno sviluppo difforme. Conseguentemente schellinghiane sono così anche la rilevazione dell'analogia della filosofia con la creazione artistica, nonché l'assunzione di una prospettiva storica dell'esperienza. Stahl, in verità, tenta di ridimensionare la portata di queste analogie e chiarisce:

Ciò che io [...] prendevo da *Schelling*, ciò in cui mi riconoscevo e mi riconosco ancora, è semplicemente la sua polemica contro il principio 'razionalistico' ('negativo') e la sua opposizione ad esso del principio 'spirituale' ('positivo'); e direi che nessuno potrebbe ritenere ciò un sistema filosofico <sup>(12)</sup>.

Ma questa affermazione non può non apparire riduttiva a chi confronti la sua pagina sia con gli scritti della cosiddetta 'filosofia della libertà', sia con la dottrina che Schelling venne elaborando negli anni di insegnamento a Berlino, presso la cui università fu chiamato nel 1840 insieme allo stesso Stahl <sup>(13)</sup>.

---

Tübingen, J.C.B. Mohr [Paul Siebeck], 1926, p. XVI). Un'ampia, benché piuttosto ripetitiva, analisi della rivendicata *naïveté* delle soluzioni filosofiche proposte dall'opera di Stahl è offerta da C. WIEGAND, *Über Friedrich Julius Stahl (1801-1862). Recht, Staat, Kirche*, Paderborn-München-Wien-Zürich, Ferdinand Schöningh, 1981.

<sup>(12)</sup> « Was ich [...] von *Schelling* annahm, wozu ich mich bekannte und noch bekenne, ist bloß seine Polemik gegen das „rationalistische“ („negative“) und seine Gegenüberstellung des „geschichtlichen“ („positiven“) Princips, und das wird wohl Niemand für ein philosophisches System halten » (STAHL, *Rechts- und Staatslehre*, I, 1845<sup>2</sup>, cit., p. XIII).

<sup>(13)</sup> Sul complesso rapporto di Stahl con le filosofie di Schelling e Hegel, si veda *Storia della filosofia del diritto*, cit., pp. 414-567. Come afferma Gerhard Masur, « Stahl ha dimenticato di dire che solo da Schelling ha ricevuto i mezzi filosofici per rendere valide in maniera autonoma le sue concezioni positive di fondo e condurre la sua lotta contro Hegel nel campo della filosofia » (*Friedrich Julius Stahl. Aufstieg und Entfaltung*,

La creazione divina, nella misura in cui di essa è lecito parlare con parole umane, appare a Stahl come la scelta originaria e infinita, cioè come un inizio assoluto cui non ha presieduto nessuna necessità morale, giacché è stato questo stesso atto iniziale a porre, *in modo del tutto arbitrario, benché per l'eternità*, la distinzione tra giustizia e ingiustizia. Parlare, quindi, di 'necessità divina' può esclusivamente descrivere il fatto che Dio resta incessantemente fedele alla sua essenza di amore, giustizia e saggezza, con la quale non solo pone ciò che è necessario e conforme alla legge, sia dal punto di vista naturale sia da quello morale, ma statuisce i concetti stessi di necessità e conformità alla legge <sup>(14)</sup>. La necessità divina è, in definitiva, la possibilità di prevedere che la creazione e le sue leggi rimarranno sempre identiche nel tempo, in quanto espressione dell'immutabile, poiché già da sempre perfetta, volontà creatrice di Dio, laddove la libertà è ciò che rende possibile la varietà del mondo creato. In questo modo, per Stahl, l'idea di Provvidenza esprime « il bisogno pratico di salvare il valore del positivo, del concreto e dell'individuale, cioè il valore dei fatti » <sup>(15)</sup> — secondo il senso della filosofia positiva schellinghiana —, senza, allo stesso tempo, dimenticare che gli elementi singoli della creazione si inseriscono in un piano riguardante l'intero genere umano, il quale d'altra parte, come aveva visto Aristotele <sup>(16)</sup>, si manifesta già in origine segnato da alcune fondamentali relazioni vitali e dagli istituti giuridico-morali ad esse corrispondenti:

---

Berlin, Verlag von E.S. Mittler & Sohn, 1930, p. 107), laddove in un primo momento aveva potuto rifiutare la filosofia hegeliana solo per motivazioni identitarie, cioè per non rinnegare la posizione intellettuale e ideologica presa a diciotto anni con la sua conversione dall'ebraismo al luteranesimo. Per ciò che riguarda, invece, l'opinione di Schelling su Stahl, basta rinviare alle parole sprezzanti dedicategli in una lettera a Dorfmueller del 13 dicembre 1840, riportata in *Aus Schellings Leben. In Briefen*, hrsg. von G.L. Plitt, Leipzig, S. Hirzel, III, 1870, pp. 160-161.

<sup>(14)</sup> Un possibile fondamento di questa posizione può essere rinvenuto in F.W.J. SCHELLING, *Ricerche filosofiche sull'essenza della libertà umana e gli oggetti che vi sono connessi*, in Id., *Scritti sulla filosofia, la religione, la libertà*, a cura di L. Pareyson, Milano, Mursia, 1990, p. 123.

<sup>(15)</sup> « Es bewegt uns dazu das praktische Bedürfnis: den Werth des Positiven, Konkreten, Individuellen, den Werth der Tatsachen zu retten » (STAHL, *Rechts- und Staatslehre*, I, cit., p. 38).

<sup>(16)</sup> Cfr. STAHL, *Storia della filosofia del diritto*, cit., pp. 16-33.

il bisogno dei beni e la proprietà — il dualismo dei sessi e il matrimonio — la divisione del lavoro e i ceti — la comunità nazionale e lo Stato — la comunità dei servitori di Dio e la Chiesa (17).

Esiste, dunque, un ethos dell'intero genere umano, che Stahl chiama anche 'condizione comune' e 'mondo etico', che si manifesta già a partire dalla costituzione naturale degli uomini. Al di là della dichiarata adesione dell'autore a un giuspositivismo di matrice storicista, una simile concezione lascia concludere per l'esistenza di un sostrato giusnaturalista della dottrina stahliana, sebbene di matrice volontaristico-naturalistica e dunque opposto al razionalismo di origine tomista e groziana (18). L'approssimazione teleologica al Regno di Dio rappresenta in questo senso, per Stahl, il riconoscimento dell'«intima necessità del Bene» (19) infusa nell'uomo nell'atto della creazione, ossia della progressiva purificazione della libertà umana dalle inclinazioni proprie del semplice arbitrio, in vista del raggiungimento di uno stato in cui «la volontà moralmente libera ha sempre il potere fisico di fare il male e la coscienza di averlo, sebbene lo escluda eternamente proprio come volere» (20). La contrapposizione tra l'onnipotente volontà di Dio e la libertà umana si risolve, di conseguenza, in una concezione per cui

la volontà umana è determinata dalla disposizione di Dio, che le assegna doti, giudizio e immediata possibilità d'azione, fino al più intimo momento della decisione, al sì e al no, e solo quest'ultima estrema affermazione o negazione è ciò che realmente è proprio dell'uomo (21).

Stahl lascia così da parte la classica dottrina protestante della

---

(17) «Bedürfniß der Güter und Eigenthum — Dualismus der Geschlechter und Ehe — Theilung des Berufes und Stände — nationale Gemeinschaft und Staat — gottesdienstliche Gemeinschaft und Kirche» (STAHL, *Rechts- und Staatslehre*, I, cit., p. 77).

(18) Cfr. STAHL, *Storia della filosofia del diritto*, cit., pp. 274-313.

(19) «Die innere Nothwendigkeit des Guten» (STAHL, *Rechts- und Staatslehre*, I, cit., p. 121).

(20) «Der sittlich freie Wille hat immer die physische Macht des Bösen und das Bewußtseyen derselben, wenn er es gleich eben als Wille ewig ausschließt» (ivi, p. 118 n).

(21) «Der menschliche Wille ist durch die göttliche Fügung, die ihm Gaben, Einsicht, augenblickliche Einwirkung zuteilt, bestimmt, bis auf einen innersten Punkt der Entscheidung, auf das Ja und Nein, und nur diese letzte äusserste Bejahung oder Verneinung ist das wirklich Selbsteigne des Menschen» (ivi, p. 127).

predestinazione, che implicherebbe, peraltro, un grave pregiudizio per la stessa imputazione giuridica. Come è stato notato,

la messa in relazione della 'volontà' degli individui 'che è libera' con la sua realizzazione nei momenti della 'moralità', che Hegel compie in maniera dialettica, Stahl cerca di realizzarla come connessione politicamente strutturata tra uomo e mondo al di sotto dell'idea di Dio usata in maniera regolativa (22).

Questo, tuttavia, non vuol dire che Stahl si avvicini alla dottrina cattolica del libero arbitrio, né a quella protestante del sinergismo, cioè all'idea della collaborazione tra Dio e uomo per la salvezza di quest'ultimo; a meno che di esso non si assuma l'interpretazione di Adolf von Harleß, teologo cui Stahl fu molto vicino nei suoi anni d'insegnamento a Erlangen, secondo cui la santificazione sarebbe un dono della Grazia divina, mentre la caduta sarebbe solo colpa dell'uomo (23). Una tale interpretazione, pur nella sua sostanziale oscurità, renderebbe concepibile il principio dell'imputabilità morale e giuridica, giacché consentirebbe di parlare, anziché di un'ontologica 'mancanza di libertà' del soggetto, di una 'non libertà' di cui egli si renderebbe colpevole seguendo le proprie inclinazioni (24).

## 2. Tra giusnaturalismo e giuspositivismo.

Etica e diritto cooperano, secondo Stahl, all'instaurazione dell'unico significato divino della giustizia. L'etica può essere contemporaneamente intesa in due sensi coordinati: come etica della

(22) C. WIEGAND, *Über Friedrich Julius Stahl*, cit., p. 74.

(23) Cfr. STAHL, *Rechts- und Staatslehre*, I, cit., pp. 135-136 n.

(24) Chiara appare l'analogia di questa dottrina con quella espressa in F.W.J. SCHELLING, *Filosofia e religione*, in ID., *Scritti sulla filosofia, la religione, la libertà*, cit., p. 54. Sulla discussione di queste problematiche nell'ambiente intellettuale di Erlangen nei periodi in cui Stahl vi fu studente e docente, si veda MASUR, *Friedrich Julius Stahl*, cit., pp. 62-69 e 251-264. Rispetto alla questione della conciliabilità di cristianesimo e diritto, Dieter Grosser nota che Stahl, già alla fine del primo volume, «aveva cercato di dimostrare che il problema della filosofia del diritto non poteva essere risolto senza la personalità di Dio, ma avrebbe dovuto anche dimostrare che non era risolubile senza il peccato originale, la riconciliazione e la trinità» (*Grundlagen und Struktur der Staatslehre Friedrich Julius Stahls*, Köln-Opladen, Westdeutscher Verlag, 1963, p. 24).

comunità — il già descritto *ethos* comune — e come etica individuale, più propriamente chiamata morale. Per gli individui tuttavia, in quanto entità empiriche ontologicamente imperfette, continua a sussistere la possibilità di crearsi un proprio ideale personale che collide con gli adempimenti prescritti alla morale in conformità all'*ethos* comune, e risulta, di conseguenza, necessario immaginare per le istituzioni del mondo etico un potere coercitivo per il ristabilimento dell'equilibrio eventualmente infranto. Questo potere deve essere tale da lasciare libera l'individualità

e sanzionare direttamente ciò che al singolo è vietato dalla sua legge etica (dalla morale): ciò che è amorale, egoista. In questa forma della condizione empirica la legge è [...] l'*ethos* obiettivo [...] — *il diritto* <sup>(25)</sup>.

Si afferma così, con un linguaggio che presenta evidenti echi hegeliani, che il diritto è un'istanza empirica di mediazione tra l'etica della comunità e la morale, e in questo senso deve distinguersi da entrambe.

Nell'ottica di Stahl, quindi, Dio, instaurando la morale e il diritto, suscita i due fenomeni distinti ma paralleli tramite i quali si esprime il suo piano unitario di creazione di un mondo etico, sancendo, allo stesso tempo, la legittimità delle due istanze di giudizio — la coscienza, da una parte, e i tribunali civile ed ecclesiastico, dall'altra — preposte a far valere la legge di giustizia che gli è coesenziale. Ne deriva che il diritto può essere descritto come un *ethos nazionale*, cioè come « la vocazione del popolo [...] in relazione alla *durevole forma di vita* che l'ordine del mondo divino deve mantenere nel genere umano » <sup>(26)</sup>, intendendo con ciò che le varie articolazioni del diritto vigente in una particolare comunità non dovrebbero far altro che rappresentare la traduzione empirica dei fondamenti e dei principi naturali che il mondo morale prescrive

---

<sup>(25)</sup> « Sie muß das freigeben und sanktioniren, was das Sittengesetz des Einzelnen (die Moral) ihm geradezu verbietet: das Unsittliche, Selbstsüchtige. In dieser Gestalt des empirischen Zustandes ist das Gesetz [...] das objective Ethos [...] — *das Recht* » (STAHL, *Rechts- und Staatslehre*, I, cit., p. 144).

<sup>(26)</sup> « Das Recht ist [...] der Beruf des Volkes [...] in Beziehung auf die *dauernde Lebensgestaltung*, die da Gottes Weltordnung im menschlichen Geschlecht erhalten soll » (ivi, p. 196).

all'intero genere umano, in una felice commistione tra un comandamento etico e un obbligo fisico.

Questa interpretazione porta ovviamente con sé anche delle conseguenze in relazione alla questione dei diritti individuali. Se, infatti, la libertà viene in generale intesa come libertà di fare necessariamente il bene, gli atti di volontà su cui si fonda l'ordinamento giuridico non possono assolutamente essere ispirati alle inclinazioni personali degli individui, ma sono improntati al rispetto delle basi naturali del singolo e della nazione cui egli appartiene, nonché ai giusti costumi che ad esse si legano. Si può così affermare che

ognuno ha [...], in forza della sua libertà, un diritto [...] a che siano mantenute la famiglia nella sua forma etica, la Chiesa nella purezza della sua fede e l'intera vita pubblica secondo disciplina e onorabilità, in vista dell'esaltazione di Dio. Non il divieto e la punizione del pubblico disonore, della blasfemia e del libero scioglimento del matrimonio sono, perciò, una violazione della libertà, bensì il fatto che siano permessi <sup>(27)</sup>.

Come si vede, non si parla affatto di diritti individuali, ma solo

---

(27) «Es hat [...] jeder kraft seiner Freiheit ein Recht darauf, daß [...] die Familie in ihrer sittlichen Gestalt, die Kirche in ihrer Glaubensreinheit, das ganze öffentliche Leben in Zucht und Ehrbarkeit und zur Verherrlichung Gottes erhalten bleibe. Eine Verletzung der Freiheit ist darum nicht das Verbot und die Ahndung öffentlicher Unehrlbarkeit, Gotteslästerung, beliebiger Ehescheidung, sondern deren Gestattung» (ivi, p. 326). Interessante, a questo proposito, il paragone operato da Gerhard Masur tra la posizione di Stahl e quella di Kierkegaard. Stahl critica Hegel a partire da un'interpretazione individualista della religione simile a quella del filosofo danese, ma, allo stesso tempo, «supera l'arbitrio della soggettività e dell'individuo includendolo tra i dati sociali della famiglia e della società, della stirpe e della nazione, e riconoscendo l'unità delle generazioni e dei tempi, onorando la storia come un'unità di ordine superiore. Stahl supera Hegel solo riconoscendo la sua verità e assumendo in pieno, se non i presupposti, almeno i risultati di Hegel» (MASUR, *Friedrich Julius Stahl*, cit., pp. 131-32). E, di conseguenza, anche il rapporto dello Stato con la religione, come sottolinea Christian Wiegand, assume una curvatura particolare, in quanto «il cristianesimo appare essenzialmente come 'religione di Stato' in base al punto di vista funzionale dell'unità essenzialmente politico-statale della coscienza dei cittadini, e solo in maniera inferiore in base al punto di vista specificamente cristiano dell'annuncio del Redentore. In questo funzionalismo politico-statale della dottrina cristiana [...] la relazione di Stahl con [l'idea di *religion civile* sostenuta da] *Rousseau* si manifesta più stretta di quanto la pretesa distanza voglia concedere» (*Über Friedrich Julius Stahl*, cit., p. 131).

di diritti dell'individuo quale membro di un particolare sistema sociale, al di là di tutte le opinioni che egli possa avere rispetto ad essi. Non sono gli individui, si può quasi affermare, a poter pretendere dei diritti dalla comunità, ma è la comunità a doverli imporre loro, anche contro la loro volontà, per la difesa della loro natura morale.

Il diritto, tuttavia, in ragione del suo statuto empirico, possiede anche la naturale tendenza a tramutarsi in una sorta di potere esterno, rigido e non manipolabile, cioè di assumere le caratteristiche di un'astratta istanza tradizionale incapace di seguire i cambiamenti della morale, arrivando a porsi in contrasto con la giustizia del caso singolo. Si può parlare, a questo proposito, di uno scadimento dell'ethos oggettivo a mero diritto materiale, in conseguenza del quale anche la morale perde la sua sicurezza, vedendo allontanarsi l'obiettivo dell'«evoluzione del mondo etico secondo entrambi i suoi lati, quello dell'individuo e quello del tutto» (28). Questo isterilimento del diritto, è però importante notare, non rappresenta un'escrabiabile eccezione propria di complessi sociali degenerati, ma delinea, al contrario, un processo del tutto conforme alla strutturale imperfezione delle società umane. Il diritto materiale appare, infatti, in diretta correlazione con i concreti rapporti degli individui in ogni società e mostra l'irriducibile componente di male che giace al loro fondo. Fenomeni come la maledizione del lavoro, l'abisso che corre tra un cetto e l'altro, la povertà, sono tutte situazioni che il diritto ineluttabilmente crea, mantiene e sanziona, e rappresentano condizioni che certamente

nessuno, e tanto meno la nostra epoca, può ritenere corrispondenti all'idea dell'esistenza comunitaria degli uomini, ma che, tuttavia, nessuna saggezza umana è in grado di bandire completamente (29).

Solo il ricorso a una vera teocrazia, cioè a un diretto governo da parte di Dio, e non di un clero o di principi autonomatisati suoi

---

(28) «Eine Entfaltung der sittlichen Welt nach ihren beiden Seiten des Individuums und des Ganzen» (STAHL, *Rechts- und Staatslehre*, I, cit., p. 145).

(29) «Zustände, die Niemand, und unser Zeitalter am wenigstens, für solche halten kann, welche der Idee menschlichen Gemeindaseyns entsprechen, und die dennoch keine menschliche Weisheit völlig zu verbannen im Stande ist» (ivi, p. 146).

vicari, potrebbe rappresentare un corretto superamento delle ingiustizie degli Stati empirici terrestri <sup>(30)</sup>. Ciò nondimeno, lo Stato civile, quale si andava affermando nei territori tedeschi, poteva essere comunque inteso come una via mediana tra il regno della natura e quello di Dio, giacché, realizzandosi nelle azioni di esseri dotati di personalità, dimostrava una natura fondamentalmente etica, sebbene fosse solo un regno della legge esteriore, costitutivamente esposto alla possibilità di tradire lo spirito delle leggi che aveva il compito di rendere valide. Così Stahl si avvicina Lutero nel concedere allo Stato un compito autonomo nel piano divino, e tuttavia va ancora più in là della sua posizione, arrivando a introdurre lo Stato tra le strutture eterne dell'ordine della creazione <sup>(31)</sup>.

In sintesi, quello descritto da Stahl è un sistema piramidale che

---

<sup>(30)</sup> Come aveva sostenuto Schelling, « lo stato è, per parlare chiaramente, una conseguenza della maledizione che grava sull'umanità. L'uomo, non potendo avere Dio come propria unità, deve assoggettarsi a un'unità fisica » (*Lezioni di Stoccarda*, in *Id., Scritti sulla filosofia, la religione, la libertà*, cit., p. 174). Questo punto è maggiormente sviluppato da Schelling nei suoi anni berlinesi, in cui è del tutto evidente la vicinanza di prospettive con Stahl per ciò che riguarda la natura umana dello Stato e il suo dovere di riconoscere l'ontologica diversità degli uomini, la predilezione per una monarchia costituzionalmente 'temperata' e il rifiuto di un diritto di resistenza dei sudditi (cfr. *Introduzione filosofica alla filosofia della mitologia*, a cura di L. Lotito, Milano, Bompiani, 2002, pp. 549-583). Per una ricostruzione della frammentaria filosofia del diritto schellinghiana, si vedano A. HOLLERBACH, *Der Rechtsgedanke bei Schelling. Quellenstudien zu seiner Rechts- und Staatsphilosophie*, Frankfurt a.M., Klostermann, 1957; e P. SAVARESE, *Schelling filosofo del diritto. Introduzione alla lettura e commento di testi fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1996.

<sup>(31)</sup> Cfr. GROSSER, *Grundlagen und Struktur*, cit., pp. 55-56. Come notava polemicamente Bluntschli, qui « la dottrina cattolica della santità dell'ufficio sacerdotale, che nasconde la mancanza di santità del sacerdote, viene trasformata in un dogma politico, che è forse adatto per un'ottusa nazione di barbari, ma non per i moderni europei » (*Friedrich Julius Stahl*, in *Deutsches Staats-Wörterbuch*, hrsg. von J.C. Bluntschli und K. Brater, Stuttgart-Leipzig, Expedition des Staats-Wörterbuchs, X, 1867, p. 160). Sull'influenza che il cattolicesimo ha avuto su Stahl nelle questioni politiche e, particolarmente, in quelle di politica ecclesiastica si veda MASUR, *Friedrich Julius Stahl*, cit., pp. 297-330, che tuttavia, alle pp. 187-200 e 228-235, sottolinea l'assunzione stahliana della concezione 'laica' del potere propria del luteranesimo, discutendo le differenze e le analogie con la dottrina sullo Stato luterano. Su questo si veda anche la raccolta stahliana di conferenze *Der Protestantismus als politisches Prinzip. Vorträge auf Veranstaltung des evangelischen Vereins für kirchliche Zwecke zu Berlin im März 1853 gehalten*, Berlin, Verlag von Wilhelm Schultze, 1853.

ha come vertici Dio e il suo Regno ultramondano; è cioè una sorta di panenteismo per il quale ogni fenomeno è in qualche modo conforme alla natura divina, ma nulla, a parte la personalità di Dio stesso, lo è in maniera perfetta. Viene, dunque, sviluppata una visione che « non è [...] teocratica, e però è teocentrica, nella misura in cui la sua prospettiva si perfeziona secondo l'idea cristiana del Regno di Dio » (32).

In questo senso, come si afferma anche nel testo chiave del luteranesimo, la paolina *Epistola ai Romani*, Dio è l'istanza cui si deve incondizionata obbedienza, ma, essendo anche la fonte da cui i poteri mondani traggono la loro legittimazione, funge da garanzia dell'obbligo di obbedire anche ad essi, nonostante la loro insanabile insufficienza e la loro eventuale arbitrarietà. Il diritto umano non è diritto divino, ma viene comunque interpretato come un diritto che Dio, nel suo essere al contempo e irrazionalmente la medesima e un'altra cosa rispetto all'umanità, ha fatto sì che si propagasse tra gli uomini, presentandosi come un appello alla loro — altrettanto irrazionale — libertà (33). Si può pertanto legittimamente cogliere, accanto al già descritto sottofondo giusnaturalista, anche un significato giuspositivistico della filosofia di Stahl, coordinato con una profonda critica dell'astoricità propria del diritto naturale, a maggior ragione se inteso grozianamente come un insieme di principi razionali astratti che si elevano al di sopra degli stessi decreti divini.

Il giusnaturalismo moderno, in qualità di declinazione giuri-

---

(32) MASUR, *Friedrich Julius Stahl*, cit., p. 326.

(33) Correttamente sostiene Erich Kaufmann che Stahl offre « una fondazione dello Stato teistica e non teocratica che si dà necessariamente a partire dai principi della filosofia dell'irrazionalità » (*Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzipes. Einleitung; die historischen und philosophischen Grundlagen*, Leipzig, Druck von Oskar Brandstetter, 1906, p. 95). Come è stato notato, questa suggestione veterotestamentaria della centralità della Legge al di sotto di un Dio onnipotente costituisce la prova del fatto che Stahl, nipote del capo della comunità ebraica monachese, « è stato influenzato dalle componenti ebraiche del cristianesimo in maniera molto più potente che da quelle ellenistiche » (E. LANDSBERG, *Stahl: Friedrich Julius*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, Leipzig, Verlag Duncker & Humblot, XXXV, 1893, p. 395). Da questa sottolineatura muove anche Johannes Heckel in *Der Einbruch des jüdischen Geistes in das Deutsche Staats- und Kirchenrecht durch Friedrich Julius Stahl*, in « *Historische Zeitschrift* », 155 (1937), pp. 506-541, esempio privilegiato della ricezione di Stahl in epoca nazional-socialista.

dica del razionalismo di origine spinoziana, può essere così in primo luogo accusato, secondo Stahl, di sostenere una dottrina atomizzante nei confronti dei membri della società, giacché la ragione, pur essendo universale, è sempre la ragione di uomini singoli. Se si prende, oltretutto, in questione una delle idee centrali del giusnaturalismo, quella del contratto sociale, ci si rende conto che, in base ad essa, i membri di una società sono costretti a interrogarsi sulla loro natura di individui originariamente isolati, finendo per interpretare la loro intrinseca dimensione sociale solo come un artificio intellettuale.

In secondo luogo, aggiunge Stahl, i principi vuoti ed inerti del diritto naturale non potrebbero non aver bisogno di una fondazione storico-empirica, che non solo presiederebbe alla loro concreta definizione, ma che è ciò che unicamente consentirebbe la loro azione nella realtà politica e giuridica. L'opera di specificazione e individualizzazione propria di fenomeni giuridici fondamentali come il diritto soggettivo, l'obbligazione o l'autorizzazione — in cui si esprime in maniera privilegiata la dimensione di libertà intrinseca al diritto —, non può infatti trovare fondamento in una semplice illazione logica a partire dalla generalità di alcuni concetti, che sarebbe per parte sua in grado di determinare solo rapporti di necessità<sup>(34)</sup>. È, d'altra parte, il richiamo a valori astratti ciò che fa sentire alcuni giudici legittimati ad abusare della propria discrezionalità e a pronunciare sentenze *praeter legem* o, addirittura, *contra legem*, credendo di portare avanti una lotta per il trionfo dell'ordine divino su quello umano, ma gettando in realtà un primo seme della sedizione e della rovina della comunità. Tali giudici non comprendono, infatti, come nel diritto positivo arda, benché alle volte in lontananza, la fiamma del più autentico diritto divino e come, di conseguenza, l'autorità riconosciuta da una legge sia sempre incontestabilmente un'autorità legittimata da Dio.

---

<sup>(34)</sup> Cfr. STAHL, *Storia della filosofia del diritto*, cit., pp. 120-176. Su questo ha posto l'attenzione Ingeborg Maus che, sottolineando come in Stahl al rifiuto del giusnaturalismo si coordini anche quello di un volontarismo positivista scollegato dal corso storico, è arrivata a sostenere che «la teoria di Stahl costituisce il pendant conservatore di alcune versioni marxiste della tesi gius-sociologica, secondo cui la voce autoritaria della legge non può nulla contro i reali rapporti sociali» (*Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats*, cit., p. 35).

Alla luce di queste precisazioni, da cui traspare una certa critica nei confronti della giurisprudenza dei concetti post-savigniana, si rende pertanto chiaro come debba intendersi la netta affermazione stahliana secondo cui « *diritto e diritto positivo* sono [...] concetti con uguale significato »<sup>(35)</sup> e perché non possa esserci spazio, al di là della sua espressione in formule giuridiche positive, neanche per un ipotetico diritto rivelato. È sostanzialmente corretta, dunque, l'analisi di Otto Volz, secondo cui

la battaglia [per il positivismo] di Stahl vale [...] solo nei confronti del 'diritto razionale' [...], non della dottrina medievale del diritto naturale correttamente intesa, che sottolinea assolutamente la necessità e il valore del diritto positivo e che vede nel 'diritto naturale' non l'essenza di regole giuridiche dedotte logicamente [...] ma solo [...] il [...] criterio per decidere sulla validità del diritto positivo. Il suo principio per cui 'esiste solo il diritto positivo' [...] si differenzia perciò essenzialmente dalla tesi fondamentale del vero e proprio positivismo giuridico. Egli non nega il valore del diritto naturale sovrapositivo, ma solo la sua immediata applicabilità accanto o al posto del diritto positivo<sup>(36)</sup>.

Una simile analisi rende anche ragione del fatto che Stahl condivida in maniera pressoché totale la convinzione dell'illegittimità della disobbedienza attiva nei confronti di un diritto statuito ma ingiusto, o addirittura esplicitamente contrario ai decreti divini. Tale convinzione, che, nonostante le accuse degli avversari, nessuno dei maggiori esponenti del giuspositivismo ha mai assunto in maniera dogmatica, sembra infatti poter trovare solo origine, nella costruzione stahliana, in un principio di diritto divino-naturale — quello, appunto, dell'obbedienza incondizionata — talmente

---

<sup>(35)</sup> « *Recht und positives Recht* sind [...] gleichbedeutende Begriffe » (STAHL, *Rechts- und Staatslehre*, I, cit., p. 221).

<sup>(36)</sup> O. VOLZ, *Christentum und Positivismus. Die Grundlagen der Rechts- und Staatsauffassung Friedrich Julius Stahls*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1951, p. 119. La tesi che sottende lo scritto di Volz è, dunque, che la filosofia giuridica di Stahl si allontana dal rigido volontarismo di origine occamista, cui si ispira anche Lutero, per avvicinarsi alla filosofia tomista. Stahl, infatti, può rinvenire in quest'ultima « un'insostenibile dipendenza del volere divino da una legge pensata come non radicata in Dio, perché non ha riconosciuto che questa differenza tra santità e volontà è di natura puramente concettuale — cioè che Tommaso, esattamente come lui, rimane saldo nell'idea che 'il volere di Dio è realmente identico alla sua essenza' » (ivi, p. 50).

astratto ed elevato da essere in grado di toglier valore assoluto a ogni altro.

### 3. *La prospettiva storica.*

Queste concezioni Stahl tentò di farle valere anche nella sua attività politica, che si sviluppò principalmente in Prussia, dopo che egli nel 1840 fu chiamato presso l'università di Berlino, contestualmente all'ascesa al trono del suo estimatore Federico Guglielmo IV <sup>(37)</sup>.

Il ventennio che Stahl trascorse a Berlino fu un periodo di grande fermento politico e sociale, ancora segnato, al principio, dalla promessa, mai mantenuta, del precedente sovrano di concedere ai territori prussiani una costituzione. A tale concessione Stahl non si era mai dichiarato contrario, purché la costituzione si intendesse non nel senso 'francese' di dichiarazione di principi, ma come una mera esplicitazione della strutturazione dei poteri competenti al sovrano e agli altri organi dello Stato. I fatti avvenuti in tutta Europa nel 1848 non provocarono in Stahl un radicale mutamento di prospettiva, anche se lo resero più attento ai rischi di un'improvvisa affermazione del principio della sovranità popolare, che in Francia aveva profondamente minato la sacralità dell'investitura divina del principe. La sua opera fu così orientata a sostenere la progressiva riduzione dei già limitati diritti che il re era stato costretto a concedere ai rivoltosi con una costituzione ottriata, alla cui stesura è, d'altra parte, difficile immaginare che Stahl, futuro capo del partito conservatore alla Camera alta, non abbia in qualche modo collaborato <sup>(38)</sup>.

Parlare di Stahl come di un conservatore non può, tuttavia, voler significare che egli fosse un ottuso reazionario, interessato a difendere acriticamente i tradizionali privilegi della nobiltà — cui,

---

<sup>(37)</sup> Sulle circostanze della chiamata di Stahl a Berlino, si veda M. LENZ, *Geschichte der königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin*, Halle a.d.S., Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, 1910, II-1, pp. 512-514 e II-2, pp. 3-12.

<sup>(38)</sup> Sull'attività politica di Stahl in Prussia, si veda il documentatissimo W. FÜBL, *Professor in der Politik: Friedrich Julius Stahl (1802-1861)*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1988, che lo descrive come una figura dotata di una grande influenza sui contemporanei, in cui la difesa dei propri principi teorici si coordinava con una certa dose di realismo politico e di flessibilità.

d'altra parte, non apparteneva e non appartenne mai —, soprattutto in un periodo in cui la storia aveva dimostrato l'irrimediabile obsolescenza delle strutture proprietarie e sociali dei secoli precedenti. Egli spiega in maniera piuttosto chiara la sua posizione:

Io parto dal diritto divino all'obbedienza, dalla legittimità, dalla sovranità del principe; ma, proprio in ragione del più profondo significato di questi fondamenti di ogni continuità dello Stato, arrivo al principio statale (o costituzionale), [...] sia contro il movimento contemporaneo che persegue questi istituti solo sul terreno della sovranità popolare [...], sia contro la dottrina reazionaria che li rigetta. Io voglio l'autorità e la libertà — e certamente questo lo vogliono tutti; ma io voglio l'ordine e l'autorità non come prodotto della libertà (del volere della Nazione), ma come cose originarie che esistono prima della libertà e al di sopra di essa; e tuttavia voglio anche la libertà <sup>(39)</sup>.

Sostenere, pertanto, l'autorità divina per mezzo di quella della monarchia non significa parteggiare per un governo arbitrario o assolutistico, né voler negare ciò che di giusto la messa in discussione dell'autorità ha prodotto. D'altra parte, secondo Stahl, l'inspiegabile, benché temporaneo, successo dei moti del '48 doveva essere interpretato come un vero e proprio giudizio divino sui peccati dell'autorità, con buona pace di chi si ostinava ad attribuirlo a una semplice sottovalutazione della forza d'urto dei rivoltosi <sup>(40)</sup>.

Stahl è dunque convinto che, dopo qualunque significativa svolta della storia, nulla potrà più essere esattamente come prima, anche perché non si può ignorare come Dio stesso, in qualità di

---

<sup>(39)</sup> « Ich gehe aus vom göttlichen Recht der Obrigkeit, von der Legitimität, von der Souveränität des Fürsten; aber ich gelange gerade durch die tiefere Bedeutung dieser Fundamente alles Staatenbestandes zum staatlichen (oder konstitutionellen) Princip, [...] im Gegensatze gegen die Bewegung der Zeit, welche diese Einrichtungen nur vom Boden der Volkssouveränität [...] anstrebt, wie gegen die reaktionäre Lehre, welche sie verwirft. Ich will die Autorität *und* die Freiheit — das zwar wollen Alle; aber ich will Ordnung und Autorität nicht als Produkt der Freiheit (des Willens der Nation), sondern als ursprüngliche, die vor der Freiheit und über ihr sind, und will dennoch auch die Freiheit » (STAHL, *Rechts- und Staatslehre*, II, 1846<sup>2</sup>, cit., pp. XI-XII).

<sup>(40)</sup> Un importante documento della posizione di Stahl durante i moti del '48 è offerto dalla sua raccolta di scritti *Die Revolution und die constitutionelle Monarchie. Eine Reihe ineinbegreifender Abhandlungen*, Berlin, Verlag von Wilhelm Hertz, 1848. Su questo si veda anche F. MEINECKE, *Cosmopolitismo e Stato nazionale: studi sulla genesi dello Stato nazionale tedesco*, trad. di A. Oberdorfer, Firenze, La Nuova Italia, I, 1975, pp. 249-255.

padrone e creatore dei destini terreni, abbia con essa mostrato di voler produrre un cambiamento. Detto con significativa banalità, il difetto comune di gran parte degli scrittori controrivoluzionari sta nel fatto che

essi nel sistema rivoluzionario non riconoscono alcun motivo vero, e perciò devono ammettere di necessità che il passato basti del tutto al presente e all'avvenire; il che è falso, perché se bastasse, non sarebbe avvenuta nessuna rivoluzione <sup>(41)</sup>.

Questo tuttavia spinge Stahl, dal lato opposto, a riconoscere come impossibile anche che Dio abbia voluto rinnegare in radice i suoi decreti stratificatisi in secoli di sviluppo del mondo etico, e lo rende scettico nei confronti di ogni movimento che voglia repentinamente sovvertire i rapporti sociali della tradizione.

Come per Hegel, e ancor più per Adam Müller, lo Stato rappresenta per Stahl il centro assoluto dell'intero sistema comunitario e di tutte le sue ramificazioni <sup>(42)</sup>. Esso viene definito come « *l'unione di un popolo al di sotto di una sovranità (autorità)* » legittimata da Dio e, quindi, come

*il mondo etico* [...], cioè la formazione etico-intellettuale della comunità umana in sé stessa in base a tutte le sue condizioni, a tutti i suoi vincoli e a tutti i suoi fini, secondo quello che è il suo compito e la sua vocazione <sup>(43)</sup>.

Se Hegel, tuttavia, sottolineava in maniera astratta la natura

<sup>(41)</sup> STAHL, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 615 (traduzione lievemente modificata).

<sup>(42)</sup> Pur con alcune difformità d'impostazione, derivanti da un diverso rapporto con la dottrina kantiana, alcuni temi centrali della speculazione stahliana sono indubbiamente prefigurati nel tradizionalismo politico di origine romantica, che Müller esprime in *Die Elemente der Staatskunst* (1809), trad. parziale a cura di M. Mori, *Gli elementi dell'arte politica*, Milano, Guerini e Associati, 1989, opera in cui l'accento è posto schellinghianamente sulla dinamica compenetrazione nella scienza dello Stato tra il momento teoretico-ideale e quello pratico-reale. Per un giudizio di Stahl su Müller, si veda *Storia della filosofia del diritto*, cit., pp. 614-615; mentre sull'origine della posizione stahliana nel Romanticismo, si veda GROSSER, *Grundlagen und Struktur*, cit., pp. 5-8.

<sup>(43)</sup> « Der Staat ist [...] *der Verband eines Volkes unter einer Herrschaft (Obrigkeit)*. [...] Er ist [...] *die sittliche Welt* [...], d.i. die sittlich-veständige Gestaltung der menschlichen Gemeinschaft in ihr selbst nach allen ihren Zuständen, Banden und Zielen, wie sie ihr eigenes Werk und Beruf ist » (STAHL, *Rechts- und Staatslehre*, II, cit., p. 131).

esclusivamente etica dello Stato — e in ciò può essere rinvenuta la radice del suo assolutismo —, Stahl ritiene invece che, in conformità con l'evoluzione storica, è ormai proprio di esso

essere entrambe le cose, un regno del diritto, uno *'Stato di diritto'*, e un regno dell'etica, un'*essenza comune etica*; e ciò, in virtù della profonda unità di diritto ed etica, non rappresenta una contraddizione <sup>(44)</sup>.

È, dunque, parte dello stesso progetto divino che nello Stato si debba riconoscere un'autorità sovraordinata a tutte le altre, ma l'esercizio di questa autorità non può significare l'arbitraria messa da parte delle prerogative delle istanze e degli individui ad essa sottoposti, né che, fatte salve le necessariamente invasive facoltà dello Stato nella lotta « contro il pericolo dell'anarchia, della distruzione e della scristianizzazione » <sup>(45)</sup>, esso non abbia anche il dovere di salvaguardare i suoi membri dalla possibilità di subire sanzioni illegittime. Stahl ammette, anzi, che nessun evento storico come la Rivoluzione francese, pur nelle sue esecrabili deviazioni, ha saputo affermare in modo così lucido il fatto che sia parte dell'ordine divino il riconoscimento di diritti propri degli uomini anche al cospetto del re.

Ciò nondimeno, questo stesso risultato, che in Inghilterra è stato conseguito con gradualità, e che quindi ha una giustificazione storica, è stato instaurato in Francia da un momento all'altro, di modo che, oltre ad aver assunto una natura decisamente più instabile, è stato causa di inespugnabili peccati nei confronti della stessa autorità di Dio. È evidente l'assonanza con l'analisi critica operata da Edmund Burke nelle *Riflessioni sulla Rivoluzione in Francia*. E tuttavia, di contro al sostanziale antiprogressismo e alla fiducia nel *common sense* dell'erudito inglese <sup>(46)</sup>, Stahl preferisce rivendicare un accordo di fondo con la Scuola storica del diritto tedesca e, in particolare, con la dottrina di Savigny, di cui prende esplicitamente le difese nella polemica con Thibaut sulla codificazione. Le situa-

---

<sup>(44)</sup> « Es liegt [...] im Wesen des Staates Beides, ein Reich des Rechts, „*Rechtsstaat*“, und ein Reich der Sitte, ein *sittliches Gemeinwesen* zu seyn, und das ist nicht in Widerspruch vermöge der tieferen Einheit von Recht und Sitte » (ivi, p. 137).

<sup>(45)</sup> « Gegen die Gefahr der Anarchie, der Destruktion, der Entchristianisierung » (ivi, p. 528).

<sup>(46)</sup> Cfr. STAHL, *Storia della filosofia del diritto*, pp. 600-606.

zioni giuridiche non hanno infatti mai origine, anche secondo Stahl, dalla scelta consapevole di un uomo o di un popolo, ma sono organismi irresistibilmente prodotti dalle leggi dell'evoluzione storica, che possiedono una forza interna di adattamento e di autoconservazione. La storia di conseguenza, tanto per Savigny quanto per Stahl, è espressione di una razionalità concreta di stampo romantico, che si pone in diametrico contrasto con l'astratto razionalismo illuminista, il cui individualismo funge da anticamera al disordine democratico della sovranità popolare.

Da subito si rende evidente, tuttavia, anche l'innegabile distanza che separa i due pensatori e che va oltre il sostanziale disinteresse stahliano per la diatriba tra diritto romano e diritto germanico. In primo luogo, la concreta razionalità storica, che in Stahl, come si è visto, non è che espressione di un panenteismo provvidenzialistico, si incarna al contrario in Savigny, al di fuori di una prospettiva complessiva di senso, nella natura morale e culturale che caratterizza lo spirito di ogni singolo *Volk*. Come sottolinea Masur,

per quanto sapesse che la nascita e lo sviluppo del diritto procedono per ogni popolo in maniera particolare, Stahl pensava [...] che l'origine nazionale del diritto tanto più dovesse sparire quanto più si produceva la vera conoscenza e, con ciò, l'unità dei popoli nella storia. Alla fine la differenza si sarebbe ridotta all'inessenziale [...] e una coscienza giuridica unitaria avrebbe dominato il mondo <sup>(47)</sup>.

Ed è proprio questo disaccordo sull'orizzonte finale della speculazione che spiega una seconda differenza, relativa al fatto che Stahl, sulla base della sottolineatura della costante legittimazione divina di ogni potere politico, non può manifestare una totale diffidenza nei confronti dello Stato e del valore della legislazione prodotta dai suoi organi, laddove centrale invece appare, nella dottrina di Savigny e, in maniera ancor più marcata, negli altri rappresentanti della Scuola storica, il ruolo della scienza giuridica quale interprete privilegiata dello spirito del popolo e delle leggi nelle quali esso si concretizza, anche al di là di pronunce difformi da parte del potere politico.

---

(47) MASUR, *Friedrich Julius Stahl*, cit., p. 200.

Infine, una terza differenza può essere rilevata a proposito della riconduzione delle due dottrine all'interno del giusnaturalismo o del giuspositivismo. La Scuola storica, infatti, già a partire da Gustav Hugo, si era spesso richiamata a un positivismo relativista, in armonia con la concezione per la quale ogni popolo manifesta le sue peculiarità naturali, cui il suo apparato legislativo deve necessariamente finire per conformarsi, evitando astratti discorsi sulla giustizia. In Stahl, che si premura di sottolineare come parlare di valori storicamente determinati non significhi negare la loro temporanea assolutezza, non è possibile invece non individuare, come già detto, un sottofondo implicitamente giusnaturalista, segnato dal frequente emergere di un innegabile parallelismo tra volontà di Dio, razionalità naturale e istituti giuridici vigenti <sup>(48)</sup>.

Stahl sembra, comunque, ansioso di rivendicare la filiazione savigniana della sua dottrina, affermando di aver ripreso dal positivismo della Scuola storica il suo anticontrattualismo sia il dovere di obbedienza al sovrano al di là della violazione di ogni possibile patto. Ma, anche volendo evitare di ribadire la matrice sostanzialmente giusnaturalistica di questa posizione, in essa appare evidente un debito nei confronti dello Schelling del *Sistema dell'idealismo trascendentale*, per cui in ogni ordinamento umano, anche in quello che più sembra allontanarsi dalla legge provvidenziale, esiste una garanzia secondo cui non tutto può definitivamente essere allontanato dalla Grazia <sup>(49)</sup>. Al di là della consapevolezza di Stahl, è ancora una volta Schelling, e non Savigny, a poter offrire un supporto alla dottrina, centrale per la declinazione storicista del suo sistema, secondo cui lo Stato, « seppure nel modo più torbido, è sempre un *Regno divino-umano* » <sup>(50)</sup>.

---

<sup>(48)</sup> Aggiunge ancora Masur che un autore che, come Stahl, ritiene gli istituti giuridici iscritti, per mezzo del volere divino, nella natura, non può condividere l'orrore savigniano per la codificazione, visto che « la legislazione non è [...] un fare, secondo le incomprendimenti dei razionalisti, ma un trovare » (ivi, p. 201).

<sup>(49)</sup> Cfr. F.W.J. SCHELLING, *Sistema dell'idealismo trascendentale*, trad. di M. Losacco, Roma-Bari, Laterza, 1965, pp. 252-261.

<sup>(50)</sup> « Er ist, wenn auch in der getrübetsten Weise, immerdar ein *göttlich-menschliches Reich* » (STAHL, *Rechts- und Staatslehre*, II, cit., p. 182). Stahl descrive la sua posizione nei confronti della Scuola storica in *Storia della filosofia del diritto*, cit., pp. 616-634. Sui rapporti tra Stahl e Savigny si veda anche W. WILHELM, *Metodologia*

#### 4. *I poteri nello Stato.*

Veniamo ora, in conclusione, alle questioni inerenti all'organizzazione dello Stato immaginata da Stahl. L'autorità, egli afferma, ha due modi di agire sulla realtà: i provvedimenti generali e astratti, dotati di duratura validità — le leggi (*Gesetze*) —, e i provvedimenti temporanei e individuali, adottati nei concreti casi di urgenza — i decreti (*Verordnungen*); e chi nega al potere esecutivo la titolarità di entrambi questi modi di agire finisce per spezzare l'unità del potere del sovrano. Ciò non toglie che i maggiori fautori della dottrina della divisione dei poteri, Locke e Montesquieu, abbiano fornito un contributo fondamentale alla scienza dello Stato, mettendo in chiaro come solo la partecipazione di elementi differenti all'esercizio del potere costituisca il vero fondamento della libertà politica, oltre la quale c'è solo il dispotismo di un principe o di un'assemblea. È anche vero, però, che la suprema autorità dello Stato non può essere abbassata al rango degli altri possessori del potere, né è possibile parlare di una sorta di 'potere condiviso', giacché la forza di questo sistema sta appunto nella valorizzazione delle differenze di grado e di posizione all'interno di un sistema unitario <sup>(51)</sup>. Se si tengono fermi tali principi, si può anche riconoscere come, in base all'ideale che l'evoluzione storica ha decretato adeguato ai tempi, il re, fatte salve le prerogative che competono alla natura divina della sua investitura, non possa più apparire

come un signore *al di sopra dello Stato*, così come Dio è un signore al di sopra del suo Regno, ma come un *signore nello Stato*. [...] Egli riceve il potere dallo Stato e solo nei limiti dello Stato lo può utilizzare. Il re è posto al di sopra dello Stato, così come la testa sta al di sopra del corpo, ma anche lo Stato è

---

*giuridica nel secolo XIX*, a cura di P.L. Lucchini, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 17-72; C. WIEGAND, *Über Friedrich Julius Stahl*, cit., pp. 205-222; e J.E. TOEWS, *The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and The Ideology of the Christian German State*, in «American Journal of Comparative Law», XXXVII (1989), pp. 139-169. Più in generale, sulla centralità dell'eredità savigniana nell'intero dibattito tedesco del XIX secolo, si veda M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979.

<sup>(51)</sup> Riguardo a ciò sembra, per alcuni versi, precorrere l'opera di Stahl lo scritto di Friedrich Ancillon *Über den Geist der Staatsverfassungen und dessen Einfluß auf die Gesetzgebung*, Berlin, Duncker und Humblot, 1825.

posto al di sopra del re, così come l'intero corpo e la sua legge stanno al di sopra della testa <sup>(52)</sup>.

Questa similitudine con il corpo umano serve a Stahl a sottolineare, pur nell'orizzonte della sua prospettiva complessiva di senso, l'indispensabilità di tutti gli organi che compongono uno Stato costituzionale: il principe, il governo con i ministri, i rami del Parlamento con i loro membri, la Chiesa con il clero, le entità territoriali (città e comunità agricole) con il loro governo locale, i semplici cittadini. Da questa prospettiva, che pone Stahl sulla stessa via contemporaneamente battuta dall'organicismo di Bluntschli, Gerber e Ahrens <sup>(53)</sup>, deriva anche una particolare interpretazione del concetto di eguaglianza, che ha un'evidente assonanza con la concezione stahliana della libertà, precedentemente descritta. Se per

---

<sup>(52)</sup> « In der also ausgebildeten Monarchie erscheint [...] der König nicht als ein Herrscher *über dem Staate*, ähnlich wie Gott ein Herrscher ist über seinem Reiche, sondern als ein *Herrscher im Staate*. [...] Durch den Staat hat er die Macht, nur in der Schranke des Staates kann er sie gebrauchen. Der König ist über den Staat gesetzt, ähnlich wie das Haupt über den Leib, und so ist umgekehrt wieder der Staat über dem König, wie der ganze Leib und sein Gesetz über dem Haupte ist » (STAHL, *Rechts- und Staatslehre*, II, cit., p. 258).

<sup>(53)</sup> Il liberal-conservatore Bluntschli, la cui opera principale *Allgemeine Staatslehre* viene pubblicata in prima edizione nel 1852, dimostra in *Geschichte des allgemeinen Staatsrechts und der Politik. Seit dem sechzehnten Jahrhundert-bis zur Gegenwart*, München, Literarische-artistische Anstalt der J.G. Cotta'schen Buchhandlung, 1867, pp. 630-644, una profonda comprensione dell'opera stahliana, che, tuttavia, viene criticata con una certa asprezza in ragione del suo assolutismo di matrice teologica. Al contrario, nei fondamentali *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, la cui prima edizione è del 1865 e che concludono una riflessione iniziata nel 1852 con il breve saggio *Über öffentliche Rechte*, il conservatore e luterano osservante Gerber, cercando di delineare una dottrina puramente giuridica, rinuncia a una fondazione teologica dell'asserita centralità dello Stato e del potere del monarca, che la sua pagina sembrerebbe direttamente sollecitare. Un organicismo più vicino alla declinazione teologica stahliana sembra essere quello espresso nella sua vasta produzione da Heinrich Ahrens, che tuttavia pone al centro del suo sistema lo Stato e non il monarca e, dalla sua posizione liberale, critica in Stahl il solo apparente riconoscimento della concreta autonomia degli individui (cfr. *Naturrecht, oder Philosophie des Rechts und des Staates. Auf dem Grunde des ethischen Zusammenhanges von Recht und Cultur*, Wien, Druck & Verlag von Carl Gerold's Sohn, I, 1870<sup>o</sup>, pp. 160-166). Per la sussunzione dei tre giuristi sotto il concetto di organicismo, ci si riferisce all'interpretazione di Maurizio Fioravanti nel già citato *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*.

libertà, infatti, Stahl non intende altro che il semplice conformarsi all'unica possibilità che l'ordine divino del mondo consente legittimamente di scegliere, l'eguaglianza non significa che, in uno Stato o in un'istituzione ad esso subordinata, tutti devono poter fare tutto a proprio libito, ma solo che ognuno è uguale all'altro nel dover necessariamente seguire il comandamento della sua *Beruf*.

Eguaglianza non vuol dire, quindi, che non ci sia chi comanda e chi obbedisce, né, tanto meno, che le motivazioni che stanno alla base di una tale distinzione non possano essere in alcuni casi imperscrutabili, perché comprensibili solo per l'onniscienza divina. Ma il rispetto e la preminenza che si devono riconoscere alla nobiltà e alla cavalleria non significano né che ai loro componenti competano ingiustificati privilegi che non rientrano nell'ottica del Bene superiore dello Stato, né che non debba essere riconosciuto un certo grado di mobilità sociale. Stahl poteva, quindi, rivendicare con orgoglio:

Io non sono un difensore dello *spirito dello Junkertum*, dell'orgoglio di casta, dello spavaldo ozioso sfruttamento di una posizione guadagnata senza merito <sup>(54)</sup>;

e si limitava a sottolineare sarcasticamente che sarebbe, però, una pazzia realizzare l'eguaglianza

non semplicemente nel campo del diritto, ma anche in quello dell'etica [...], e perciò sollecitare, per legge o obbligo morale, un trattamento del tutto uguale per il 'cittadino generale' e per il 'cittadino barbiere' <sup>(55)</sup>.

---

<sup>(54)</sup> « Ich bin nicht der Schutzredner für den *Geist des Junkertums*, den Kastenstolz, den müßiggängerisch übermüthigen Verbrauch verdienstlos empfangener Stellung » (STAHL, *Rechts- und Staatslehre*, II, cit., pp. XIX-XX). Polemico rispetto a tale dichiarazione è von Mohl, in *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, Tübingen, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, I, 1860, pp. 445-447, pur riconoscendo i meriti scientifici del « suo amico » Stahl, oltre che la sua indiscussa onestà intellettuale.

<sup>(55)</sup> « Am thörichtsten war [...] das Unternehmen, diese Gleichheit nicht bloß auf dem Gebiete des Rechts, sondern auch auf dem der Sitte durchzuführen, daher durch Gesetz oder moralischen Zwang die völlig gleiche Behandlung für den „Bürger General“ und den „Bürger Barbier“ zu fordern » (STAHL, *Rechts- und Staatslehre*, I, cit., pp. 335-336). Al liberalismo, in qualità di antecedente storico-concettuale della rivoluzione e del socialismo, non può, d'altra parte, non essere riconosciuta una natura produttiva, accanto a quella distruttiva. Scrive, infatti, Stahl in maniera incontrovertibile: « Il soddisfacimento materiale e la distribuzione del soddisfacimento necessario per ogni

La costituzione cui Stahl si riferisce in maniera privilegiata è, pertanto, quella cetuale, il cui fine è il raggiungimento dell'autentica libertà politica di tutti i cittadini. Questo non significa che al popolo spetti il potere sovrano, ma solo che esso deve essere condotto ad accettare liberamente e intimamente la sublimità morale dello Stato e dei rapporti che esso fonda. La libertà, di conseguenza,

consiste nel fatto che il popolo viene governato in base ai *suoi diritti*, cioè riconoscendo determinate facoltà e una determinata sfera di indipendenza per i singoli e per il tutto <sup>(56)</sup>,

tramite la possibilità che i cittadini hanno di essere rappresentati, a livello parlamentare, in seno al governo dello Stato. Ma i soggetti di questa rappresentanza non erano per Stahl, come in

---

uomo, è una parte dell'ordine morale, ed è un dovere farlo valere specialmente nelle condizioni della più eccessiva abbondanza da un lato e dell'estrema deficienza dall'altro [...]. Mediante il liberalismo gli uomini indipendenti, i possidenti pervennero a riconoscere la loro dignità e la partecipazione che essi debbono avere nella istituzione della cosa pubblica; la teoria sociale almeno sarà un impulso, acciocché i non possidenti arrivino a conseguire la misura del soddisfacimento che loro compete. Nello stesso modo che ora è cosa impossibile, che la nobiltà tenga, a fronte della classe cittadina, lo stesso grado che occupava prima della rivoluzione, così sarà un giorno impossibile, che si lascino i fanciulli perire nelle fabbriche, gli operai soccombere al sopraccarico del lavoro, o venga abbandonato al suo destino chi ha voglia di lavorare, mettendolo nell'alternativa, o di trovar lavoro o di morir di fame. Perciò bisogna opporsi alla teoria razionalista del Diritto naturale e della rivoluzione, come alla teoria sociale materialista nel loro complesso, perché sono perverse e perniciose; ma non si possono disconoscere le verità importanti, ossia i veri motivi che esse contengono; si deve cercare di appropriare queste verità ad un concetto universale e vero del convitto umano » (*Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 361). Sulla posizione di Stahl rispetto alla questione sociale a lui contemporanea, si veda C. WIEGAND, *Über Friedrich Julius Stahl*, cit., pp. 139-145. Anche von Mohl riconosce a Stahl di essere, « quando discute della società, ingegnoso e avveduto », sebbene, « invece di riconoscere che lo Stato ha il compito di realizzare i fini della società e di migliorare la sua naturale imperfezione », veda al contrario la società « come un'aiutante subordinata dello Stato; ma con ciò rimane incomprensibile perché allora lo Stato, che già 'comprende tutte le relazioni dell'esistenza temporale', non accolga interamente in sé anche quest'ultima » (*Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften. In Monographien dargestellt*, Erlangen, Verlag von Ferdinand Enke, 1855, pp. 85-86).

<sup>(56)</sup> « Sie besteht darin, daß das Volk nach *seinen Rechten* regiert werde, d. i. in Anerkennung bestimmter Befugnisse und einer bestimmten Sphäre der Unabhängigkeit für die Einzelnen und für das Ganze » (STAHL, *Rechts- und Staatslehre*, II, cit., p. 317).

Francia e in Inghilterra, i singoli deputati eletti nei corrispondenti collegi, bensì i Ceti (o Stati) Imperiali (*Reichsstände*), anticamente diretta emanazione della nobiltà germanica presso la Dieta Imperiale, e ora, dopo la soppressione del Sacro Romano Impero e l'apertura alla borghesia della proprietà terriera, espressione di un notabilato locale nominato o eletto con suffragio ristretto e limitato. Caratteristica dei ceti nel senso moderno doveva essere, dunque, la messa da parte del loro carattere privatistico ed esclusivo *à la* Haller, e con ciò di ogni possibilità di vincolo di mandato tra rappresentante e rappresentato, nonché l'aumento della frequenza della loro convocazione. Porre l'accento su una simile interpretazione della rappresentanza cetuale significava, per Stahl,

repubblicanizzare (comunitarizzare) in un certo senso il legame sociale, che in tempi più antichi era puramente monarchico-patrimoniale in campagna e basato sull'aristocrazia ereditaria in città, e tuttavia mantenere un centro di gravità lì presso i grandi possessori fondiari, qui tanto presso le magistrature cittadine quanto presso le persone abbienti e quelle più in vista in ogni professione.

E, questa, secondo la sua opinione, poteva forse essere individuata come « la vera arte dello Stato »<sup>(57)</sup>.

Per legittimare la preordinazione dei ceti in un sistema che si pretende costituzionale, benché non democratico, Stahl ricorre a una loro spiccata idealizzazione, sostenendo che essi « sono la *vera e pura rappresentazione* [...] del popolo secondo la sua intera essenza »<sup>(58)</sup>, giacché hanno, da una parte, il vantaggio di incarnarsi in singoli individui capaci di prendere decisioni adeguate al momento, ma sono coscienti, dall'altra, di dover fare astrazione dal proprio tornaconto personale in vista dell'interesse nazionale. Tutto il contrario, pertanto, di ciò che accade in ordinamenti basati sulla sovranità popolare e sul principio democratico di maggioranza, il

---

<sup>(57)</sup> «Den sozialen Verband, der in älterer Zeit auf dem Lande rein monarchisch-patrimonial, in den Städten geburtsaristokratisch war, in gewissem Sinne zu republikanisieren (zu gemeindlichen), aber doch dort an den großen Grundbesitzern, hier sowohl an den städtischen Magistraten als an den Begüterten und den Hervorragenden in jedem Gewerbe, einen Schwerpunkt zu erhalten, das wäre vielleicht die ächte Staatskunst » (ivi, p. 130).

<sup>(58)</sup> « Die *Reichsstände* [...] sind [...] die *wahre* und *reine Darstellung* [...] des Volkes nach seinem ganzen Wesen » (ivi, p. 318).

quale non può essere, come molti sostengono, la chiave di volta dello Stato di diritto, per il semplice fatto che la sua santificazione di interessi dichiaratamente parziali, benché quantitativamente rilevanti, rappresenta « un potere del popolo non di governare lo Stato, bensì di eliminare continuamente lo Stato e di costituirlo di nuovo »<sup>(59)</sup>. È vero che anche la maggior parte dei ceti deve essere costituita tramite il voto popolare, ma ciò non avviene mai nel senso che i loro atti possano essere visti come direttamente delegati dal popolo o da esso sollecitati. Non c'è qui la finzione per cui pochi rappresentanti prendono decisioni in nome della massa, ma c'è la presa di coscienza del fatto che questa massa deve essere esclusa dalle decisioni in favore di alcune élite, che sole sono in grado di prendere le giuste decisioni che la trasformano in una totalità etica.

Delineate, in questo modo, le caratteristiche dei ceti, risulta evidente come questi ultimi possano legittimamente pretendere una certa autonomia anche nei confronti del sovrano. Stahl cerca, di conseguenza, di trovare un difficile equilibrio tra la pienezza del potere che compete all'autorità e la necessità di riconoscere ai ceti un certo potere d'intervento, giungendo a individuare, in capo alla rappresentanza territoriale, due fondamentali prerogative: la concessione dell'assenso per la promulgazione di ogni legge, senza tuttavia la possibilità di proporre emendamenti, e l'esame del bilancio dello Stato. I ceti dovrebbero, quindi, avere la facoltà di esprimere un potere vincolante sia sulle norme riguardanti la forma giuridica pubblica dello Stato, sia sulle norme riguardanti la sfera giuridica dell'individuo, come, ad esempio, quelle che hanno ad oggetto l'irrogazione di pene, i rapporti di diritto privato o i rapporti giuridici della libertà dei sudditi di fronte alla forza dello Stato. Sottratte al loro controllo sarebbero, al contrario, le norme amministrative, ossia le norme, procedenti per semplice decreto dell'autorità, che hanno ad oggetto le funzioni pubbliche nell'ambito della polizia, delle finanze, dell'esercito etc.<sup>(60)</sup>.

---

<sup>(59)</sup> « Volkssouveränität ist [...] eine Macht des Volks, nicht den Staat zu beherrschen, sondern immerfort den Staat aufzuheben und auf's Neue zu konstituieren » (ivi, p. 535).

<sup>(60)</sup> Su questa problematica fondamentale è E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des*

Come è stato sottolineato, l'evoluzione del pensiero stahliano

attesta come il principio monarchico avesse necessità, per trovare attuazione, di affiancare alla sovranità del re la 'Mitherrschaft' degli Stände. E qui la questione si complicava [...] perché la Mitherrschaft non implicava un ruolo del sovrano di *primus inter pares*: nonostante i ceti apparissero come il più efficace antidoto contro l'assolutismo, il sovrano restava il primo, colui al quale, per quanto affiancato dai rappresentanti dei ceti, che avevano il diritto di esprimere le loro valutazioni, spettava la decisione <sup>(61)</sup>.

Appare dunque, nella maniera più chiara, quello che è il principale anello debole, almeno da un punto di vista teorico, dell'intera concezione di Stahl. La questione di un eventuale conflitto tra un sovrano che, resistendo alle proteste dei ceti e dell'opinione pubblica, riesce a rimanere tetragono nella presentazione di provvedimenti legislativi invisi al parlamento, e un parlamento che non si risolve ad approvarli, non può che giungere, in un modo o nell'altro, a un'unica soluzione. I ceti infatti, essendo preordinati al bene della comunità statale, se non riescono a imporre un ripensamento al sovrano, sono obbligati a vedere incarnato tale bene nel rispetto ad oltranza della sovranità ad essi superiore. Ma, anche di fronte a un'intollerabile fronda parlamentare, resterebbe sempre a disposizione del sovrano l'assoluto arbitrio che gli conferisce la sua qualifica di potere supremo nello Stato, di cui, d'altra parte, egli può impunemente e ingiustificatamente rivestirsi in ogni frangente della sua attività, senza curarsi della legge.

Tutto l'edificio costituzionale descritto da Stahl si regge, dunque, alternativamente o sulla riprovazione dell'opinione pubblica nei confronti dell'improntitudine del sovrano, che in alcuni passi viene ottimisticamente descritta come quasi irresistibile, o sulla buona volontà del sovrano stesso. Insieme con l'asserita assoluta impossibilità di accettare qualunque forma di resistenza attiva dei sudditi, in

---

*staatsrechtlichen Positivismus*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, che si occupa di Stahl alle pp. 169-178.

<sup>(61)</sup> C. DE PASCALE, *Sovranità e ceti in Friedrich Julius Stahl*, in «Quaderni fiorentini», XIII (1984), p. 422. Documento privilegiato di queste posizioni stahliane è il fortunato pamphlet *Das monarchische Princip. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, Heidelberg, Mohr, 1845, che Stahl includerà nella seconda e nella terza edizione della *Rechts- und Staatslehre*. Su queste questioni molto puntuale è anche H. BOLDT, *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, Düsseldorf, Droste Verlag, 1975, pp. 196-215.

quanto non componibile con l'essenza sacrale della sovranità, ciò fa sì che l'intero sistema istituzionale descritto da Stahl non si configuri altrimenti, in definitiva, che come un'isola di legalità fluttuante in un mare di arbitrio <sup>(62)</sup>.

## 5. *Conclusioni.*

Se si devono trarre delle conclusioni sul posto che spetta alla dottrina di Stahl nella storia dell'evoluzione del concetto di Stato di diritto, non si possono ignorare quelli che sono i cardini della costruzione complessiva del giurista tedesco. La sua pagina, come si è tentato di rendere evidente, è del tutto soffocata dalla vincolatività di assunzioni preliminari, di natura in parte teologica e in parte politica, senza che si possa sempre comprendere con esattezza se sia la saldezza della sua professione di fede luterana a determinare il suo conservatorismo tradizionalista, o se essa serva da semplice giustificazione teorica per le richieste del suo ortodosso — almeno a parole — positivismo storicista. Comunque la si guardi, la costruzione teorica stahlina sembra avere al proprio centro un concetto di legittimità di matrice schiettamente ereditaria, che finisce per mettere in luce, anche contro le intenzioni del suo autore, una concezione privatistica e patrimonialistica del potere, del tutto sbilanciata nei confronti del 'padrone' della sovranità, per quanto lasci agli organi ad esso immediatamente subordinati un'irriducibile dose di prestigio sociale ed economico. Il fatto che Stahl rifiuti esplicitamente la prospettiva di Haller <sup>(63)</sup>, non significa, come sosteneva polemicamente Romeo Maurenbrecher, che egli abbia ceduto all'opinione dominante secondo la quale « Dio ha dato allo Stato la sovranità e al monarca il suo *esercizio* » <sup>(64)</sup>. Certo, a differenza che

---

<sup>(62)</sup> Non si può non notare come questa soluzione prefigurata da Stahl sia, in sostanza, quella assunta da Bismarck per risolvere nel 1862 il conflitto tra il sovrano e le Camere, che gli negavano risolutamente il finanziamento per la riorganizzazione dell'esercito; questo nonostante la centralità stahlina dell'investitura divina del monarca e dello Stato tenda a trasformarsi in Bismarck nel riconoscimento dell'irresistibilità della loro *Macht* (cfr. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione*, cit., pp. 234-243).

<sup>(63)</sup> Cfr. STAHL, *Storia della filosofia del diritto*, cit., pp. 606-614.

<sup>(64)</sup> R. MAURENBRECHER, *Die deutschen regierenden Fürsten und die Souveränität. Eine publicistische Abhandlung*, Frankfurt a.M., Franz Varrentrapp, 1839, p. 19 n.

nei pensatori ora citati, la supremazia politica trova in Stahl la sua giustificazione nell'idea che la natura personale di Dio non possa non riflettersi, secondo i principi che più in profondità reggono la sua concezione, nella personalità del sovrano, che in questo modo ha un dovere, prima che un diritto, al comando. Ma la sostanziale tolleranza che sembra doversi necessariamente concedere anche ai più efferati e irrazionali abusi del suo arbitrio, rende questa visione non inquadrabile nell'ottica del concetto di Stato di diritto, che proprio nella rilevazione dei limiti del potere trova la sua più essenziale ragion d'essere.

Considerata però da un altro punto di vista, la questione può assumere un aspetto differente. Se, nella prospettiva paolino-luterana, i sudditi devono esercitare la virtù della rassegnazione di fronte ai decreti della storia, in quanto decreti provvisti della sanzione divina, al sovrano non può non correre l'obbligo di esercitare la propria supremazia con moderazione e col rispetto delle specificità in cui si articola la vita sociale e politica dello Stato. Stahl afferma, d'altra parte, esplicitamente che, se Dio non apprezza la ribellione dei sudditi all'autorità, che non è altro che una ribellione nei suoi confronti, non apprezza neanche il condursi di un governo come una tirannia; ed aggiunge anzi che, se non è raro che Dio si serva dell'arbitrio di un sovrano per punire popoli rivoluzionari, non è neanche raro che, come è accaduto per i moti del '48, si serva di sollevazioni popolari per punire sovrani ormai privi di freni.

Si può, dunque, concludere che per Stahl non è mai possibile parlare di Stato di diritto *ex parte populi* e neanche — sia concessa l'espressione — *ex parte ordinum*, cioè nell'ottica della rivendicazione assoluta di diritti nei confronti del sovrano, in quanto ciò potrebbe suonare come un'insostenibile legittimazione al peccato della disobbedienza. Tuttavia, quello di costruire uno Stato giuridicamente strutturato, cioè uno Stato in cui ogni procedura si svolge in armonia con il rigido dettato di una Costituzione, sembra rappresentare *ex parte principis* un vero e proprio precetto morale e religioso, la cui violazione, spesso punita indirettamente anche sulla terra, troverà immancabile censura nell'Aldilà.

In questa contrapposizione si sostanziano, al contempo, l'arretratezza e il progressismo del pensiero di Stahl, che consentono infine di descrivere puntualmente il posto che sembra spettargli nella

storia della filosofia giuridica europea: al confine tra i rassicuranti fulgori dell'assolutismo al tramonto e i seducenti bagliori dell'alba del costituzionalismo moderno.

*La dimensione giuridica*



MAURIZIO FIORAVANTI

LA MAGNA CARTA  
NELLA STORIA DEL COSTITUZIONALISMO (\*)

1. La Magna Carta e il *Rule of Law*. — 2. La Magna Carta e il governo del territorio: il *Government by Agreement* e il governo limitato. — 3. *The New British Constitution*: la Magna Carta oggi.

1. *La Magna Carta e il Rule of Law*.

Il primo problema che deve affrontare lo storico che pone ad

---

(\*) Il testo che segue nasce da una serie di occasioni di discussione suscitate dalla ricorrenza degli ottocento anni della Magna Carta. La prima a Roma presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Università di Roma Tre, con una tavola rotonda sul tema « Una cultura delle libertà: Magna Carta Libertatum 1215-2015 » (Roma, 21 maggio 2015). La seconda in occasione del decimo colloquio costituzionale italo-inglese presso l'Istituto italiano di cultura di Londra sul tema « The constitutional Heritage of Magna Carta » (Londra, 8 giugno 2015). La terza come relazione al Convegno sulla Magna Carta tenuto presso l'Università di Brescia (Brescia, 2 ottobre 2015). La quarta introducendo le « Jornadas Magna Carta » presso l'Università di Siviglia (Siviglia, 12 novembre 2015). La base del testo è stata pensata e realizzata per l'occasione londinese, ma ciascuna delle occasioni nominate ha arricchito quella base con la discussione e l'incontro di studiosi di diversi paesi e di diverse tradizioni disciplinari. Tra l'altro una delle proposte che scaturiscono dal testo — forse quella che più ha fatto discutere — è quella che attiene alla riconducibilità della Magna Carta alla categoria generale dei « contratti di dominazione » o di « signoria », che interessarono diversi territori d'Europa a partire dal secolo tredicesimo, nel tempo a cavallo tra tardo medioevo e prima età moderna. Il riferimento cade soprattutto sul « Privilegio General de Aragón » del 1283 (Estudio y Edición de Esteban Sarasa Sánchez, Cortes de Aragón, 1984) e su « La Bolla d'Oro » ungherese del 1222 (disponibile anche in italiano nelle Edizioni Valdonega, Verona, 1999). In questo quadro generale europeo non si deve però trascurare le « Joyeuse Entrée » del Brabante (1356), il cui testo si trova in appendice a A. CLERICI, *Costituzionalismo, contrattualismo e diritto di resistenza nella rivolta dei Paesi Bassi (1559-1581)*, Milano, FrancoAngeli, 2004.

oggetto di una propria indagine la Magna Carta è certamente quello di operare una distinzione: tra il testo del 1215, con il significato che ad esso può e deve essere attribuito nel contesto di una società ancora in larga misura medievale e feudale, e dall'altra parte il grande mito che attorno a quel testo è stato nel tempo costruito. Il mito è stato costruito collocando la Magna Carta sul punto d'inizio di una certa vicenda destinata a svilupparsi fino nel cuore dell'età moderna e contemporanea, contrassegnata per ciò che riguarda il costituzionalismo da principi, regole e procedure ben noti per lo meno in ambito anglo-americano: *Rule of law*, *Due Process of law*, *Habeas Corpus*, *Trial by Jury*. Principi e procedure pensati per una società integralmente moderna, costruita sul presupposto del principio di uguaglianza tra i singoli individui, sulla base di un superamento ormai definitivo della antica società dei ceti e delle corporazioni. E tuttavia proprio questa società, per quanto pensata con categorie nuove, e su base rigorosamente individuale, non manca in più occasioni di ricercare nella società d'impronta medievale, con la sua fitta rete di privilegi e di particolarità, un fondamento di lungo periodo, che risale per l'appunto al tempo della Magna Carta.

La Carta viene quindi ad essere rappresentata come il primo anello di una lunga catena che si dipana nei secoli seguenti e in particolare nel diciassettesimo. Con la crisi costituzionale di metà secolo e la ripresa di equilibrio ricodificata nel *Bill of Rights* del 1689, si assiste più che mai al ruolo strategico degli « *ancient rights and liberties* ». In questa linea, sono queste « antiche » libertà a dominare la scena, a partire proprio dalla Magna Carta, nel senso che la solidità della moderna libertà civile dei singoli individui appartenenti alla civiltà borghese, e in particolare la loro richiesta di autonomia legalmente protetta, viene fondata su base storica, con riferimento alla permanente forza della tradizione inaugurata proprio con la Magna Carta, in nome di « libertà » che in origine non erano altro che sfere protette dalla crescente forza normativa del sovrano, nella dimensione del privilegio, accordato a quei baroni, a quella Chiesa, a quella città.

C'è quindi, in questa ricostruzione, un nesso di continuità tra l'affermazione e la difesa del privilegio nella antica società feudale e l'affermazione e la garanzia della moderna libertà civile, intesa come sfera riservata all'individuo, protetta da ogni arbitraria violazione. La

Magna Carta allora porrebbe le basi, proprio attraverso la difesa dei privilegi, delle città, delle corporazioni, dei baroni, per il diffondersi di una cultura del limite, del primato delle regole di garanzia, più tardi deputate a proteggere i beni essenziali dell'individuo, *liberty* e *property*. I principi, le regole e le garanzie affermate dalla Magna Carta avrebbero quindi certamente una natura originaria immediatamente connessa alla dimensione del privilegio ma nello stesso tempo sarebbero funzionali ad inaugurare la catena che nel tempo condurrà attraverso successivi passaggi alle moderne garanzie dei diritti individuali. In questa ricostruzione dunque il mito della Magna Carta si forma non per caso, ma perché quel testo del 1215 rappresenta effettivamente nelle cose, sul piano oggettivo, l'avvio di un discorso sui diritti, e sulle loro garanzie, che già nelle sue origini, legate al mondo medievale dei privilegi, pretenderebbe di contenere in sé lo sviluppo successivo, l'affermazione del moderno diritto dell'individuo.

In altre parole, ciò che si dice nella Carta, ad esempio nel suo celebre capitolo trentanovesimo, è sanzione immediata di un privilegio di stampo medievale ma anche inscindibilmente e nello stesso tempo prima affermazione di quei principi di legalità e di autonomia dal potere pubblico che saranno alla base dei *Bill of Rights* in età moderna e contemporanea. Il riferimento è qui in primo luogo alla versione anglo-americana del costituzionalismo moderno, dal *Bill* della *Glorious Revolution* del 1689 fino ai testi costituzionali della rivoluzione americana, alla stessa Dichiarazione d'Indipendenza, per approdare poi, attraverso le Costituzioni dei singoli Stati, alla Costituzione Federale americana con l'accluso *Bill* del 1791. Insomma, se di « mito » si può e si deve parlare con riferimento alla Carta del 1215, bisogna subito precisare che si tratta di un mito tutt'altro che campato in aria. Nella linea interpretativa che stiamo esponendo, fortemente orientata in senso continuistico, il mito, se proprio di « mito » si deve parlare, si è formato infatti non per caso, non artificialmente, ma per la necessità di esprimere una effettiva ed oggettiva realtà sottostante strutturata nel senso della continuità, tra antichi privilegi medievali e moderni diritti individuali.

Com'è noto, da un simile approccio alla storia del costituzionalismo è derivata anche la ben nota interpretazione, sostenuta in particolare da Charles Howard McIlwain, della rivoluzione ameri-

cana come « rivoluzione costituzionale » (1). Non si starà qui a ripetere ancora una volta l'analisi delle concordanze letterali tra singoli capitoli della Magna Carta e altrettanti articoli delle Carte costituzionali, statali e federali, della rivoluzione americana. È a tutti nota la successione storica, tante volte ripercorsa, tra capitolo trentanovesimo della Carta del 1215, Atto di *Habeas Corpus* del 1679 e molteplici testi della rivoluzione americana che in più punti riaffermano il « diritto di conoscere la natura e la causa dell'accusa ». È questo uno dei molteplici fili conduttori che in questa linea è possibile individuare all'interno di una visione complessiva che considera gli Stati Uniti nella autorevole opinione di Walter Ullmann addirittura « eredi di diritto del Medioevo europeo » (2).

Ciò nel senso di un'esperienza come quella della rivoluzione americana pienamente moderna, condotta mediante l'esercizio di un autentico potere costituente ed in nome dei diritti naturali individuali, ma che alla sua base si produsse storicamente per l'avversione nei confronti della moderna onnipotenza parlamentare, alla fine del diciottesimo secolo dominante ormai anche in Inghilterra. Ad essa si volle contrapporre una legalità di ordine superiore, una *Higher Law* espressiva di principi indisponibili da parte della legge in senso politico-parlamentare, che erano considerati tali proprio perché profondamente radicati in una storia di lungo periodo, che affondava le sue radici per l'appunto nel medioevo europeo. Non per caso gli Stati Uniti sono il luogo di origine del *Judicial Review*, del controllo di costituzionalità attraverso l'esercizio della giurisdizione. Lo sono proprio per la loro appartenenza a quell'universo culturale *British* che fonda le libertà nella storia, anche contro la moderna onnipotenza parlamentare.

A ben guardare questa ricostruzione, che potremmo definire « continuista », si fonda su un presupposto piuttosto preciso: l'assenza del concetto stesso di « antico regime », inteso — sul modello della rivoluzione francese — come complesso d'istituzioni, sociali e

---

(1) C. H. McILWAIN, *La rivoluzione americana: una interpretazione costituzionale* (1923), Bologna, 1965; di cui si veda anche, più direttamente sul nostro argomento, ID., *Due Process of Law in Magna Carta*, in « Columbia Law Review », 14 (gennaio 1914), 1, p. 27 e ss.

(2) W. ULLMANN, *Individuo e società nel medioevo* (1966), Bari, 1983.

politiche, e di regole, nel loro insieme opposte alle istituzioni ed alle regole della nuova società borghese, a base individuale, che la stessa rivoluzione intendeva far trionfare. In una parola, l'ipotesi della continuità è possibile sulla base di un vuoto, di un'assenza, in quanto cioè in questa storia del costituzionalismo manca una qualche forma di opposizione, più o meno radicale, tra « antico » e « moderno », tra la società medievale dei privilegi e la società moderna dei diritti individuali.

L'assenza di questa opposizione rinvia poi a sua volta a qualcos'altro ancora. Ciò che l'interpretazione continuista ancora più nel profondo rifiuta è la possibilità, lungo il corso della storia, di elaborare un vero e proprio momento costituente, d'individuare cioè un potere che in questo senso possa dirsi autenticamente « costituente », capace cioè di progettare *ex novo* un intero nuovo sistema politico e sociale, contro quello « antico », in concreto in nome dei diritti individuali, contro i privilegi dei ceti e delle corporazioni. L'interpretazione continuista teme anzi decisamente l'ipotesi del potere costituente perché vi ravvisa una pericolosa concentrazione di potere, l'insorgere di un momento, o di una fase, della storia in cui la società nelle sue strutture di fondo — sia essa la società feudale dei privilegi o la società moderna dei diritti individuali — è comunque esposta ad una forza che cala dall'alto, portatrice di un disegno generale dotato di pretese di carattere uniformante e prescrittivo, che come tali tendono fatalmente ad usare violenza nei confronti delle mille particolarità di cui la società si compone.

Al rifiuto del potere costituente si affianca poi il rifiuto, parallelo e del tutto conseguente, dell'altra grande invenzione della rivoluzione francese, ovvero della *volontà generale*. Come nel caso del potere costituente anche la « volontà generale » è infatti considerata espressione di un'inammissibile e pericolosa concentrazione di potere, in questo caso direttamente nelle mani del legislatore. « La legge è l'espressione della volontà generale » recitava l'articolo sesto della Dichiarazione dei diritti dell'89, ponendo i presupposti per una pericolosa sovradeterminazione del valore della legge, non più solo frutto di un potere costituito — quello legislativo, ovviamente — ma anche, e forse soprattutto, espressione di un valore — quello della « generalità » — chiamato a dominare dall'alto le particolarità sociali.

Contro questo poderoso impianto ideologico, caratterizzato dal binomio potere costituente-volontà generale, l'interpretazione che abbiamo definito « continuista » tenta di far valere il peso della storia, proprio in funzione di garanzia dei diritti. In particolar modo nella linea anglo-americana, che si fa dipartire proprio dalla Magna Carta del 1215, si ritiene che i diritti siano messi al sicuro proprio perché fondati nella storia, e perciò mai messi a disposizione di un potere politico concentrato, sia esso costituente, o anche semplicemente legislativo, ma anch'esso esercitato con pretese costituenti, in nome della poderosa volontà generale. Da qui, l'individuazione nella Magna Carta del primo anello di una catena che intende rappresentare la costituzione in primo luogo in funzione di garanzia dei diritti, con particolare riferimento alla tradizione anglo-americana: dalla Magna Carta, attraverso il *Bill of Rights* del 1689, fino al costituzionalismo della rivoluzione americana, interpretata come rivoluzione « costituzionale », animata cioè dall'ideale della garanzia dei diritti, del *Rule of Law*.

2. *La Magna Carta e il governo del territorio: il Government by Agreement e il governo limitato.*

Tuttavia, sarebbe errato ritenere che la Magna Carta sia solo una *collection of rights*, ovvero un insieme ordinato di diritti, intesi come sfere di autonomia da proteggere nei confronti di una volontà che arbitrariamente intenda violarle. Sono due in realtà — e non uno solo — i principi costituzionali di base affermati nella Magna Carta: il *Rule of law* certamente, con il suo corredo di procedure di garanzia: *Habeas Corpus*, *Trial by jury*, *Due process of law*; ma anche il *Government by Agreement*, ovvero quella speciale forma politica che caratterizzava il governo dei territori in Europa — e dunque anche in Inghilterra — nei secoli del medioevo maturo, alle soglie della prima età moderna. Sotto questo secondo profilo nella Magna Carta troviamo dunque non solo una *collection* di diritti, ma anche uno *statement of law*, ovvero il disegno del governo, del modo d'essere della cosa pubblica, del *political body*.

Il governo mediante « accordo » o « contratto » ha in effetti una dimensione europea: è quella forma di governo che è possibile reperire nella Magna Carta del 1215, nella *Bolla d'oro* ungherese del

1222, ma anche nei *Privilegi generali aragonesi* del 1283, o nella *Joyeuse Entrée* di Brabante del 1356. In un articolo del 1951 lo storico svizzero Werner Näf ha individuato in questi testi l'indicazione dei lineamenti di *un determinato modo di governo del territorio*, che con le sue caratteristiche si pone alle origini della complessa vicenda storica dello Stato moderno in Europa <sup>(3)</sup>. Una sorta di « prima fase » di quella vicenda, precedente l'assolutismo, ancora lontana dalla idea del centro da cui tutto s'irradia, cui tutto deve conformarsi. Una fase entro cui il governo del territorio si costruisce a partire da una strutturazione delle istituzioni in senso dualistico, con il Signore territoriale da una parte e le forze presenti sul territorio — siano esse baronali o feudali, o anche corporative o cittadine — dall'altra parte. Le due parti sono tra loro legate proprio dal « contratto », che Näf chiama *Herrschaftsvertrag*, ovvero contratto di dominazione, o di signoria, in tal senso rappresentabile come la norma fondamentale del territorio, che assegna al Signore stesso, e poi a ciascuna delle forze in quel territorio operanti, un ruolo determinato, fatto in senso negativo di spazi protetti e riservati, ma anche, in senso positivo, di compiti da svolgere, di doveri da adempiere. L'insieme di queste regole, di questi spazi, di questi diritti e doveri, è recepito nel « contratto », è oggetto dell'*Agreement* e rappresenta in questo senso la « costituzione » di un dato territorio, ovvero la *Law of the Land*, o altrove la *Landesverfassung* <sup>(4)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> W. NÄF, *Le prime forme dello "Stato moderno" nel basso Medioevo*, in *Lo Stato moderno*, I, *Dal Medioevo all'età moderna*, a cura di E. Rotelli e P. Schiera, Bologna, 1971, p. 51 e ss.

<sup>(4)</sup> Tutto questo deve essere collocato in un contesto più ampio, entro cui si configura il processo di modernizzazione politica e istituzionale che ha investito l'Europa a partire dalla metà del tredicesimo secolo come un processo travagliato e complesso, che non vive di una opposizione secca tra il « moderno », impersonato dal Sovrano, o dal Signore territoriale, e il « medievale », rappresentato dalle forze particolari, feudali o corporative, che si contrappongono, in nome di antichi privilegi, agli sforzi di concentrazione e razionalizzazione dei poteri pubblici sul territorio, ma piuttosto di un rapporto altalenante tra « generale » e « particolare » che spesso si solidifica in punti di equilibrio tra le forze che rappresentano l'uno e l'altro, con un ricorso ampio allo strumento del contratto e con l'obiettivo di una costruzione del governo del territorio per una via che sostanzialmente è quella pattizia. In questa prospettiva, sia consentito di rinviare al nostro contributo di sintesi: M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di Id., Bari-Roma, 2001, pp. 3-36.

In questa prospettiva, la valutazione della Magna Carta riesce finalmente ad emanciparsi dalla alternativa secca cui sembrava essere condannata: o mero documento dei rapporti di potere e dei privilegi esistenti all'interno di un contesto di stampo puramente medievale, o più che precoce affermazione del *Rule of Law*, dei diritti e delle garanzie che caratterizzeranno il tempo moderno. Né l'uno né l'altro: la Magna Carta è ben più di una semplice raccolta di diritti e di privilegi per loro natura appartenenti al tempo medievale, ma nello stesso tempo non può neppure essere qualificata come l'avvio di un discorso sui diritti e sulle loro garanzie di tipo sostanzialmente già moderno. A separarla dalla modernità provvede la fitta rete sociale e istituzionale che s'intravede essere sottostante alla Carta. Quella rete prevede tutt'altro che individui titolari di diritti. Ed anche i « diritti » che si leggono nella Carta sono per lo più attribuibili a corpose realtà collettive, dalla Chiesa alle città, dai corpi territoriali a base feudale alle corporazioni dei mercanti. La distanza che separa la società dei corpi e dei privilegi del 1215 dalla moderna società degli individui astrattamente liberi ed uguali è dunque incolumabile.

Nello stesso tempo però non si deve per questo stesso motivo considerare la Magna Carta come una semplice *collection of rights* di stampo puramente medievale. Dal modo in cui quei diritti sono trattati nella Carta è possibile estrarre e mettere in evidenza un profilo più generale, a *statement of principles* concernenti l'organizzazione della cosa pubblica, l'esercizio dei poteri sul territorio. La Magna Carta non è quindi solo *collection of rights*, ma anche *statement of law*, che come tale ha a che fare con l'organizzazione dei poteri sul territorio. Essa non è quindi solo un prontuario cui ricorrere per ottenere una più forte tutela dei propri diritti, o privilegi. Essa contiene anche la delineazione di un sistema di governo, e più precisamente gli elementi essenziali per la costruzione ed affermazione di *un governo del territorio*. Non si tratta ovviamente del « governo » che avremo successivamente, a partire dall'epoca degli Stati assoluti, quando diverrà ben più forte la presenza istituzionale di quel medesimo governo come dominio del centro sulla periferia, in nome della concezione nuova e moderna del principio di sovranità. Ma nello stesso tempo i soggetti che popolano il panorama sociale ed istituzionale del 1215 non sono più, a loro

volta, inseriti in un quadro puramente medievale, del tutto particolaristico, e tendono a divenire parti, o componenti, di un sistema di governo del territorio dotato di una nuova ampiezza e complessità. La nostra tesi è proprio questa: che la Magna Carta sia da leggere come uno dei molteplici « contratti di dominazione », o di « signoria », che caratterizzarono l'esperienza europea a partire dal dodicesimo secolo, fornendo le basi per un governo dei territori di qualità nuova. Ma quali possono essere considerati i *principles* caratterizzanti il governo del territorio?

Il primo — già richiamato — è quello del *Government by Agreement*, derivato dalla più risalente pratica del *consilium et auxilium*, ovvero dal dovere che incombeva sui magnati e sui *meliores terrae*, di prestare aiuto e sostegno al proprio Signore territoriale. Con i contratti di dominazione l'antica pratica medievale trova un nuovo significato, che è quello dell'*Agreement*, dell'accordo tra il Signore territoriale e le forze particolari agenti sul territorio medesimo, finalizzato alla cura, e alla promozione, del « bene comune », cui tutti sono chiamati a partecipare, secondo regole per lo più di origine consuetudinaria, ma che ora vengono in modo crescente messe per scritto, come nel caso della stessa Magna Carta. I parlamenti — *Cortes, Parliaments, Landtage*, Stati generali — vengono di conseguenza, come soggetti deputati a contrattare le regole, a fissarle, a promuovere le loro variazioni attraverso il consenso, il coinvolgimento di tutte le forze presenti sul territorio. Dunque, è vero che il contratto ha due parti distinte e per certi versi portatrici d'interessi contrapposti — come il re e i baroni nel caso della Magna Carta —, ma è anche vero che il contratto esiste perché le due parti hanno reperito in esso un oggetto comune, che poi in concreto è il « bene comune » del territorio, cui esse congiuntamente prestano le loro cure.

Non si deve a questo proposito citare parti distinte della Magna Carta. È tutto il testo che può e deve essere letto in questa direzione, non solo quindi come consolidamento e cristallizzazione dei poteri e dei diritti, del sovrano e delle forze particolari, ma anche, e per molti versi soprattutto, come piano di cooperazione per il governo del territorio, tra sovrano e forze particolari. E si deve essere anzi capaci di cogliere la duplicità insita nella operazione condotta in modo sottostante alla Carta: limitare la discrezionalità

del sovrano nell'esigere in via straordinaria i tributi, o nel chiamare alle armi, da una parte ribadisce il « diritto », nel senso di un dominio riservato e protetto, nel quale neppure il sovrano può penetrare, se non sulla base di certe e determinate condizioni, ma dall'altra apre la via — ad esempio quella del *magnum consilium* — all'instaurarsi di procedure di governo entro cui si costruisce nel tempo una cultura ed una pratica nuove, che hanno al proprio centro l'aspirazione ad una regolazione ragionata del governo del territorio, fondata sulla ipotesi, e sulla realtà effettiva, della collaborazione tra Signore e forze particolari. Tale duplicità caratterizza per altro tutti i contratti di dominazione, costituendo di essi anzi il carattere più peculiare, nel senso che la fissazione di regole e procedure poste a difesa delle realtà particolari ha sempre la doppia faccia, della protezione di una comunità con la sua struttura tradizionale per un verso, ma anche per altro verso della partecipazione di quella medesima comunità ai processi decisionali che vengono posti in essere dal Signore territoriale nella cura d'interessi più vasti, alla lunga destinati a prevalere, ma non con un sacrificio immediato e unilaterale delle realtà locali.

Infine, il *Government by Agreement* restituisce la Magna Carta al suo tempo storico nella sua esatta dimensione: non più puramente medievale in quanto contrassegnata da un piano di governo del territorio di qualità nuova, fondato sulla consapevolezza della necessità di operare in funzione dei bisogni collettivi, propri del territorio medesimo; ma non ancora pienamente moderna, per l'assenza del principio di sovranità inteso come principio originario, da cui far derivare le manifestazioni d'*imperium*, che sono poi le tre in cui si racchiude da sempre la qualità speciale dei poteri pubblici di coazione: il potere di giudicare, il potere di imporre i tributi, il potere di chiamare alle armi. In modo del tutto corrispondente la società sottostante alla Magna Carta è ben lungi dal poter essere assimilata alla moderna società degli individui astrattamente liberi ed uguali, è una società ancora dominata dalla logica medievale della pluralità dei corpi, territoriali e professionali, ma nello stesso tempo questa pluralità è ora governata con riferimento alla realtà collettiva e comune del territorio, mediante un piano di governo che chiama tutte le forze — quella del Signore territoriale, ma anche quelle

particolari dei ceti, delle città e delle corporazioni — ad un impegno di carattere solidale.

Il *secondo principio* che emerge dalla analisi dei contratti di dominazione, e dunque della stessa Magna Carta, è quello del *governo limitato*. Si ha cioè un governo che trova un limite preciso alla sua azione nella presenza, in posizione di supremazia, dei *principi fondamentali* che caratterizzano il diritto del territorio. Nello svolgersi della storia costituzionale europea i contratti in questione rappresentano infatti la prima occasione di definizione dei principi fondamentali su cui si basa la vita di una determinata comunità politica, e che questa medesima comunità ritiene inviolabili. L'itinerario da compiere è allora chiaro, a partire dai semplici *rights*, di volta in volta radicati nella concreta determinatezza del privilegio medievale, per approdare alla fine alla individuazione di un diritto del territorio — *the Law of the Land* — che a sua volta si caratterizza per la presenza di principi ritenuti fondamentali per la vita stessa della comunità politica. È questo un carattere comune a tutti i contratti di dominazione. Consiste nella tendenza a strutturare, entro il contratto, un nucleo che si configura come la parte più essenziale del contratto medesimo, contenente i principi che determinano l'identità sul piano storico-costituzionale di quel determinato territorio.

Questi principi sono ben visibili nel testo della Magna Carta, e possono dunque essere qui di seguito enunciati: 1) il principio della *intangibilità* delle « antiche libertà e libere consuetudini » intese come patrimonio di una città, di un borgo o di un porto (13), o delle « antiche e buone consuetudini » deputate a garantire la libertà dei commerci (41); 2) il principio della *intangibilità* della sfera personale, e del corpo stesso degli individui, con il conseguente valore primario della libertà personale, non comprimibile « se non in virtù di un legittimo giudizio di suoi pari o in applicazione della legge del paese » (39); 3) il principio del « consenso generale » (12 e 14), necessario per la legittimità della imposizione di una *tassa*, in particolare se imposta con la pretesa della straordinarietà; 4) il principio di *proporzionalità*, tra l'offesa recata con la commissione di un reato e la gravità della pena inflitta, nel senso che la seconda deve essere commisurata alla prima (20).

L'insieme di questi principi forma il « nucleo fondamentale » della costituzione del territorio: nel nostro caso, della Magna Carta. Vale cioè come indicazione di un complesso di principi, e di regole conformi, che si pongono al vertice dell'ordinamento del territorio, in una posizione di supremazia, nel senso della loro immodificabilità da parte dell'autorità politica, dei sovrani, dei parlamenti, dei governi. È da questo punto di vista che un testo come la Magna Carta s'inserisce a pieno diritto nella storia del costituzionalismo europeo: per essere uno dei primi tentativi d'individuazione della sfera dei *principi intangibili*, caratterizzanti in senso profondo l'identità di una certa comunità politica. Si deve anzi sottolineare sul piano storico questa genesi di stampo contrattuale della intangibilità. Quest'ultima non piove dal cielo, non si afferma nell'ambito di una dimensione che è altra e diversa, o magari addirittura superiore, rispetto alla realtà sociale e istituzionale. L'intangibilità nasce invece dalle cose, è semplicemente la qualità che alcuni principi devono possedere al fine di rappresentare il nocciolo duro del contratto, che rende l'accordo sottostante stabile, non occasionale. *Government by Agreement e governo limitato*, perché vincolato al rispetto dei principi fondamentali, nel senso della loro intangibilità da parte della ordinaria volontà politica, sono dunque i *due caratteri basilari* del sistema di governo del territorio che è presente nel testo della Magna Carta.

Infine, nella tessitura complessiva della Magna Carta questi due caratteri del governo, ovvero il suo esplicitarsi mediante *Agreement* e il suo arrestarsi di fronte al limite dei principi fondamentali, avrebbero dovuto essere garantiti, sorretti cioè da un meccanismo di garanzia che provvedeva a sanzionare i comportamenti, le azioni e le regole compiute ed emanate in difformità, ovvero in contrasto con i caratteri primari del governo disegnati dalla costituzione, nel nostro caso dalla Magna Carta. È questo il senso della clausola 61, una delle più note della Magna Carta. La clausola prevede l'istituzione di quello che oggi potrebbe essere definito « organo di garanzia », composto da venticinque baroni eletti tra i baroni del regno, cui viene attribuito il compito di rilevare la sussistenza di violazioni di una o più clausole della Magna Carta, e con essa l'insorgere di una minaccia concreta alla pace, alla sicurezza, ed alle libertà che la stessa Carta ha inteso stabilire. La rilevazione delle violazioni da

parte dei baroni avviene di fronte al sovrano, che è così chiamato a provvedere, ovvero a restaurare la legalità infranta; ma il procedimento previsto dalla clausola 61, nella ipotesi che il sovrano rimanga inerte, giunge fino a legalizzare l'azione materiale di resistenza, con la presa in possesso di « castelli, di terre, di possedimenti », in funzione di pressione, con lo scopo di costringere il sovrano a superare lo stato di inerzia, ed avviarsi a compiere nei fatti l'azione a lui richiesta di restaurazione delle regole violate.

Non si deve ora giudicare quanto uno strumento del genere potesse concorrere in modo efficace a garantire realmente un rimedio contro le violazioni della Magna Carta. Si deve piuttosto rilevare la presenza nel testo del 1215 di una vera e propria *clausola di garanzia*. Ciò che in sé è indice della presenza di una consapevolezza: che le clausole della Magna Carta, compresi i principi fondamentali in essa contenuti, erano fin d'allora ritenute autentiche norme giuridiche, dotate di prescrittività, ovvero della pretesa di valere in modo cogente, tanto poi da ricercare procedure sanzionatorie come quella prevista dalla clausola 61 nella ipotesi di una loro violazione. Insomma, la Magna Carta rifletteva certamente la società medievale e feudale entro cui era immersa, ma per altro verso conteneva un piano di governo di qualità nuova, procedure per la costruzione dell'accordo necessario a rendere operativo quel governo, limiti alla sua azione, nella veste di principi fondamentali caratterizzanti l'identità della comunità politica, e perfino meccanismi di garanzia, diretti a sanzionare eventuali violazioni. Procedure, limiti e garanzie trovavano spesso il loro fondamento nell'universo medievale. E tuttavia si realizzavano nel quadro complesso e nuovo del *governo del territorio*, secondo logiche che altrettanto frequentemente trascendevano la dimensione tradizionale e medievale della terra.

### 3. The New British Constitution: *la Magna Carta oggi*.

Riprendiamo ora in mano il filo conduttore del governo del territorio. I due principi che lo caratterizzano ci sono ora noti: il metodo dello *Agreement*, del consenso delle forze e dei soggetti che operano sul territorio medesimo, necessario per la legittimità di determinati atti d'*imperium* del sovrano, come l'imposizione dei tributi o la chiamata alle armi; e la limitatezza del governo, che opera

nel quadro e nei confini dati dai principi fondamentali, propri della comunità politica, e nel nostro caso espressi nella Magna Carta. I due principi, a loro volta, convergono nel suggerire la presenza di un ordine oggettivo indisponibile da parte della autorità politica. Quest'ultima non ha una volontà sovrana, potenzialmente illimitata, da esprimere. Si tratta anzi di una volontà sottoposta a condizioni e limiti, nel quadro di un sistema complessivo che prevede un piano superiore a quello occupato dal governo e dalla autorità politica: il piano su cui si trovano i principi fondamentali caratterizzati dalla *clausola della inviolabilità*. Nella redazione della Magna Carta è trasparente l'intento di fissare questi principi, in modo che essi valgano come limiti, non solo verso il sovrano, ma anche verso il parlamento stesso, non solo verso il *King*, ma anche verso il *King in Parliament*.

Quest'ultimo principio, del *King in Parliament*, è il vero principio basilare del diritto pubblico inglese. Esso esprime la necessità di tre volontà — *King, Lords e Commons* — per l'approvazione di una norma che possa dirsi legge d'Inghilterra. Le tre volontà si bilanciano. Dovendosi incontrare, sono indotte dal sistema ad orientarsi in senso moderato. Da una parte, i parlamentari, e in particolare i *Commons*, che vogliono approvare una determinata legge, sono indotti ad atteggiamenti moderati, a causa della necessità del *Royal Assent*, del voto favorevole del monarca; ma quest'ultimo, a sua volta, eserciterà il suo potere di *Assent* in senso parimenti moderato, per il timore che gli altri rami del parlamento neghino l'approvazione alla legge di bilancio, lasciando così l'esecutivo, guidato dallo stesso monarca, privo di risorse.

Così espresso il principio del *King in Parliament* appare destinato a fondare poteri moderati, tra loro bilanciati. Tuttavia, esso possiede una seconda natura, che conviene illustrare, e che ci conduce verso approdi del tutto diversi. Sul punto, una approfondita ricerca ha mostrato come il principio di sovranità del Parlamento non sia affatto nel diritto inglese un'acquisizione da ritenere recente <sup>(5)</sup>. Si sostiene, in questa prospettiva, che quel principio

---

(5) J. GOLDSWORTHY, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1999, di cui si veda anche ID., *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

abbia invece una storia secolare ben più risalente indietro nel tempo, fino ad individuarne le originarie radici medievali. E dunque, la valenza del principio del *King in Parliament* finirebbe per essere duplice: da una parte istitutiva di poteri moderati, ma dall'altra costitutiva di un potere così altamente rappresentativo dei molteplici luoghi e delle molteplici istituzioni di cui si compone il regno da essere collocato in una posizione sovrana, che nessun altro potere può sovrastare.

Dunque, l'eredità medievale è in sé duplice: eredità di poteri moderati e bilanciati da una parte, ma anche eredità imperniata sulla presenza di un Parlamento forte e autorevole dall'altra parte. Da questo secondo filone deriva il principio costituzionale della *sovranità del Parlamento*. Il principio è luogo comune incontestato nello svolgersi complessivo della costituzione britannica, ma ha la sua più pregnante definizione teorica nel primo quarto del diciannovesimo secolo nella *Introduction to the Study of the law of the Constitution* di Dicey <sup>(6)</sup>. Nelle pagine di Dicey troviamo una dottrina della sovranità del legislatore non molto lontana da quella che aveva dominato il quadro teorico della rivoluzione francese. I punti decisivi in proposito sono due: in primo luogo la presupposizione, da parte del parlamento, della esistenza di un campo di normazione indefinito, totalmente libero, coincidente al limite con la società intera, che dunque può essere oggetto di normazione da parte del legislatore in tutte le sue articolazioni; e secondariamente, come diretta conseguenza del punto precedente, una concezione della legislazione come *potestà originaria*, che ha in sé le ragioni del suo esistere ed operare, un gradino sopra gli altri poteri che a differenza del legislativo parlamentare sono tutti *derivati*, esistenti cioè in quanto previsti dalla Costituzione, che rappresenta per ciascuno di essi la necessaria *norma di attribuzione*.

Dicey mostra di aver chiaro anche un altro punto decisivo, che è dato dalla differenza con l'esperienza statunitense. L'Inghilterra, per quanto a sua volta caratterizzata in senso specifico rispetto alle altre esperienze europee, rimane infatti pur sempre entro i confini comuni dell'Europa, che sono quelli della *sovranità in senso moni-*

---

<sup>(6)</sup> A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the law of the Constitution*, London, Macmillan, 1915<sup>8</sup>.

*stico*, che si esplica cioè attraverso un potere dominante, che nella norma è proprio il legislativo; di contro agli Stati Uniti, caratterizzati da una *sovranità in senso federalistico*, che si esplica cioè attraverso la sovranità della costituzione stessa, che riduce tutti i poteri, compreso il legislativo, alla dimensione di poteri derivati. Lo stesso Dicey collega infine con grande chiarezza e lucidità il tipo statunitense all'emersione del *Judicial Review*, ad un ruolo ampio dei giudici, che si fonda infatti, in ultima analisi, proprio sulla possibilità di trattare l'atto legislativo come un qualsiasi altro atto normativo, che opera in modo legittimo se ed in quanto opera nei confini e sugli oggetti che la costituzione ha ad esso assegnato.

Ora, tutto il percorso descritto, dalla radice medievale del *King in Parliament* fino alle dottrine del diciannovesimo secolo, si svolge entro confini che sono riconducibili al concetto, e alla concreta esperienza, della *British Constitution*. Ebbene, sembra che oggi si assista a processi di trasformazione così imponenti da mettere in discussione questa grande tradizione, per lo meno nella linea che era risultata vincente e che aveva condotto ad affermare il principio di sovranità del parlamento. In altre parole, ciò che sembra scivolare verso una condizione irreversibile di crisi è il *King in Parliament* come fondamento storico della sovranità del Parlamento, ovvero della supremazia del Parlamento su ogni altro potere, come unico potere non derivato, che a differenza di ogni altro potere esiste in sé, prima della stessa Costituzione, essendo anzi esso medesimo nella sua concreta esistenza rappresentativa della complessità istituzionale e sociale del Paese la condizione primaria che in origine rende possibile lo stabilirsi della Costituzione. Lo scivolare verso una condizione irreversibile di crisi di questa idea di sovranità del Parlamento sta in effetti trasformando la *British Constitution*, costringendo tutti a rileggere il significato della sua traiettoria sul piano storico. Si creano così le condizioni per un ennesimo ritorno alle radici prime, ma sull'altro lato del *King in Parliament*, quello dei poteri limitati, e bilanciati, sottoposti alla sovranità della Costituzione; e più ancora quello che nel caso della Magna Carta si esprime attraverso l'enunciazione di alcuni *principi fondamentali*, assunti come *inviolabili*. La Costituzione come norma di limitazione dei poteri, e più ancora come norma entro cui sono definiti i principi fondamentali della comunità politica, dotati della clausola della

inviolabilità. È questo il lato della tradizione costituzionale britannica che viene oggi riscoperto, in opposizione al principio di sovranità del parlamento e in sintonia con i problemi che oggi si pongono con l'adozione dello *Human Rights Act*, del 1998.

Due parole ancora, per mettere in rilievo come l'Atto del 1998 interferisca con la vicenda storica della *British Constitution* nei suoi esiti odierni. Com'è noto, lo *Human Rights Act* ha messo in discussione uno dei caratteri più rilevanti della costituzione britannica, consistente nella sua riluttanza a proclamare in via prioritaria i diritti in forma di principi fondamentali, sui quali basare la costruzione del corpo politico. Contro la scelta di compiere la prima mossa proclamando i diritti, come in effetti si era fatto con la rivoluzione francese, la tradizione britannica faceva valere da sempre la sua inclinazione in senso storicistico, in una linea di progresso graduale, che rifuggiva dalla prospettiva razionalistica del potere costituente. Con l'adozione dello *Human Rights Act* questa tradizione viene messa in discussione, fino ad ipotizzare che essa sia in sostanza di fatto già tramontata, a favore di una vera e propria *New British Constitution* (7). Nella più recente esperienza della costituzione britannica viene infatti alla luce, al di sopra della legge ordinaria, uno strato di diritti fondamentali che precede la legge d'Inghilterra intesa come manifestazione di volontà del *King in Parliament*, e che è affidato, per la sua realizzazione e concretizzazione nel diritto positivo, al ruolo decisivo dei giudici.

È non per caso lo stesso *Human Rights Act* a disporre che le leggi britanniche debbano essere lette, interpretate e applicate in senso conforme ai diritti garantiti dalla *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*. Sono quindi i giudici, nell'ordinario esercizio della giurisdizione, a far vivere la nuova supremazia dei diritti fondamentali. Il loro ruolo si spinge, nella ipotesi che l'interpretazione in senso conforme non sia possibile a causa di una troppo radicale distanza tra le disposizioni nazionali e quelle convenzionali, fino alla emanazione di una *declaration of incompatibility* senza effetti immediati sulla validità delle norme nazionali e sul giudizio nel cui ambito è stata emessa, ma che apre tuttavia a livello del governo e del

---

(7) V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, Oxford and Portland, 2009.

parlamento un processo di adeguamento delle medesime norme alla Convenzione Europea. Il sistema qui sommariamente descritto è palesemente fondato sul netto rifiuto di un controllo di costituzionalità teso a sanzionare le norme che si ritengano incostituzionali con l'effetto dell'annullamento, da parte dei giudici. Una soluzione di questo genere sarebbe stata in troppo evidente contrasto con la tradizione britannica della sovranità del legislatore, ora messa in discussione, anche in modo radicale, dalla affermata priorità dei diritti fondamentali previsti nella Convenzione europea, ma certo non completamente abbandonata. La lesione di quella sovranità rimane però profonda, fino a far ipotizzare il sorgere nella nostra contemporaneità di una costituzione nuova, basata su presupposti che insieme concorrono a superare definitivamente la gloriosa costituzione britannica, fondata sulla sovranità del legislatore.

Anche noi riteniamo che sia in atto, nel nostro tempo, un passaggio di portata storica notevole, in direzione di una nuova costituzione. Nuova nel senso che anche in Inghilterra, come in tutta Europa, prende campo, contro la vecchia costituzione fondata sulla sovranità del legislatore, il *modello novecentesco della costituzione*, imperniato sul primato delle norme fondamentali di principio — il principio di uguaglianza prima di tutto, ma poi anche tutte le norme che disegnano i diritti fondamentali come principi fondamentali costitutivi della forma politica — da attuare per le due vie parallele della legislazione e della giurisdizione. È questo il punto decisivo, sul quale si realizza in modo evidente il contrasto con la vecchia costituzione. Consiste nella scoperta, anche in Inghilterra, della *supremazia delle norme costituzionali di principio*, in materia di diritti fondamentali individuate attraverso la Convenzione europea, e che si realizzeranno nell'ordinamento positivo prima di tutto attraverso il lavoro d'interpretazione delle norme nazionali da parte dei giudici. Alla fine, ciò che sta alla base della nuova costituzione è proprio questo ruolo forte e decisivo dei giudici, ovvero della giurisprudenza come modo di concretizzazione dei principi costituzionali, e dunque di affermazione dei diritti fondamentali in seno all'ordinamento positivo. E parallelamente, nella stessa direzione e all'interno dello stesso processo di trasformazione costituzionale, si assiste alla sempre più evidente riduzione del ruolo del legislatore, che rimane essenziale, ma senza più possedere il monopolio nella definizione e

concretizzazione dei precetti costituzionali. È qui, di fronte alla costituzione, ed a fianco della giurisdizione, che si sgretola il grande mito della sovranità del legislatore.

E la Magna Carta? Torniamo al nostro problema di fondo, per concludere. Oggi, a nostro avviso, la Magna Carta può sorprendentemente risultare un testo di notevole attualità. Infatti, trascorsa la stagione, tra Otto e primo Novecento, della sovranità del parlamento, si ripropone nei fatti il bisogno di un diverso modello di costituzione, e di governo del territorio. Con la nostra contemporaneità, che si colloca ormai oltre la stagione post-rivoluzionaria del dominio del legislatore, ritorna la convinzione che una forma politica esista non tanto perché ha un potere dominante che la impersona, quanto perché possiede dei principi fondamentali condivisi, che vengono collocati nella dimensione della *inviolabilità*, e che insieme formano il nucleo essenziale della costituzione. È quest'ultima ad essere sovrana, e non il legislatore. E non v'è dubbio che la Magna Carta, al suo tempo, sia stata proprio questo, ovvero il tentativo di costruire un sistema di governo territoriale capace di tenere insieme una pluralità di poteri, tutti dotati di prerogative riconosciute, ma anche tutti limitati, tutti inseriti in una logica di reciproco bilanciamento, e nello stesso tempo tutti compresi in un sistema che presupponeva, al suo vertice, l'esistenza di un insieme ordinato di *principi inviolabili*. In una parola, qualcosa di molto distante dal principio di sovranità che contrassegna il moderno da Hobbes a Rousseau, e insieme qualcosa che richiama alcuni caratteri del nostro tempo, che con lo strumento della costituzione tenta di ricostruire quel principio di unità politica che in modo sempre più palese non è più garantito dalla sua rappresentazione in senso potestativo, attraverso la figura del legislatore.

Possiamo ben capire che una conclusione di questo genere possa risultare a non pochi come sorprendente. Ma ciò che si può considerare « attuale » non è il testo della Carta, o tanto meno singole sue disposizioni, ma il « modello », che è quello di una Carta costituzionale a fondamento contrattuale, per molti versi meramente riproduttiva dei diritti e dei privilegi già esistenti, ma nello stesso tempo orientata a comprendere come nessun patto possa affermarsi disciplinando in concreto l'azione delle forze che lo hanno sottoscritto se non introducendovi, collocati al centro, i principi fonda-

mentali caratterizzanti quella determinata forma politica. È esattamente in questo punto, e per rispondere a questa esigenza, di stabilità del patto, che si afferma la dimensione della inviolabilità. Ben lontano quindi, e ben prima, della Rivoluzione, della messa in opera in senso rivoluzionario del potere costituente, in nome del diritto naturale e dei diritti naturali individuali. Insomma, i principi fondamentali, e con essi anche i diritti fondamentali inviolabili, dovranno certamente attendere la Rivoluzione per porsi al centro di un nuovo ordine delle cose, e dei discorsi. Ma nel senso che abbiamo indicato, pur in un contesto radicalmente diverso, c'erano anche prima, nascosti nelle pieghe dei contratti di dominazione, dei patti territoriali.

LUCA MANNORI

COSTITUZIONE.  
NOTE SULLA EMERSIONE DEL CONCETTO  
NELL'ITALIA DEL SETTECENTO

1. Prima della costituzione. — 2. 1750-1770: « costituzione » e « leggi fondamentali » nella primavera dei lumi. — 3. 1770-1790: dalla 'costituzione-struttura' alla costituzione come 'norma fondamentale'. — 4. La frattura rivoluzionaria e l'avvento della costituzione moderna. — 5. Conclusioni.

Nessun dubbio che « costituzione » corrisponda ad un concetto storico fondamentale e che quindi di esso si debbano occupare gli storici. Come per qualsiasi altro concetto, tuttavia, molto diverse sono le prospettive metodologiche da cui è possibile avvicinarlo: e due, in particolare, mi sembrano quelle che, al di là di tutte le possibili disquisizioni teoriche, si offrono ad uno storico empirico. La prima consiste nell'assumere la parola « costituzione » nel senso che essa esprime oggi (quello, in sostanza, di una legge fondamentale della convivenza politica) e nel domandarci quindi attraverso quali linguaggi e quali costrutti mentali le epoche precedenti alla nostra dessero forma agli stessi contenuti che, all'ingrosso, attualmente vi riconnettiamo. « Costituzione », in questa prospettiva, è un termine metalinguistico che serve a perimetrare un campo di ricerca — una specie di « sacco vuoto », destinato a raccogliere i vari discorsi con cui il passato ha modellato il profilo del medesimo oggetto <sup>(1)</sup>. Il

---

<sup>(1)</sup> Il metodo è ben illustrato da un contributo di Pietro Costa, che prende ad esempio la storia del concetto di cittadinanza: Pietro COSTA, *La cittadinanza: un "geschichtlicher Grundbegriff"?*, in *Sui concetti giuridici e politici della Costituzione dell'Europa*, a cura di Sandro Chignola, Giuseppe Duso, Milano, FrancoAngeli, 2005, pp. 251-262; la metafora del « sacco vuoto » è ripresa, sempre da Costa, dall'antropologo

lavoro dello storico muove qui da una definizione previa del concetto, corrispondente a quella comunemente ricevuta nel presente, per poi avviare uno scavo sulle fonti diretto a scoprire in che modo quel medesimo oggetto fosse pensato, poniamo, dai filosofi greci, dai teologi medievali o dai rivoluzionari del 1789 <sup>(2)</sup>. Il secondo approccio consiste invece nel concentrarci proprio sulla parola o sulle parole oggi impiegate per esprimere il concetto e nel ricostruire la storia di come esse siano giunte ad assumere il loro significato attuale. Il campo di lavoro, qui, si stringe molto rispetto alla prospettiva precedente, e anche gli obbiettivi si fanno più circoscritti. Non si tratta più di ricomporre una storia generale della costituzione come oggetto 'reale', ma solo di comprendere come sia nato *quel* particolare linguaggio di cui noi oggi ci avvaliamo per metterne in forma l'idea. Questo non implica, beninteso, che, anche abbracciando un approccio del genere non siano da prendere in considerazione pure gli altri linguaggi con cui in precedenza si sono espressi contenuti in qualche modo simili a quelli della costituzione di oggi. La disamina di questi linguaggi più risalenti, però, — come, in termini generali, ha spiegato forse meglio di ogni altro Reinhart Koselleck, il più autorevole teorizzatore di questo metodo — non ha altro scopo che quello di rendere visibili « le linee di faglia che sussistono tra gli antichi significati della parola [...] e i nuovi contenuti della parola stessa » <sup>(3)</sup>, al fine di far risaltare, per differenza specifica, le peculiarità del nostro modo di concepire la

---

Francesco Remotti (Francesco REMOTTI, Pietro SCARDUELLI, Ugo FABIETTI, *Centri, ritualità, potere. Significati antropologici dello spazio*, Bologna, il Mulino, 1989, p. 32).

(2) Per un esempio di applicazione di questo metodo, cfr. per tutti Maurizio FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, il Mulino, 1999: che, una volta dichiarato d'intendere per costituzione l'« ordinamento generale dei rapporti sociali e politici » (p. 7), articola la trattazione in tre parti, rispettivamente dedicate alla costituzione degli antichi, alla costituzione medievale e a quella dei moderni.

(3) Reinhart KOSELLECK, *Einleitung*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historische Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, a cura di Otto Brunner, Werner Conze, Reinhart Koselleck, Stuttgart, Klett Cotta, 1972-1992, vol. I, pp. XXI. Sulla proposta koselleckiana, nell'ambito di una letteratura ormai sterminata, cfr. per tutti Melvin RICHTER, *The History of Political and Social Concepts. A Critical Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 1995, in part. pp. 26-57; Giuseppe DUSO, *Storia concettuale come filosofia politica*, in « Filosofia politica », XI (1997), pp. 393-424; Luca SCUCCIMARRA, *La Begriffsgeschichte e le sue radici intellettuali*, in « Storica », IV (1998),

nozione rispetto a quelli impiegati in passato. Il presupposto di questo secondo approccio, infatti, consiste nel ritenere che, se la costituzione esiste, ciò accade solo a partire dal momento in cui essa si è data questo nome, mentre ciò che vi è stato prima appartiene ad una storia tendenzialmente diversa.

Sul piano epistemologico, la differenza tra i due approcci è profonda. La prima prospettiva tende, in sostanza, a dare più o meno implicitamente per acquisito che la 'cosa' chiamata costituzione abbia una sua valenza metatemporale e che a cambiare siano quindi le sue forme, ma non il suo nucleo fondamentale. La seconda muove invece dall'assunto che nessun oggetto mentale possa sussistere davvero al di fuori dal segno che lo esprime. Quel segno non è infatti il veicolo accidentale di un'idea dotata di una propria autonomia, ma è proprio ciò che genera e costituisce l'idea stessa. Senza escludere, quindi, che culture politiche precedenti alla nostra possano aver elaborato una loro idea di costituzione, questo secondo approccio assegna loro un contenuto almeno presuntivamente discontinuo rispetto a qualunque cosa si possa intendere oggi col nostro termine; termine la cui specificità linguistica è, di per sé, garanzia di una sostanza altrettanto storicamente irripetibile.

Senza affrontare una discussione sul valore euristico dei due approcci, penso che essi, se usati con consapevolezza, possano risultare entrambi utili allo storico per illuminare aspetti complementari della storia di qualunque concetto. Da un lato è in effetti evidente che la nostra immagine della costituzione si pone come il prodotto di una lunghissima tradizione, che costituisce la condizione stessa della sua pensabilità (senza la 'politeia' aristotelica o il governo misto dei medievali, è escluso che riusciremmo a immaginare la costituzione secondo il suo odierno profilo). È però altrettanto evidente che quella tradizione non ha acquisito la sua fisionomia attuale sedimentando ordinatamente i propri contenuti, come suggerisce una storia genealogica del concetto. Ogni epoca ha attinto invece liberamente al patrimonio delle precedenti, ricomponendolo in forme sempre diverse e soprattutto immettendolo in contenitori mentali spesso del tutto irrelati rispetto a quelli che vi erano prima.

---

10, pp. 7-99; Merio SCATTOLA, *Storia dei concetti e storia delle discipline politiche*, in «Storia della storiografia», XXV (2006), 49, pp. 1-36.

E di ciò possiamo acquisire piena consapevolezza solo cercando di capire come sia nata la nozione moderna di costituzione: la quale non è l'ultima di una lunga serie, ma — per chi pensa che non esista alcuna esperienza al di fuori delle sue « condizioni linguistiche di possibilità »<sup>(4)</sup> — è *la sola realmente esistente*.

Il presente contributo vuole appunto ripercorrere, a grandi linee, come sia nato l'uso moderno del termine nell'ambito di una esperienza, come quella italiana, dove esso cominciò solo parecchio tardi ad assumere il significato che ha per noi oggi.

A grandi linee, il problema di cui andiamo a occuparci è ben noto. Se « costituzione » è parola di origine latina da sempre presente in ogni lingua europea, essa comincia ad acquisire il suo attuale senso politico solo in un momento abbastanza avanzato dell'età moderna, collocabile, a seconda delle varie esperienze nazionali, tra la prima metà del XVII secolo e la seconda di quello successivo. Il processo di risemantizzazione a cui il termine viene sottoposto in questa fase segna una trasformazione importante nella storia della cultura politica. Prima di questo periodo, in effetti, si fa fatica a rintracciare, nei vari lessici occidentali, una espressione capace di esprimere, attraverso un unico segno linguistico, l'idea di una regolazione complessiva del potere. Ciò non significa, naturalmente, che nei periodi antecedenti alla piena modernità l'autorità politica fosse esente da ogni limite o che si collocasse addirittura in uno spazio vuoto di diritto. Semmai, la figura del sovrano medievale stava proprio agli antipodi di una percezione di questo genere. Immaginato come il garante di un diritto oggettivo antecedente allo Stato, esso si trovava circondato da una moltitudine di *societates* che, con il loro autonomo patrimonio di diritti originari, consuetudini, patruzioni e privilegi, circoscrivevano da ogni parte la sua capacità potestativa. Il punto è però che questa sorta di costituzione *avant la lettre* non aveva, per sua natura, carattere unitario. Essa corrispondeva ad una interminabile serie di titoli specifici che regolavano il rapporto tra il comune sovrano e ciascuno dei gruppi, comunità o organizzazioni di vario tipo confluite in vari momenti nel suo spazio

---

(4) Reinhart KOSELLECK, *Storia sociale e storia concettuale*, in ID., *Il vocabolario della modernità. Progresso, crisi, utopia e altre storie di concetti*, a cura di Carlo Sandrelli, (trad. it. di alcuni capitoli di *Begriffsgeschichten*, 2006), Bologna, il Mulino, 2009, p. 8.

di governo. Se si vuole, quindi, una costituzione c'è da sempre, ed è anche estremamente effettiva; ma per sua natura essa incontra una difficoltà strutturale ad essere definita unitariamente, e di conseguenza non è neppure suscettibile di essere pensata come tale.

Chiara, dunque, è la discontinuità che si produce nel momento in cui alcune parole cominciano ad essere usate per esprimere, in termini sintetici e generali, l'ordine giuridico complessivo che stringe insieme sudditi e sovrano. L'affiorare di usi linguistici del genere si inquadra nel più generale processo formativo di quel « vocabolario della modernità » che inizia a costituirsi nel corso dell'antico regime e grazie al quale il linguaggio politico si arricchisce di una quantità di termini astratti, per l'avanti solo sporadicamente presenti in esso <sup>(5)</sup>. Man mano che si fa strada, infatti, l'idea che la convivenza umana non è un dato naturale, bensì il prodotto di una mutevole esperienza storica, aumenta il bisogno di disporre di termini generali che strutturino una società la cui coesione non è più garantita a priori. La parola « costituzione » corrisponde appunto ad uno di questi concetti. Un unico nome, singolare e collettivo, si sostituisce poco per volta a quel variegatissimo insieme di vocaboli (« capitoli », « investiture », « Charters », « Herrschaftsverträge », « chartes de pays », « statuti », « fueros » e via dicendo) con cui ogni lingua europea aveva per secoli descritto i legami che tenevano unite fra loro le molte tessere dell'organizzazione statale <sup>(6)</sup>; ed ogni ordinamento generale avverte, poco alla volta, il bisogno di darsi una propria « costituzione », che supplisca alla fragilità che esso viene scoprendo in se stesso.

Su questa vicenda di instaurazione concettuale esiste ormai, per alcuni paesi, come Inghilterra, Francia o Germania, una letteratura consolidata. Per il caso italiano, lo stato degli studi è più acerbo. I contributi più importanti sono costituiti da un saggio di

---

<sup>(5)</sup> Il riferimento è, ovviamente, ancora alla lezione di Koselleck, così come esposta nella già citata, celebre *Einleitung* ai *Geschichtliche Grundbegriffe*.

<sup>(6)</sup> Così ancora Reinhart KOSELLECK, *Begriffsgeschichtliche Problem der Verfassungsgeschichtsschreibung*, in ID., *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, a cura di Carsten Dutt, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2006, spec. pp. 378-381; in adesione al quale, Hasso HOFFMANN, *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di costituzione*, in *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, cit., pp. 227-237.

Federigo Bambi del 1991 (7), centrato però sugli aspetti strettamente linguistici della vicenda, e dall'importante volume di Antonio Trampus sulle origini del costituzionalismo italiano nel XVIII secolo (8), che, pur fornendo molti spunti preziosi per l'analisi che ci interessa, affronta però il tema della costituzione nella prospettiva di una storia più delle idee che dei concetti. Qui proviamo a compiere qualche passo avanti. Anticipando sulle conclusioni, l'interesse dell'analisi consiste soprattutto nel mettere in luce come in area italiana l'esigenza di ricorrere a un singolare collettivo per definire ciò che fonda e che tiene unito lo Stato si faccia strada più tardi e con maggior fatica rispetto alle aree europee sopra citate; e ciò in quanto la nostra cultura istituzionale continua a scontare per gran parte del XVIII secolo una notevole difficoltà — o quantomeno uno scarso interesse — a pensare l'ordine politico in termini di unità. Di qui, il carattere doppiamente dirompente dell'incontro, nel 1796, con il nuovo vocabolario rivoluzionario: incontro che non segna solo l'avvento della costituzione scritta e formale, ma che obbliga anche le nostre élites ad abbracciare una immagine unitaria dell'ordine, per esse ancora estremamente inusuale.

### 1. *Prima della costituzione.*

Fino alla metà del XVIII secolo, si può ben dire che il lessico italiano non disponesse di alcuna parola suscettibile d'indicare l'assetto normativo fondamentale dello Stato. Secondo l'edizione settecentesca del vocabolario della Crusca (la quarta, pubblicata tra il 1729 e il 1738), il termine « costituzione », come sostantivo derivato dal verbo latino « costituere » (disporre, stabilire), possedeva solo i due significati essenziali che già gli erano stati propri nella lingua di Roma. Il primo di essi era quello di « ordine », « statuto »

---

(7) Federigo BAMBÌ, *I nomi delle 'leggi fondamentali'*, in « Studi di lessicografia italiana », XI (1991), pp. 153-224. Per uno sviluppo successivo di questo studio cfr. anche ID., *Parole e costituzioni, in Un secolo per la costituzione (1848-1948). Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano*, a cura dello stesso, Firenze, Accademia della Crusca, 2012, pp. 11-28.

(8) Antonio TRAMPUS, *Storia del costituzionalismo italiano nell'età dei lumi*, Bari, Laterza, 2009.

o « deliberazione » (cioè di norma prodotta da un superiore per regolare la condotta dei suoi sottoposti); il secondo quello di ‘struttura’ o ‘modo di essere’ di un qualche corpo, tanto inanimato (il cosmo, il cielo, la terra etc.) che biologico <sup>(9)</sup>. Si tratta di un quadro semantico del tutto simile a quello che la parola corrispondente presenta, in partenza, in altre lingue romanze: con la differenza, però, che in Italia esso tende a mantenersi immutato più a lungo che altrove. Il primo significato, conforme ad un impiego proprio della tarda classicità e ampiamente attestato dal *Corpus Iuris* giustiniano, è fin dal medioevo comunissimo nella lingua giuridica italiana. Per tutta l’età moderna, uomini di legge, legislatori e letterati continuano ad usare diffusamente il nostro termine per connotare qualsiasi tipo di atto a contenuto normativo (dalle ‘costituzioni’ apostoliche, imperiali, regie o cittadine, fino a quelle emanate da autorità di carattere subordinato: il vocabolario della Crusca riporta come esempio, alla voce corrispondente, la « costituzione » emanata da una badessa per disciplinare la vita interna del suo monastero <sup>(10)</sup>). In particolari contesti, questo impiego della parola può avvicinarsi a quello di ‘norma fondamentale’. Pensiamo per esempio a un celebre

---

<sup>(9)</sup> *Vocabolario degli accademici della Crusca*, Firenze, Manni, 1729-1738<sup>4</sup>, vol. I, pp. 778 e 846. Il vocabolario, per la precisione, dedica alla nostra nozione due voci distinte, ‘Costituzione’ e ‘Costituzione’, a cui corrispondono però significati sostanzialmente coincidenti. Come estensione del secondo significato, è registrato anche quello di « creazione » (« la costituzione del mondo », intesa come atto del costituire). Conformi a questo impianto le tre edizioni precedenti del 1612, 1623, 1691. Il significato politico verrà registrato solo a partire dalla quinta edizione, quella del 1863. Non affrontiamo, qui, il problema degli eventuali significati politici del termine ‘constitutio’ nella lingua latina. Benché, in effetti, un notissimo luogo ciceroniano (*De Republica*, I, 45) impieghi la parola in un senso parzialmente vicino al nostro (dopo aver indicato nel governo misto di polibiana memoria la forma politica superiore ad ogni altra, il testo aggiunge infatti: « haec constitutio primum habet aequabilitatem quandam magnam, qua carere diutius vix possunt liberi »), quest’uso non sembra avere poi lasciato tracce significative nel resto della letteratura romana, che per evocare la struttura giuridica dello Stato si avvaleva di locuzioni completamente diverse (« usus » o « modus reipublicae », « mores maiorum », « instituta » etc.): Heinz MOHNHAUPT, Dieter GRIMM, *Costituzione. Storia di un concetto dall’Antichità a oggi* (2002), trad. it. a cura di Mario Ascheri, Simona Rossi, Roma, Carocci, 2008, pp. 33-34.

<sup>(10)</sup> « Avea fra le altre costituzioni fatto questa badessa, che ciascuna monaca ogni dì fosse obbligata andarsene in chiesa, o in cella »: *Vocabolario*, cit., vol. I, p. 846 (il riferimento è a un passo di Agnolo Firenzuola, novelliere cinquecentesco).

passo di Machiavelli dedicato alle « costituzioni » di Sparta (« intra quegli che hanno per simili costituzioni meritato più laude è Licurgo; il quale ordinò in modo le sue leggi in Sparta che, dando le parti sue ai Re, agli optimati e al popolo, fecie uno stato che durò più che 800 anni con somma laude sua e quiete di quella città » <sup>(11)</sup>). L'identità col significato contemporaneo di costituzione sembra però tutt'altro che certa: nel senso che la parola (declinata, come d'uso, al plurale) non sembra indicare *quella specifica* norma con la quale si organizza la forma di governo, ma un insieme di precetti che solo incidentalmente hanno ad oggetto la struttura dello Stato.

Più interessante per noi è invece il secondo significato, quello descrittivo. Originariamente caratteristico soprattutto del linguaggio medico, esso poteva acquistare una valenza più o meno intensamente istituzionale a seguito di una sua traslazione dall'ambito biologico a quello politico. In locuzioni del tipo « costituzione del governo », « della città » o « dello Stato » esso veniva infatti ad indicare la conformazione essenziale di una certa collettività. È proprio da questo tipo di uso che, nella generalità delle lingue europee, trae origine la nozione moderna di costituzione, come forma organizzativa tipica (e quindi tendenzialmente indisponibile) propria di ogni regime.

Com'è noto, il primo paese a sperimentare una evoluzione linguistica del genere è l'Inghilterra. Qui, fin dagli inizi del XVII secolo, sviluppando una sempre più stretta analogia tra il corpo fisico e i vari tipi di corpi politici empiricamente osservabili, si tende a riferire « constitution » prima alla struttura dei « corporate bodies » di carattere intermedio, poi a quella delle varie organizzazioni confessionali, come la « Church of England » o la « Church of Rome », e infine, e sempre più frequentemente, al « Government of the Kingdom » o al « Kingdom » stesso. Nel corso della prima metà de Settecento, l'espressione si diffonde a un punto tale che le specificazioni vengono progressivamente abbandonate e « constitu-

---

<sup>(11)</sup> Niccolò MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, I, II, in ID., *Opere*, a cura di Rinaldo Rinaldi, Torino, Utet, 2006, vol. I, p. 436. Si noti la stretta affinità dell'argomentare di Machiavelli con il tema sviluppato da Cicerone nel passo richiamato alla nota 8: si tratta, in entrambi i casi, di una applicazione della teoria del governo misto.

tion » prende a indicare, per antonomasia, la struttura fondamentale dello Stato inglese (la sua « frame of Government »), acquisendo inoltre una valenza normativa che spinge a sostituirla ad espressioni meno connotate in senso politico, quali « the Laws of the Kingdom » o « the Laws of the Land », « His Majesty's Laws » e simili <sup>(12)</sup>. Nel resto dell'Europa, una trasformazione linguistica di questo tipo inizia assai più tardi e spesso proprio sotto lo stimolo dell'esempio inglese. Quantomeno nella letteratura francese, tuttavia, a partire dalla fine del XVII secolo i riferimenti alla « costituzione » di Stati, governi, regni o altre entità istituzionali consimili si riscontrano con crescente frequenza, tanto nelle opere di storici <sup>(13)</sup> o letterati <sup>(14)</sup> che di giuristi <sup>(15)</sup>; mentre già nel 1721 il parlamento

---

<sup>(12)</sup> Gerald STOURZH, *Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth Century*, in *Political innovation and conceptual change*, ed. by Terence Ball, James Farr, Russell L. Hanson, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 34-54; MOHNHAUPT, GRIMM, *Costituzione*, cit., pp. 61-65. La stabilizzazione del concetto si può collocare tra il 1688 (quando per la prima volta il termine compare, nella sua accezione moderna, in un importante documento ufficiale quale la dichiarazione di decadenza di Giacomo II) e il 1734, data in cui Lord Bolingbroke ne fornisce, sul *Craftsman*, una definizione destinata a rimanere celebre (« By constitution we mean [...] that assemblage of laws, institutions and customs, directed to certain fixed principles of public good, that compose the general system, according to which the community hath agreed to be governed »: Henry Saint-John BOLINGBROKE, *Political writings*, ed. by David Armitage, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 88).

<sup>(13)</sup> Cf. ad es. Louis AUBERT, *Mémoires pour servir à l'histoire de Hollande et des autres Provinces Unies*, Paris, Vilette, 1680, p. 291 (il Principe Maurizio d'Orange era « bien informé de la constitution de l'État » olandese); Michel LE VASSOR, *Histoire du Règne de Louis XIII*, Amsterdam, Brunel, 1717<sup>2</sup>, t. X, p. 582 (« constitution de la monarchie d'Angleterre »); Jean-Baptiste DUBOS, *Histoire critique de l'établissement de la monarchie française dans les Gaules*, Amsterdam, Chauignon, 1734, t. I, p. 59 (« première constitution de la monarchie française »); François-Xavier DE CHARLEROIX, *Histoire et description générale du Japon*, Paris, 1736, p. 1 (la moderna filosofia, arrivando in estremo Oriente, vi ha trovato « la constitution de l'État solidement établie »).

<sup>(14)</sup> Jean LECLERC, *Bibliothèque universelle et historique de l'année 1688*, Amsterdam, Wolfgang et alii, 1688, t. X, p. 291 (la dispersione del potere tra i grandi signori, caratteristica del medioevo francese, costituisce una « extrémité vicieuse de la constitution de l'état »); *Journal de Trévoux : ou mémoires pour servir à l'histoire des sciences et des arts*, vol. IX, Trévoux, Didot, 1709, p. 207 (« l'homme sage, qui écoute la raison et qui craint Dieu, demeure soumis à la constitution de l'État »).

<sup>(15)</sup> Cfr. per es. le traduzioni delle opere di Samuel Pufendorf pubblicate all'inizio del Seicento da Jean Barbeyrac: dove il nostro vocabolo è correntemente usato

di Parigi comincia ad appellarsi alla intangibilità della « constitution de l'Etat » per limitare il potere del re, con riferimento per esempio al suo preteso diritto di avocazione <sup>(16)</sup>. Benché dunque per molto tempo ancora i dizionari d'oltralpe abbiano continuato a registrare soltanto le definizioni tradizionali della parola <sup>(17)</sup>, probabilmente già attorno agli anni Venti tra i ceti colti del regno di Francia si era fatta strada l'idea che ogni paese avesse una propria costituzione, più o meno conforme al rispettivo « génie de la nation » <sup>(18)</sup>.

Alla medesima altezza cronologica, invece, il panorama italiano presenta un aspetto ben più povero. Per quanto il nuovo uso istituzionale di « costituzione » non sia sconosciuto nella Penisola, esso è molto più raro che nell'area linguistica francese; e soprattutto fino a tutti gli anni Quaranta tale uso è attestato essenzialmente in traduzioni di opere inglesi o in resoconti della storia recente di questo o quel paese europeo <sup>(19)</sup>. Ad usare il termine nel suo nuovo

---

per rendere locuzioni latine quali « status civitatis » (« constitution de l'État ») o « de interna civitatum structura » (« de la constitution intérieure de l'État »): Samuel PUFENDORF, *Les devoirs de l'homme et du citoyen*, Amsterdam, Schelte, 1707, rispettivamente pp. 42 e 275.

<sup>(16)</sup> Wolfgang SCHMALE, *Les parlements et le terme de constitution au XVIII<sup>e</sup> siècle en France: une introduction*, in « Il pensiero politico », 20 (1987), pp. 420-21.

<sup>(17)</sup> Solo negli anni Settanta del Settecento la ristampa svizzera della *Encyclopédie*, curata da Fortunato Bartolomeo De Felice, farà spazio per la prima volta al nuovo senso politico del termine alla voce corrispondente: Marina VALENSISE, *La constitution française*, in *The Political Culture of the Old Regime*, ed. by Keith Michael Baker, Oxford-New York, Pergamon Press, 1987, p. 444.

<sup>(18)</sup> L'accostamento tra « nation » e « constitution », per quanto ancora poco sviluppato sul piano concettuale, si affaccia sicuramente prima di Montesquieu: cfr. per es. François RICHER D'AUBE, *Essai sur les principes du droit et de la morale*, Paris, Brunet, 1743, p. 130.

<sup>(19)</sup> Una attestazione molto precoce di « costituzione del Regno » si trova nel *Mercurio politico, ovvero historia de' correnti tempi*, sorta di giornale politico-diplomatico periodicamente redatto tra il 1644 e il 1682 dal benedettino parmense Vittorio Siri: il quale, però, usa questa espressione ricalcando semplicemente le fonti di cui si sta servendo nel ricostruire le vicende dello scontro da poco conclusosi in Inghilterra tra Carlo I e il Parlamento (cfr. per es. *Mercurio politico*, vol. III, Lione, Huguetau et Ravard, 1652, p. 536). Per vari esempi dello stesso tipo, relativi al secolo successivo, si può sfogliare la fortunata pubblicazione dal titolo *Storia dell'anno*: un annale politico universale pubblicato a Amsterdam a cura dell'editore Pitteri di Venezia, che comincia a uscire negli anni Trenta. « Costituzione » vi compare frequentemente fin dai primi

significato sono soprattutto giornalisti e poligrafi, che si limitano a riprodurlo meccanicamente da opere straniere, riferendolo solo ai contesti in cui quest'uso appare già praticato. Prima della metà del secolo, insomma, se una « costituzione » c'è, essa è quella degli altri; e la sua presenza nel discorso pubblico nazionale ha un rilievo del tutto occasionale.

Questo vuoto linguistico, si può replicare, non deve essere caricato di significati eccessivi. La penetrazione di un nuovo, importante concetto-termini nel patrimonio linguistico di una nazione evidentemente richiede il suo tempo; e gli italiani del Settecento, di cui ben pochi avevano familiarità diretta con la lingua e con la cultura inglese, erano oltretutto costretti a recepire le novità provenienti d'oltre Manica attraverso la mediazione francese, scontando così un inevitabile ritardo nell'aggiornamento del loro lessico. Non ci sembra, però, che l'iniziale indifferenza della nostra cultura istituzionale nei confronti del vocabolo di cui qui ci occupiamo possa essere imputata soltanto a inerzie di questo genere. Essa dipende certamente anche da fattori più profondi: come prova la circostanza che nel nostro paese abbia circolato molto poco anche un'altra locuzione, ben più antica e rodada di « costituzione », ed alla quale la lingua politica di altre regioni europee si era a lungo affidata per esprimere alcuni dei significati che poi avrebbero finito per essere incorporati nel nuovo termine. Si tratta della espressione « leggi fondamentali » (« loix fondamentales », « fundamental laws », « leges fundamentales », « Grundgesetze »). Nata, com'è noto, in Francia negli anni Settanta del Cinquecento e di lì diffusasi tanto in Inghilterra che sul resto del continente <sup>(20)</sup>, questa locuzione

---

numeri, ma con quasi esclusivo riferimento alla forma politica di Stati, come l'Inghilterra, in cui il nuovo uso della parola si è già consolidato. Altre ricorrenze del termine nel suo uso moderno si trovano frequentemente nelle traduzioni di opere straniere del medesimo genere, come per es. quella della *Modern history* del viaggiatore e poligrafo seicentesco Thomas Salmon (Thomas SALMON, *Lo stato presente di tutti i paesi e popoli del mondo*, Venezia, Albrizzi, 1734-1765), che registra, oltre al caso britannico, anche una « costituzione » dei regni di Danimarca e di Svezia.

<sup>(20)</sup> André LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'Ancien Régime* (1907), Whitefish (MT), Kessinger, 2010<sup>3</sup>; John W. GOUGH, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1955; Martyn THOMPSON, *The history of Fundamental Law in Political Thought*

non possedeva ancora la forza semantica e l'incisività di « costituzione » (il fatto stesso che essa fosse declinata al plurale rendeva il suo contenuto inevitabilmente più indeterminato e soggettivamente opinabile). Certamente, però, la locuzione di cui parliamo era servita a dar voce ad una esigenza diffusamente avvertita nell'Europa della diaspora religiosa — quella, cioè, di assegnare al potere dei limiti giuridici oggettivi, suscettibili di essere fatti valere indipendentemente dal contenuto di un diritto naturale che, nelle aree europee investite dalla Riforma, aveva perso la propria antica univocità. Fatte oggetto fin dalla loro comparsa di importanti ricerche teoriche e di lunghe dispute, le leggi fondamentali, diversamente da « costituzione », rappresentavano una presenza consolidata nel paesaggio della scienza giuridica del Sei-Settecento, che i giuristi italiani non potevano certo ignorare. Eppure, anche di esse non è facile trovare testimonianze significative nella nostra letteratura legale avanti la metà del secolo XVIII. Come per « costituzione », le tracce dell'espressione rinvenibili, prima di questo momento, sono incidentali o puramente descrittive. Si parla, per esempio, delle « leggi e costituzioni fondamentali » del Sacro Romano Impero, di quelle della monarchia francese, o ancora di quelle dei regni iberici o dell'Inghilterra <sup>(21)</sup>; si sa bene che anche l'antico Stato d'Israele ebbe le sue « leggi fondamentali », assegnategli da Saul <sup>(22)</sup>; e, traducendo Bossuet, si prende atto senza difficoltà di come anche in termini generali esistano in ogni Stato certe « leggi fondamentali che cambiar non si possono » <sup>(23)</sup>. Da queste constatazioni, però, nessun osservatore

---

from *French Wars of Religion to the American Revolution*, in « The American Historical Review », 91 (1986), pp. 1103-1128; MOHNHAUPT, GRIMM, *Costituzione*, cit., pp. 55-64.

<sup>(21)</sup> Vari esempi nei numerosi lavori del poligrafo del XVII secolo Gregorio Leti (*Il Teatro britannico, o vero historia della Grande Bretagna*, Amsterdam, Wolfgang, 1684; Id., *Teatro Gallico, o vero la monarchia della Real casa di Borbone in Francia*, Amsterdam, De Jonge, 1691).

<sup>(22)</sup> Cesare CALINO, *Lezioni scritturali e morali sopra il libro primo de' Re*, Venezia, Recurti, 1724, vol. X, pp. 287-88.

<sup>(23)</sup> Jacques-Bénigne BOSSUET, *Politica estratta dalle proprie parole della Sacra Scrittura*, trad. it. di Selvaggio Canturani, Venezia, Hertz, 1730<sup>2</sup>, p. 30. Stessi risultati produce una ricerca della corrispondente espressione latina « *leges fundamentales* »: che ha una ricorrenza fittissima nella letteratura tedesca e quasi nessuna, invece, in quella italiana.

italiano sembra aver mai tratto, almeno prima del 1750, argomenti per impostare una qualche battaglia politica nei confronti dei propri sovrani, o anche soltanto uno spunto per ridiscutere, in linea teorica, i limiti all'autorità del principe secondo un impianto diverso da quello ereditato dalla tradizione medievale <sup>(24)</sup>.

La verifica di questa lacuna, si può continuare a rispondere, non è ancora sufficiente a concludere per l'assoluta assenza, nell'Italia di primo Settecento, di un concetto di costituzione in senso sostanziale. Per provare un'asserzione del genere, occorrerebbe dimostrare che il lessico dell'epoca non facesse ricorso, per esprimere l'idea moderna della norma fondamentale, a qualche diversa locuzione linguistica, anche se in seguito destinata ad essere abbandonata a favore di altre espressioni. Si pensi per esempio a quanto accade nella Francia del Seicento. Qui, come ha dimostrato Roland Mousnier in un saggio famoso, « constitution » e « loix fondamentales » si trovarono a competere per un periodo abbastanza lungo con un altro lemma almeno — « ordre » —, a tratti evocante l'idea di una grande organizzazione sociopolitica, retta da norme naturali che né il sovrano né i sudditi avevano il potere di mutare <sup>(25)</sup>. Per non parlare poi dello scenario tedesco, dove fin dal Quattrocento si era affermato un lemma — « Verfassung »: in origine, redazione scritta di un insieme di consuetudini e/o di patti politici — destinato a costituire fino ai giorni nostri, una alternativa permanente a « Constitution ». Come escludere con certezza che anche nell'Italia della prima età moderna non esistessero termini di questo tipo?

---

<sup>(24)</sup> Qualche occorrenza meno occasionale si comincia a registrare a partire dagli anni Quaranta. Anche a questa altezza cronologica, però, la locuzione è richiamata sempre assieme ad altri e più convenzionali limiti al potere del principe, come la legge naturale o l'obbligazione *ex contractu* (cfr. ad es. Giovanni Antonio BIANCHI, *Della potestà e politica della Chiesa. Trattati due contro le nuove opinioni di Pietro Giannone*, Roma, Stamperia di Pallade, t. I, 1745: « benché molto maggiore sia il diritto dei regi sopra i loro regni di quello che avevano gli antichi romani principi sopra il loro Imperio, con tutto ciò dipendono ancor quelli dalle leggi fondamentali della monarchia, da i patti e convenzioni col popolo, che la stabilirono, alle quali non han potestà di contravenire », etc.).

<sup>(25)</sup> Roland MOUSNIER, *Come i francesi di antico regime vedevano la costituzione* (1955), in Id., *La Costituzione nello Stato assoluto, Diritto, società, istituzioni in Francia dal Cinquecento al Settecento*, a cura di Francesco Di Donato, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2002, pp. 110-114.

Offrire una dimostrazione negativa di questo genere, naturalmente, costituisce una *probatio diabolica*: molti essendo i vocaboli potenzialmente capaci di aver giocato in qualche misura un ruolo del genere <sup>(26)</sup>. Ammesso, comunque, che vicende di questo tipo si siano prodotte effettivamente, è sicuro che nessuna di esse riuscì a costruire un'alternativa linguistica concreta rispetto a « costituzione » prima che quest'ultima, a metà Settecento, giungesse ad affermare il suo dominio. Ora, se le cose sono andate così, una qualche ragione deve esserci stata; e quella più plausibile, molto semplicemente, è che l'orizzonte della cultura politica italiana fosse ancora essenzialmente *a-costituzionale*. E ciò, si badi, non certo perché essa fosse portatrice di una concezione autoritaria o enfaticamente assolutista del potere, ma semmai proprio per il motivo opposto — cioè per il fatto che gli Stati della Penisola si trovavano ancora molto lontani da quello stadio di densità istituzionale che stimola la ricerca di un qualche correttivo propriamente 'costituzionale'.

Due sono in effetti ancor oggi le valenze fondamentali insite nel concetto di costituzione, rispettivamente derivate, come si è visto, dai due significati originari del termine latino, quello di 'norma' e quello di 'struttura'. Per un verso, la costituzione è la suprema norma giuridica di garanzia, quella che limita formalmente l'esercizio dei poteri pubblici assicurando così il primato della legge. Per un altro, essa si pone come il principio primo di ordine e di unità politica, corrispondente al nucleo indisponibile dell'organizzazione pubblica (quello che appunto 'costituisce' e tiene insieme l'ordinamento) <sup>(27)</sup>. Ora, sia l'una che l'altra di queste valenze, a ben vedere, presuppongono l'esistenza di uno Stato a vocazione 'sovrana': cioè,

---

<sup>(26)</sup> Tra questi, per es., Federigo Bambi ha indicato 'governo', che fin dal Trecento, accanto al suo senso più antico di 'attività di direzione e controllo' di una certa collettività, assume talvolta anche quello di 'struttura politico-istituzionale' di quella stessa comunità, avvicinandosi ad uno dei due significati fondamentali di costituzione: BAMBÌ, *Parole e costituzioni*, cit., p. 13.

<sup>(27)</sup> Per tutti, Maurizio FIORAVANTI, *Costituzione: problemi dottrinali e storici*, in ID., *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 108-149. Per una verifica circa la presenza di questi due significati nel lessico europeo settecentesco, Paolo COMANDUCCI, *Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel Settecento*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 171-174.

di un soggetto che cominci a rivendicare a sé, da un lato, il ruolo di rappresentante unitario della collettività nel suo insieme e, dall'altro, la funzione di libero produttore del diritto. Da una parte, sancire l'unità del corpo politico disciplinando le modalità dell'agire rappresentativo di chi ne manifesta la volontà <sup>(28)</sup>; dall'altra, reagire, come ha scritto Niklas Luhmann, alla « differenziazione di diritto e politica » per soddisfare il bisogno « di un loro riallacciamento » <sup>(29)</sup> — queste sono, oggi come ieri, le funzioni fondamentali di ogni costituzione. Funzioni che però acquistano un senso solo in rapporto ad uno Stato almeno embrionalmente moderno. Gli Stati territoriali italiani, al contrario, cominciavano appena allora ad essere sfiorati da quei processi di concentrazione del potere che in altre parti dell'Europa erano stati avviati da tempo. Aggregati di corpi della più diversa natura ed origine, essi si vedevano molto più come delle confederazioni di città e territori che come comunità politiche dotate di una personalità unitaria <sup>(30)</sup>. E se nessuno negava, certo, che i principi italiani fossero titolari di un potere 'assoluto' omologo a quello dei loro colleghi europei, quel potere veniva poi usato, come nel medioevo, molto più per garantire un certo equilibrio tra le comunità di base dei loro Stati che per realizzare un qualche progetto di omologazione istituzionale. Di gran lunga più giurisdizionale che amministrativo, insomma, lo Stato italiano presenta ancora a inizio Settecento un profilo abbastanza simile a quello che aveva avuto nel Rinascimento e nel secolo precedente. Il prin-

---

<sup>(28)</sup> L'intimo legame tra 'costituzione' e 'rappresentanza', già sotterraneamente presente nella cultura dell'assolutismo avanzato, è colto molto bene da alcuni filosofi della politica (cfr. Giuseppe DUSO, *Rappresentanza politica e costituzione*, in Id., *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Bari, Laterza, 1999, pp. 113-136) che indicano nel contrattualismo hobbesiano la premessa teorica di ogni successivo ordine costituzionale.

<sup>(29)</sup> Niklas LUHMANN, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft* (1990), trad. it. *La costituzione come acquisizione evolutiva*, in *Il futuro della costituzione*, a cura di Gustavo Zagrebelsky, Pier Paolo Portinaro, Jörg Luther, Torino, Einaudi, 1991, p. 87.

<sup>(30)</sup> Ciò è particolarmente evidente soprattutto al centro-nord, dove l'origine cittadina degli Stati escludeva la possibilità stessa di configurarli come dei « Regna ». Qui era persino difficile trovare una parola che riuscisse ad esprimere il senso della loro organizzazione territoriale nella sua integralità (cfr. ad es., per l'analisi del caso toscano, Luca MANNORI, *Il sovrano tutore. Accentramento amministrativo e pluralismo istituzionale nel principato dei Medici (secc. XVI-XVIII)*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 17-54).

cipe, lungi dal candidarsi a divenire il padrone del diritto, si vede piuttosto come il suo depositario ed amministratore; e i giuristi togati, saldamente inseriti nei gangli vitali dell'apparato, sono pronti a ricordargli in ogni momento come la sua volontà sia continuamente « alligata » da tutti quei limiti generali — la legge divina e naturale, gli « iura quaesita », la « lex contractus », la « salus populi » e via dicendo — che fin dal medioevo ne hanno iscritto il potere entro un « ordine naturale preconstituito rispetto all'esistenza » <sup>(31)</sup>. È proprio la salda presenza di quest'ordine a rendere inutile la ricerca di barriere ulteriori.

Parallelamente, non essendo lo Stato territoriale italiano altro che un aggregato di corpi, la sua « costituzione » si riduceva alle varie relazioni che ognuno di essi aveva stretto col centro comune. Diversamente dalla lingua tedesca, il cui termine « Verfassung », come già ricordato, aveva appunto la funzione di abbracciare in un sol fascio complessivo tutti questi rapporti di signoria <sup>(32)</sup>, quella italiana manca di un vocabolo equivalente. E sulle ragioni di questa assenza ci si potrebbe interrogare, dal momento che un segno linguistico di questo tipo avrebbe forse permesso di elaborare un'idea unitaria di costituzione partendo da una situazione originaria di forte frammentarietà. È un fatto, comunque, che anche nelle altre lingue neo-latine una espressione del genere non è mai esistita; così che — ripetiamo — ancora alla metà del secolo l'Italia sembra trovarsi sprovvista di qualsiasi termine suscettibile di veicolare il nostro concetto.

## 2. 1750-1770: « costituzione » e « leggi fondamentali » nella primavera dei lumi.

Questo quadro comincia a cambiare attorno al 1750. In un

---

<sup>(31)</sup> Raffaele AJELLO, *Arcana iuris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, Jovene, 1976, p. 40. L'assoluta compatibilità, del resto, negli scrittori politici italiani della Controriforma, tra una immagine del potere principesco declinata in termini estremamente enfatici e la continua riasserzione di un'infinita serie di limiti esterni al suo esercizio, è un dato da sempre ben noto agli storici del pensiero politico: Rodolfo DE MATTEI, *La concezione monarchica negli scrittori italiani del Seicento*, in *Studi storici in onore di Giacobino Volpe*, Firenze, Sansoni, 1958, vol. I, pp. 317-360.

<sup>(32)</sup> MOHNHAUPT, GRIMM, *Costituzione*, cit., pp. 42-45.

clima segnato solo di recente dai primi, seri tentativi accentratori (quello dei grandi progetti catastali e codificatori in Piemonte, Toscana e nel Mezzogiorno), l'Italia si apre ad una visione del mondo più secolarizzata, che spinge a riconoscere la natura storica e convenzionale degli assetti politici. È in questo contesto che il termine « costituzione » inizia a diffondersi anche da noi: e ciò anzitutto a seguito di quel grande fenomeno letterario che è rappresentato dalla pubblicazione dell'*Esprit des Loix*. Tradotto immediatamente e letto con avidità dal pubblico di tutta la Penisola<sup>(33)</sup>, il capolavoro di Montesquieu propone al nostro paese un uso del nostro concetto che, se poteva essere relativamente familiare ai lettori francesi, costituiva una novità pressoché assoluta per quelli italiani. Si tratta, com'è noto, della nozione di 'costituzione-struttura' o di 'costituzione-ordine', che compare fin dal titolo dell'opera<sup>(34)</sup>. Senza soffermarsi ad offrirne una definizione, Montesquieu dà però per acquisito che ogni popolo abbia una propria costituzione (intesa come la sua organizzazione politica essenziale), che essa rifletta la civiltà di cui quel popolo è portatore e che il suo vario atteggiarsi sia uno degli elementi che più influiscono, a sua volta, sulle differenze tra i diversi sistemi giuridici. Inoltre, la pagina montesquiviana scivola spesso impercettibilmente da questa accezione descrittiva ed istituzionalista del termine — l'unica, per così dire, ufficialmente adottata dall'autore — verso un suo uso qualitativamente connotato, che porta a vedere nella costituzione non un qualunque assetto di potere, ma quello giusto e buono, capace di garantire in varia misura la libertà dei sudditi<sup>(35)</sup>. Se anche il

---

(33) Sulle varie traduzioni italiane dell'opera (quattro nel corso del Settecento: 1751, 1773, 1777 e 1797) e sulla sua fortuna cfr. soprattutto Paola BERSELLI AMBRI, *L'opera di Montesquieu nel Settecento italiano*, Firenze, Olschki, 1970; Enrico DE MAS, *Montesquieu, Genovesi e le edizioni italiane dello spirito delle leggi*, Firenze, Le Monnier, 1971; Salvatore Rotta, *Montesquieu nel Settecento italiano: note e ricerche*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », I (1971), pp. 22-210.

(34) *De l'esprit des loix, ou du rapport que les loix doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce etc.*

(35) In questo senso, Olivier BEAUD, *L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État*, in « Jus Politicum », 2009, 3 (disponibile in linea su [www.juspoliticum.com](http://www.juspoliticum.com), p. 11), che

dispotismo, in particolare, ha una sua costituzione, la costituzione per eccellenza sembra essere quella propria dei soli regimi « moderati », nei quali esistono « leggi fondamentali » che frenano e circoscrivono l'autorità di chi governa.

Nell'arco di qualche anno, dunque, questa nuova offerta linguistica (consolidata dalla traduzione, nel corso degli anni Cinquanta, di altre opere in cui « costituzione » e « leggi fondamentali » giocano pure un ruolo importante <sup>(36)</sup>) comincia a far breccia in Italia, generando il convincimento che ad ogni sistema di governo si sottenda una qualche specifica costituzione e che quelle migliori tra esse si appoggino a un nucleo di norme tendenzialmente inviolabili.

Le utilizzazioni concrete di questa terminologia sono molto varie e per affrontarne l'esame dovremmo abbandonare il terreno della storia dei lessici per avventurarci su quello del pensiero politico vero e proprio. In breve, si può dire comunque che i primi a coglierne le potenzialità furono probabilmente alcuni giuristi d'apparato, preoccupati dalla sconsiderata febbre riformatrice che sembrava aver contagiato da qualche tempo i loro sovrani. Per questi personaggi, la costituzione del governo e le sue leggi fondamentali erano il prodotto di una tradizione imperscrutabile, che risultava rischiosissimo, oltre che del tutto illegittimo, cercare di rovesciare.

Noi non sappiamo l'incatenamento delle cose che concorrono alla sicurezza del mantenimento del Regno, e la necessaria connessione che ha l'una dell'altra — scriveva per esempio verso il principio degli anni Cinquanta Niccolò Fraggianni, uno dei maggiori esponenti della magistratura napoletana. Sappiamo all'ingrosso che la sua Costituzione fondamentale e tutta la sua forza è nelle arti civili, cioè nelle leggi e nel foro. Questa è la base sopra di cui riposa la pubblica tranquillità. In ogni Nazione vi è uno spirito

---

riprende Edouard TILLET, *La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 287; ma cfr. anche COMANDUCCI, *Ordine o norma?*, cit., pp. 194-196.

<sup>(36)</sup> Pensiamo soprattutto ai *Ragionamenti sopra la moneta, l'interesse del danaro, le finanze* di John Locke (Firenze, Bonducci, 1751), dove « costituzione » ricorre spesso nel senso già allora abituale in Inghilterra, e al *Diritto della natura e delle genti* di Samuel Pufendorf (Venezia, Valvasense, 1757-1759), importante soprattutto per la nota teoria delle leggi fondamentali come elemento caratterizzante del contratto di governo tra i sudditi e il sovrano.

generale sopra il quale la potenza stessa è fondata. Quando ella offende questo spirito, offende se stessa, e necessariamente si ferma <sup>(37)</sup>.

Nella pubblica giurisprudenza — notava qualche anno dopo Giulio Rucellai, altro importante magistrato toscano, ammonendo il governo lorenese a andar cauto nel mutare quelle norme cinquecentesche che avevano introdotto il principato a Firenze — si chiamano leggi fondamentali dello Stato quelle che danno la forma al governo di qualunque genere sia e tutto ciò che in esse si prescrive relativamente ai magistrati che vi si stabiliscono, riguardante la loro costituzione, è di forma [...]. Tale in Toscana è la celebre legge del 1532 per lo Stato fiorentino che è stata la base e il principio della monarchia <sup>(38)</sup>.

Non per tutti, però, la costituzione richiamava l'idea di un ordine antico ed intangibile. Proprio perché frutto della storia, e non della natura, essa poteva anche essere riscritta ex novo quando non fosse risultata più funzionale a procurare la « felicità della Nazione ». Così, nel 1755 una assemblea di deputati còrsi, riunita a Corte per iniziativa di Pasquale Paoli (fervente ammiratore di Montesquieu <sup>(39)</sup>), votò un documento che, pur senza autodefinirsi una costituzione e senza certo possedere i caratteri di una moderna carta costituzionale, reca nel suo preambolo una formula significativa:

La Dieta generale del Popolo di Corsica lecitamente patrone di se medesimo [...] volendo, riacquistata la sua libertà, dar forma durevole e costante al suo

---

<sup>(37)</sup> Niccolò FRAGGIANNI, *Promptuarium excerptorum*, pubblicato in appendice a Francesco DI DONATO, *Esperienza e ideologia parlamentare nella crisi dell'Ancien Régime. Niccolò Fraggianni tra diritto, istituzioni e politica (1725-1723)*, Napoli, Jovene, 1996, vol. II, p. 1011. Il testo, mai pubblicato fino ai nostri giorni, raccoglie una serie di appunti e di memorie di questo giurista, collocabili a cavallo tra gli anni Quaranta e Cinquanta del secolo. Grande ammiratore della nobiltà parlamentare francese, Fraggianni fu uno dei più decisi avversari delle riforme di Carlo III.

<sup>(38)</sup> Così in una memoria sulle funzioni e prerogative dell'antico Senato fiorentino, che la nuova dinastia minacciava di riformare radicalmente rispetto alle competenze che gli erano state assegnate appunto nel 1532 (il testo ora si può leggere in *Lo Stato del granduca (1530-1859). Le istituzioni della Toscana moderna in un percorso di testi commentati*, a cura di Luca Mannori, Pisa, Pacini, 2015, p. 158). Sulla personalità di Rucellai, famoso soprattutto per il suo forte impegno giurisdizionalista, ma che fu anche esponente di punta di quel 'partito toscano' ostile alle innovazioni più radicali progettate sotto il governo di Francesco Stefano, si può vedere la voce corrispondente redatta da chi scrive in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, il Mulino, 2013, vol. II, p. 1752.

<sup>(39)</sup> Del quale aveva conosciuto il pensiero attraverso la mediazione napoletana di Genovesi: Antoine-Marie GRAZIANI, *Pascal Paoli, père de la patrie corse*, Paris, Tallandier, 2004, pp. 58-61.

governo riducendoli a costituzione tale, che da essa ne derive la felicità della Nazione, ha decretato [...] <sup>(40)</sup>.

Queste righe, per quanto ancora conformi ad un uso tutto descrittivo del termine (ciò che la Dieta vuole introdurre non è una « costituzione » in senso normativo, ma una nuova organizzazione dello Stato, di cui la « costituzione » rappresenta solo lo specifico modo di essere), testimoniano bene come il nuovo linguaggio potesse prestarsi anche a sostenere importanti disegni di emancipazione politica: come ci conferma tutta una letteratura degli anni seguenti, in cui troviamo celebrata la « libera ed estesa costituzione » che Paoli aveva cercato di dare alla Corsica, liberando l'isola da un governo — quello genovese — « che per la sua stessa costituzione non può se non esser tiranno » <sup>(41)</sup>.

La maggior parte degli italiani, comunque, che in questa fase cominciano ad usare il termine « costituzione » nel suo nuovo significato si colloca in una posizione intermedia tra le due ora richiamate: nel senso che essa non è vista come un bastione insuperabile eretto contro ogni cambiamento, ma neppure come un assetto suscettibile di essere facilmente smantellato e ricostruito a colpi di decreti. Si veda per tutti l'abate Antonio Genovesi. Esponente di punta del movimento riformatore napoletano ed autore della terza traduzione italiana dell'*Esprit des Loix*, egli è uno di coloro che nel corso degli anni Sessanta più contribuiscono a diffondere in Italia il nuovo uso dell'espressione: assumendola però ancora in un senso assai generico, come quel complesso d'istituzioni non meglio definibili che s'innesta senza soluzione di continuità sui costumi e sulle abitudini più radicate di ogni popolo. Proprio per questo, « cambiare la costituzione », risulta impresa ardua, « figlia del tempo, non

---

<sup>(40)</sup> Il testo del documento si può ora leggere in *Costituzione della Corsica [1755]*, a cura di Pasquale Costanzo, Macerata, Liberilibri, 2008, p. 2. Per una contestualizzazione della vicenda che portò all'approvazione del testo, Fabrizio DAL PASSO, *Il Mediterraneo dei Lumi. Corsica e democrazia nella stagione delle rivoluzioni*, Napoli, Bibliopolis, 2006, pp. 112-121.

<sup>(41)</sup> Così la traduzione italiana del celebre *Account of Corsica* di James Boswell, pubblicata nel 1769 (James BOSWELL, *Relazione della Corsica*, London, Williams, (ma Lugano, Agnelli), 1769, p. CCXLVIII).

delle persone » (42), e da non intraprendere in modo avventato, in quanto il suo esito potrebbe essere « un rovesciamento dello Stato, cagione distruttiva di tutti i diritti pubblici e privati » (43). Al tempo stesso, non si può però prestar fede a chi grida ogni momento che « va a perire la costituzione e lo Stato » solo perché si è osato toccare l'interesse di qualche leguleio (44): il mondo non è immobile e la strada verso un miglioramento graduale deve sempre restare aperta. La costituzione, insomma, rappresenta per i nostri 'filosofi' il quadro di usanze politiche che conferiscono ad ogni Stato, quale che sia la sua forma di governo o il grado di libertà che vi si gode, un assetto stabile e duraturo, ma che non possono ostacolare un saggio e prudente progresso lungo la via delle riforme. Mentre per esprimere qualcosa di simile a ciò che è per noi, oggi, la costituzione come norma e come limite — la 'buona' costituzione, tipica, per intenderci, di quelli che allora si dicevano gli Stati non dispotici — l'espressione a cui si ricorre a gran preferenza è quella di « leggi » o « costituzioni fondamentali », di cui si cominciano a trovare in questi anni un buon numero di attestazioni (45).

---

(42) Antonio GENOVESI, *Della Diceosina, ossia della filosofia del giusto e dell'onesto* (1766), Venezia, Borghi, 1818<sup>3</sup>, t. I, p. 113.

(43) Ivi, p. 115.

(44) Ivi, p. 141.

(45) Qualche esempio. Giovan Battista Almici, introducendo nel 1757 la sua traduzione di Pufendorf, segnala come il primo compito del sovrano sia quello di mantener « inviolate le leggi fondamentali dello Stato », pubblicandole e portandole a conoscenza dei sudditi (*Il diritto della natura e delle genti*, cit., vol. I, p. XXXVIII); il pisano Anton Maria Vannucchi indica qualche anno dopo nelle leggi fondamentali dello Stato non solo « alcune ordinanze, colle quali il corpo della nazione determina qual debba essere la forma del governo, ma [...] ancora certe particolari convenzioni fra il popolo, e la persona ch'è prescelta all'imperio del medesimo. Sono chiamate leggi fondamentali, perché sono riguardate come una base, sopra di cui l'edificio politico stabilisce, e s'inalza » (Anton Maria VANNUCCHI, *Saggio intorno alle diverse forme dei Governi*, in Id., *Dissertazioni filosofiche*, Pisa, Polloni, 1760, pp. 112-3); il trentino Carlo Antonio Pilati, pur sostenendo in una sua celebre opera la necessità di ridimensionare drasticamente i privilegi del clero, riconosce tuttavia che esso « cogli altri corpi politici del principato serve per essere depositario, e custode delle leggi fondamentali del paese », senza le quali « la volontà del principe sarà istantanea e capricciosa, e niuna cosa vi avrà, che potrà essere tenuta come fissa e sicura » (Carlo Antonio PILATI, *Di una riforma d'Italia, ossia dei mezzi di riformare i più cattivi costumi e le più perniciose leggi d'Italia*, Villafranca [ma Coira], s.e., 1770<sup>2</sup>, p. 51); il milanese Alfonso Longo, rileva nel

Non c'è dubbio, allora, che nell'arco di un ventennio il vocabolario politico italiano abbia compiuto passi significativi. « Costituzione », certo, esplicitamente o implicitamente si accompagna sempre ad un complemento (costituzione di un governo, di uno Stato, di un popolo e via dicendo); e la sola valenza normativa che il vocabolo riesce ad esprimere è quella relativa alla conservazione di una determinata forma organizzativa. Per una cultura, però, che fino ad allora aveva faticato anche solo a concepire l'ordinamento in termini complessivi, una evoluzione del genere rappresenta un progresso notevole.

Attenzione però. Almeno fino alla fine degli anni Settanta, la frequenza di « costituzione » e di « leggi fondamentali » è sempre molto bassa nel discorso pubblico della Penisola. In tutti i numeri de *Il Caffè*, per esempio (la rivista-simbolo dell'illuminismo italiano) vi è una sola ricorrenza del termine nel senso che qui ci interessa <sup>(46)</sup> e due soltanto ne troviamo nel capolavoro di Beccaria <sup>(47)</sup>; mentre se consultiamo per questi stessi anni una banca di testi digitali, ci accorgiamo che l'incidenza quantitativa del nuovo significato rispetto a quello tradizionale di costituzione come « legge », « regolamento » o « ordinanza » è quasi marginale <sup>(48)</sup>. Il fatto è che gli intellettuali italiani più avanzati — che sono poi quasi gli unici, in

---

1773 che « un principe che governi solo e che non sia dispotico sarà monarca, cioè sarà l'amministratore di tutte le volontà e di tutte le forze secondo l'ordine della libertà civile e le costituzioni fondamentali, le quali altro non sono che quelle dello stato medesimo, che si suppongono essenziali a conservarlo quale sempre è sussistito » (Alfonso LONGO, *Istituzioni economico-politiche*, ora in *Illuministi italiani*, a cura di Franco Venturi, Milano-Roma, Ricciardi, 1958, vol. III, p. 264).

<sup>(46)</sup> Si tratta di un passo in cui si critica l'atteggiamento di Montesquieu nei confronti della nobiltà, rilevando che il Barone, qui come altrove, « ha piuttosto avuto in vista la costituzione della Francia che gli universali principi del diritto pubblico » (*Il Caffè, ossia brevi e vari discorsi già distribuiti in fogli periodici*, Venezia, Pizzolato, 1766<sup>2</sup>, t. I, p. 143).

<sup>(47)</sup> Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Losanna, s.e., 1765<sup>3</sup>, p. 34 e p. 42 (ed anche qui, si noti, una delle due volte la nozione è richiamata solo per polemizzare con chi si appella a qualche « strana costituzione » per giustificare la necessità di mantenere procedure arcaiche e arbitrarie, non più compatibili con la « natura di un governo ben organizzato »).

<sup>(48)</sup> La verifica è stata compiuta utilizzando la maschera di ricerca di Google-books per gli anni 1750-1770.

questa fase, effettivamente capaci di usare la parola nel suo nuovo senso — non sono molto sensibili ai valori evocati dal concetto corrispondente. « Costituzione », nel significato di Montesquieu, esprime l'essenza di ciò che sempre è stato e che per sua natura si oppone a quella esigenza di cambiamento che invece le élites pensanti del paese avvertono come una necessità sempre più impellente. Corpi intermedi, vecchi ordini nobiliari e grandi magistrature — le istituzioni tipiche, per Montesquieu, della costituzione di qualsiasi Stato europeo — rappresentano proprio ciò che uomini come Verri, Beccaria o Pilati vedono come i principali ostacoli lungo la strada di una « riforma d'Italia » ormai non più dilazionabile. Schierati a sostegno dei principi riformatori nella battaglia da essi ingaggiata contro i privilegi e le irrazionalità della società di corpi, personaggi del genere si curano poco della costituzione, quando addirittura non la considerano con malcelato fastidio. Ben vengano allora, come scrive Longo, le « costituzioni fondamentali » a fare del principe un vero « monarca » piuttosto che un despota. Essenziale è però che esso « governi solo », ponendosi come « l'amministratore di tutte le volontà e di tutte le forze » del corpo sociale <sup>(49)</sup>. Ciò che preoccupa, in questa fase, non sono « i sovrani che sedono sul trono, occupati a sciogliere la schiavitù del popolo, accessibili, umani, cittadini » <sup>(50)</sup>, ma « quell'intermediario dispotismo », « più crudele » di quello di qualsiasi tiranno, che viene esercitato da un'idea di corpi particolari <sup>(51)</sup>.

### 3. 1770-1790: dalla 'costituzione-struttura' alla costituzione come 'norma fondamentale'.

La situazione così descritta rimane grosso modo immutata fino al termine degli anni Settanta. Da un lato « costituzione », benché consolidi la sua presenza nell'uso linguistico, resta ferma al significato istituzionale già raggiunto nel ventennio precedente; mentre dall'altro non riesce a imporsi ancora all'attenzione delle élites

---

<sup>(49)</sup> LONGO, *Istituzioni*, cit., p. 264.

<sup>(50)</sup> Pietro VERRI, *Discorso sulla felicità* (1778), in Id., *I discorsi e gli altri scritti degli anni Settanta*, a cura di Giorgio Panizza, Roma, 2004, p. 269.

<sup>(51)</sup> BECCARIA, *Dei delitti*, cit., p. 202.

intellettuali come un termine-chiave del linguaggio politico. La rivoluzione delle colonie americane, in particolare, di cui pure i giornali italiani seguono con attenzione lo svolgersi, pubblicando tra l'altro alcuni dei testi costituzionali correlativi, non sembra produrre, nell'immediato, effetti rilevanti sul lessico politico. A livello teorico, il tentativo di valorizzazione del lemma apparentemente più interessante dell'intero decennio 1760-1770 si deve, curiosamente, ad un pensatore di tendenza pessimista, Giammaria Ortes, che tra il 1774 e il 1778 lavora intensamente ad un manoscritto dal titolo sorprendentemente moderno — *Delle diverse costituzioni nazionali* <sup>(52)</sup> —, nel quale « costituzione » ricorre con una certa frequenza. Il contenuto dell'opera, però — di taglio squisitamente filosofico e manifestamente influenzato dal Rousseau del *Discours sur l'origine de l'inégalité* — poco incide sulla sostanza del concetto. Ortes usa intanto « nazione » non nel significato odierno di una grande collettività sovralocale a carattere specificamente etnico-linguistico, ma per intendere una qualunque comunità politica autosufficiente, secondo l'uso prevalente allora in Italia (si pensi solo a Vico); mentre in nessuna delle sue pagine « costituzione » si distacca dall'impiego descrittivo di cui si è detto di sopra. Per « costituzioni nazionali » Ortes si riferisce dunque semplicemente al modo di essere delle varie comunità politiche, di cui egli descrive lo sviluppo in termini idealtipici, contrapponendo ad una loro « costituzione naturale », propria del felice stadio dell'infanzia del mondo, un'altra di carattere « artificiale », frutto della corruzione dei costumi tipica di tutte le società contemporanee. In particolare, a questo giudizio impietoso sullo stato attuale della politica, non segue assolutamente l'appello ad adottare una *nuova* costituzione, a contenuto normativo, che cancelli in blocco le ingiustizie di quelle attuali. La corruzione del presente è, per Ortes, una condizione strutturale. Essa può essere sì temperata per evitare lo scivolamento verso quella « costituzione nazionale dispotica » che rappresenta l'assetto peggiore possibile per qualsiasi società, ma certo non rovesciata in maniera radicale. « Costituzione », insomma, fotografa

---

<sup>(52)</sup> Si tratta di un testo scoperto e pubblicato solo di recente (Gian Maria ORTES, *Delle diverse costituzioni nazionali*, a cura di Maurizio Bazzoli, Milano, Franco-Angeli, 2006): su di esso, TRAMPUS, *Storia del costituzionalismo italiano*, cit., pp. 23-25.

l'esistente, e non permette di mutarlo attraverso il progetto di un qualche ordine alternativo.

Non diverse, dal nostro punto di vista, le conclusioni ricavabili da altre opere del periodo, in cui il significato neutro del termine comincia ad assumere, qua e là, una qualche coloritura più sostanziale, ma senza che il suo contenuto subisca ancora alcuna torsione decisiva. È il caso, per esempio (anche se su un piano completamente diverso da quello di Ortes) della *Storia di Milano*, scritta da Pietro Verri tra il 1776 e il 1783 per dimostrare la necessità e il valore delle riforme asburgiche. La tesi dell'opera è che, fin dal medioevo, il Ducato di Milano non è stato altro se non un casuale « aggregato di conquiste, di usurpazioni, di compre », i cui sovrani non hanno mai avuto « nessun altro titolo [...] per convincere popoli della legittimità della loro dominazione, che la forza », mentre solo nel secolo XVIII la regione sembra entrata finalmente in una nuova fase della sua storia <sup>(53)</sup>. Se, di norma, « costituzione » continua a indicare qui l'assetto o la forma dello Stato, qualunque essa sia (in questo senso, per es., si parla della « costituzione incerta » della « Repubblica di Milano » alla morte di Federico II <sup>(54)</sup>, o della sua « deformissima costituzione » nel corso della fase successiva <sup>(55)</sup>), Verri arriva talvolta ad ammettere che « la forma civile della società » è stata in certi momenti così confusa e incoerente da apparire come « non fondata sopra costituzione alcuna » <sup>(56)</sup>. Un po' come nella Francia degli stessi anni, si comincia a ritenere che l'antica costituzione dello Stato non sia neppure degna di questo nome, ammettendo quindi implicitamente che il termine abbia un senso più specifico e più normativamente connotato di quello abituale <sup>(57)</sup>. Qui però ci si arresta: senza riuscire né a intravedere il

---

<sup>(53)</sup> Pietro VERRI, *Storia di Milano*, La Maddalena, Aonia Edizioni, 2011, p. 261.

<sup>(54)</sup> Ivi, p. 147.

<sup>(55)</sup> Ivi, p. 148.

<sup>(56)</sup> Ivi, p. 166.

<sup>(57)</sup> Per la letteratura francese, basti il richiamo a Guillaume-François LE TROSNE, *De l'administration provinciale et de la réforme de l'impôt*, Basle, s.e., 1779, p. 126, dove si segnala che l'ormai imminente rivoluzione preparata dal pensiero fisiocratico « ne peut pas manquer de blesser ce qu'en France on appelle constitution, ou du moins ce qu'en tient lieu ». Fondata su un ormai inaccettabile « esprit de corps », la

profilo di una nuova, possibile costituzione unitaria né tantomeno ad assegnare alla nazione nel suo complesso una qualche competenza nel produrla (è fuori questione che le vere riforme richiedono « un solo principio motore », discendente dall'alto: solo il « pietoso e illuminato » governo di Giuseppe II avrebbe potuto restituire al Milanese una sua coerenza istituzionale <sup>(58)</sup>).

Su queste posizioni troviamo allineati a un dipresso tutti i migliori intellettuali italiani di questa fase: i cui occhi, fissi sulla persona del principe, non riescono ancora a intravedere alcuna possibilità di ricostituire lo Stato appellandosi alla comune volontà dei suoi sudditi. Paradossalmente, l'unico tentativo di produrre una vera costituzione in senso formale compiuto in Italia avanti lo scoppio della rivoluzione francese non maturò nell'ambito di qualche circolo intellettuale, ma scaturì dalla solitaria iniziativa di un sovrano. Si tratta, com'è noto, della eccezionale esperienza di Pietro Leopoldo di Asburgo-Lorena, che a partire dal 1779 si impegnò ad elaborare per la Toscana un testo costituzionale avente a un dipresso gli stessi caratteri formali di quelli americani <sup>(59)</sup>. Concepito come un patto tra il principe e la società, rappresentata di fronte a lui attraverso i suoi « stati », a livello lessicale quel testo si basava sulla identificazione esplicita dei due termini di « costituzione » e « leggi fondamentali », come notava lo stesso Pietro Leopoldo in una memoria preparatoria:

le costituzioni, che contengono le descrizioni e limiti delle facoltà tanto dei principi che dei stati, si chiamano leggi fondamentali dei governi. Per legge fondamentale dello Stato s'intende il contratto col quale è stata accordata

---

vecchia costituzione non potrà che cedere il posto ad una del tutto diversa, espressione dell'« esprit national ».

<sup>(58)</sup> VERRI, *Storia di Milano*, cit., p. 155.

<sup>(59)</sup> Su questo notissimo episodio cfr. soprattutto Bernardo SORDI, *L'amministrazione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina*, Milano, Giuffrè, 1991 e TRAMPUS, *Il costituzionalismo italiano*, cit., pp. 118-139. Il testo definitivo del progetto ed una scelta dei materiali preparatori si possono leggere ora in *Lo Stato del granduca*, cit., pp. 196-203; mentre tutti gli atti preparatori oggi rimasti sono consultabili on line sul sito del « Centro interuniversitario di ricerca sulla storia delle città toscane », [www.circit.it](http://www.circit.it), sotto la voce *Il progetto di costituzione di Pietro Leopoldo*.

l'autorità dalli stati e che limita e prescrive i doveri ed obblighi [...] dei sudditi [...] verso il loro primo magistrato <sup>(60)</sup>.

Conformemente a tali premesse, il testo si apriva proprio autodefinendosi come una « Costituzione fondamentale da osservarsi indistintamente in tutta l'estensione del Granducato di Toscana come legge di convenzione e come fondazione di quella forma di governo che con le Nostre originali facoltà intendiamo e vogliamo stabilire e conservare tanto per Noi che per i Nostri successori » <sup>(61)</sup>. Generato dal bisogno di assegnare un solido fondamento al nuovo ordinamento statale scaturito dalle grandi riforme degli anni precedenti, il progetto leopoldino, d'altra parte, non solo rimase assolutamente segreto e del tutto sconosciuto, fino a un Ottocento avanzato, alla opinione pubblica italiana, ma si scontrò anche con le forti perplessità dei pochissimi funzionari che ne furono messi a conoscenza. Almeno inizialmente, nessuno di costoro comprese il senso di una operazione che sembrava limitare in modo drastico la provvida capacità del sovrano di beneficiare i propri sudditi e che chiamava al tempo stesso questi ultimi ad un compito per il quale essi erano palesemente inadeguati, quale quello di collaborare col principe al governo dello Stato tramite una rappresentanza legislativa <sup>(62)</sup>. Per le nostre élites, in sostanza, il tempo della costituzione era ancora ben al di là da venire. Troppo gracili e isolate, sul piano sociale, per immaginarsi nel ruolo di una autonoma classe dirigente, esse non aspiravano che ad assistere e a consigliare i loro sovrani

---

<sup>(60)</sup> Pietro Leopoldo D'ASBURGO-LORENA, *Idee sopra il progetto della creazione delli stati* (1779). Gli « stati » di cui di cui parla il documento corrispondono alla assemblea generale delle comunità territoriali toscane che il principe intendeva appunto istituire, conferendo ad essa anche un insieme di competenze non solo legislative, ma anche costituzionali.

<sup>(61)</sup> Così il proemio del progetto definitivo, redatto nel 1782.

<sup>(62)</sup> Celebri, soprattutto, le perplessità manifestate al principe da Francesco Maria Gianni che, pur ammirato dal « meraviglioso pensiero » del suo sovrano, pronosticò ad esso una « infelice riuscita »: « il toscano — infatti —, e specialmente il fiorentino, ormai da più di due secoli ha perduta l'abitudine di pensare allo Stato. Non conosce di patria altro che un recinto di mura dentro cui nacque a caso. Non sente interesse dove non ha di che calcolare l'acquisto immediato o lo scapito momentaneo della propria borsa [...]. Teme il potere senza distinguere e senza apprezzare l'autorità e per conseguenza aborrisce la legge che si oppone all'interesse privato », e via dicendo.

nella grande opera di riforma in cui li vedevano impegnati. Ogni obbiettivo ulteriore era per esse, più che anacronistico, scarsamente comprensibile.

Nel corso degli anni Ottanta, tuttavia, il quadro si fa più mosso. Il ritmo delle riforme in alcuni Stati segna il passo (come in Piemonte), in altri (è il caso di Napoli) assume un aspetto sordinato e contraddittorio, mentre in altri ancora imbocca direzioni imprevedute (così in Lombardia, dove il giuseppinismo punta ora a creare un rigido Stato burocratico, direttamente dipendente da Vienna). L'alleanza che si era stabilita durante la prima parte del secolo tra i 'filosofi' ed i principi comincia ad incrinarsi, mentre si fa strada la sensazione che le riforme siano servite più a minare i fondamenti della società di corpi che a creare un nuovo, solido ordine conforme ai principi della ragione. È in questo contesto che matura il bisogno di rintracciare, dietro alla facciata di una politica sempre più confusa ed incerta, una costituzione capace di garantire allo Stato quella coesione che la semplice volontà dei sovrani non sembra più in grado di assicurare; ed è così, appunto, che il nostro termine va incontro tanto ad un notevole incremento quantitativo che ad un sensibile arricchimento semantico.

Un buon esempio di questa tendenza è offerto dalla celeberrima *Scienza della Legislazione* di Gaetano Filangieri, pubblicata a Napoli tra il 1780 e il 1785 <sup>(63)</sup>. Com'è noto, si tratta di un'opera del tutto coerente con la prospettiva dell'assolutismo illuminato, ed anzi fortemente ostile a quel « governo misto » di matrice inglese idea-

---

(63) Un ultimo volume, ulteriore rispetto ai quattro pubblicati in vita dall'autore, uscirà postumo nel 1791. Com'è noto, l'interpretazione dell'opera di Filangieri ha suscitato alcuni anni or sono vivaci polemiche tra gli storici italiani. Alcuni di essi, infatti, in controtendenza rispetto alla lettura tradizionale, vi hanno rinvenuto la presenza di una forte vena repubblicana, in qualche modo legata al costituzionalismo americano (Vincenzo FERRONE, *La società giusta ed equa. Repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Bari, Laterza, 2003), mentre altri (a nostro avviso più fondatamente) hanno continuato a vedervi la massima espressione del razionalismo filo-assolutista proprio dell'ultima fase dell'età dei lumi (Carlo CAPRA, *Repubblicanesimo dei moderni e costituzionalismo illuministico: riflessioni sull'uso di nuove categorie storiografiche*, in « Società e storia », XIV (2003), pp. 1-17). Nel testo, seguiamo questa seconda lettura.

lizzato da Montesquieu e da De Lolme <sup>(64)</sup>, che qui viene denunciato invece come una semplice riedizione della corrotta società di ceti. Tuttavia, il concetto di « costituzione » ricorre in queste pagine con una frequenza molto superiore rispetto a quella riscontrabile in qualsiasi trattato giuspolitico precedente <sup>(65)</sup>; e benché il significato del termine sia ancora fundamentalmente quello di ‘costituzione-struttura’, esso si carica di una serie d’implicazioni decisamente innovative.

Ogni società civile — scrive infatti Filangieri — suppone l’esistenza d’una costituzione, e di una persona morale, che rappresenti la sovranità. Qualunque sia questa costituzione, qualunque sia questo rappresentante della sovranità, ogni cittadino nascendo contrae il dovere di conservare illesa la costituzione del governo, e di difendere questa persona morale che ne rappresenta la sovranità <sup>(66)</sup>.

« Costituzione » appare ormai associata strettamente a « rappresentanza »: cioè alla necessità che il corpo politico possa riconoscersi nella volontà unitaria di un sovrano il quale dev’essere a sua volta « costituito » in qualche modo. La stagione degli Stati composti e dei governi giurisdizionali — quelli che di una costituzione potevano permettersi di fare anche a meno — è ormai alle spalle. Lo Stato è ora immaginato (hobbesianamente) come una *persona repraesentativa*; e proprio per questo esso deve basarsi su una propria costituzione, intesa come quello schema ordinante complessivo che gli permette di esprimere una volontà comune. Muovendosi nell’ambito di questo stesso ordine d’idee, un altro illuminista meridionale di quegli anni attribuiva al nostro concetto un’ulteriore estensione, di carattere garantistico e quindi prescrittivo:

In tutte le società v’ha dunque una general costituzione, che è riposta nell’unione delle volontà tutte, ad oggetto di conservare i diritti e le proprietà

---

<sup>(64)</sup> L’opera di quest’ultimo — ricordiamo —, *De la constitution d’Angleterre*, pubblicata in francese nel 1771, poi in inglese nel 1775, era stata tradotta in italiano qualche anno dopo (Rossi, Siena, 1778).

<sup>(65)</sup> Solo nel primo dei sei tomi in cui l’opera era suddivisa, secondo una sua edizione ottocentesca oggi disponibile in modalità digitalizzata (Milano, Tipografia dei Classici Italiani, 1822), se ne contano ben 34 occorrenze.

<sup>(66)</sup> Gaetano FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione*, IV, 3, 43, edizione critica diretta da Vincenzo Ferrone, Venezia, Centro di studi sull’illuminismo europeo, 2004, vol. IV, p. 159.

di tutti: o che sia questa fondamentale legge espressa, o che sia tacita, quando ella manca, manca dell'intutto il corpo sociale <sup>(67)</sup>.

Come Filangieri, anche Mario Pagano non stava ancora elaborando alcun progetto consapevolmente « costituzionale » (la sua visione della storia, del resto, modellata su quella di Gian Battista Vico, almeno in questa fase non lo aiutava affatto ad immaginare un futuro di accresciute libertà politiche <sup>(68)</sup>). E tuttavia anch'egli non riusciva più a concepire l'ordine sociale prescindendo dall'idea di una costituzione che ne garantisse la tenuta e assicurasse i diritti dei suoi membri rispetto a chi era tenuto a impersonarne la volontà.

A tutto ciò si aggiunga, infine, che « costituzione » si associa sempre più, nel corso del decennio, ad un altro termine che abbiamo già visto abbinarsi ad essa, ma che si appresta ad assumere una caratura politica di prima grandezza, quello di « nazione ». La nazione è appunto il soggetto collettivo di cui la costituzione deve assicurare l'unità, la coesione e il benessere; e ciò non solo tramite l'istituzione di un comune sovrano, ma anche sul piano concretamente giuridico e amministrativo. Un'ottima testimonianza dell'uso combinato dei due concetti è offerta dai testi di un altro illuminista meridionale, Giuseppe Maria Galanti, noto per l'impegno profuso in questi anni nel monitorare la vita economica e civile delle varie province del reame di Napoli <sup>(69)</sup>. Premesso che per Galanti la « costituzione politica e civile del regno » corrisponde al complesso di istituzioni che avvicinano e fondono insieme le varie parti della

---

<sup>(67)</sup> Francesco Mario PAGANO, *Saggi politici dei principii, progressi e decadenza delle società*, Lugano, Ruggia, 1831, vol. II, p. 283. L'opera (della quale citiamo anche qui una edizione successiva, reperibile in formato digitale) uscì per la prima volta a Napoli in due volumi tra il 1783 e il 1785 e fu ampliata in occasione di una seconda edizione del 1792 (il passo citato è comunque già presente nella versione originaria).

<sup>(68)</sup> « Le società tutte partono sempre dall'anarchia e corrono a piombare nel dispotismo. Si trovano ben di rado nel fortunato mezzo di una temperata costituzione, nella quale un attivo e regolare ordine alla libertà s'accoppi » (ivi, vol. II, p. 305). Per un inquadramento critico del pensiero di Pagano, cfr. per tutti Eluggero PII, *Progresso e potere nei 'Saggi Politici' di Francesco Mario Pagano*, in « Il pensiero politico », XXXVIII (1995), pp. 58-72.

<sup>(69)</sup> Su Galanti, cfr. in breve Antonio PIZZALEO, *Galanti Giuseppe Maria*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 51, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1998 (testo on line).

« nazione napoletana », ciò che egli scopre nel corso dei suoi continui viaggi è che:

noi non ancora ci abbiamo una nazione formata: noi non abbiamo una buona costituzione civile. La dolcezza del governo e la moderazione de' costumi sono i soli principi che ci reggono contro un sistema di confusione <sup>(70)</sup>.

Dopo secoli d'incuria, in cui il regno non è stato altro che « un composto di diverse classi di persone, nemiche tra loro, ma intente ciascuna a fare delle usurpazioni sul patrimonio della salute pubblica » <sup>(71)</sup>, il governo attuale ha iniziato, è vero, a promuovere attivamente la prosperità della nazione, ma senza alcuna organicità e chiarezza progettuale <sup>(72)</sup>. In realtà, conclude Galanti, « non si può ottenere una riforma veramente vantaggiosa e durevole che coll'accordare alla nazione medesima il diritto di chiederla » <sup>(73)</sup>; e ciò per mezzo di un'assemblea generale in cui i diversi ordini dei cittadini possano « discutere i loro diritti, le loro pretensioni reciproche, approssimarsi e conciliarsi per essere felici » <sup>(74)</sup>.

D'altra parte, questo processo di graduale messa a fuoco di una costituzione anche solo approssimativamente 'moderna' non riesce a chiudersi, in Italia, prima dello scoppio della rivoluzione francese. Per quanto il nostro termine, infatti, tenda a guadagnare in spessore semantico e in ricchezza evocativa, il suo significato resta vago e il suo impiego per lo più occasionale; e ciò fin quando le gazzette del 1789 non cominciano a riferire delle proposte che, in Francia, puntano a « rovesciare totalmente l'antica monarchia, sorta

---

<sup>(70)</sup> Giuseppe Maria GALANTI, *Descrizione dello stato antico ed attuale del contado di Molise*, Napoli, Società letteraria e tipografica, 1781, t. I, pp. 231-232.

<sup>(71)</sup> Ivi, p. 215, riferendosi in particolare alla fase della « costituzione del Regno sotto i Re Aragonesi ».

<sup>(72)</sup> « Io veggio il nostro governo far degli sforzi per trarre la nazione da quello stato di discordia e di languore, in cui giace per mali accumulati da molti secoli [...] Ma a coloro che governano non sempre si mostrano le cose nella loro vera essenza; e talvolta accade per questo che si veggono i mali giungere al colmo, colle migliori intenzioni » (GALANTI, *Descrizione*, cit., t. I, p. 11). Per un'analisi dei limiti del riformismo borbonico in questa fase, ancora insuperata la lettura di Raffaele AJELLO, *I filosofi e la regina. Il governo delle Due Sicilie da Tanucci a Caracciolo (1776-1786)*, in « Rivista storica italiana », CIII (1991), pp. 398-454.

<sup>(73)</sup> GALANTI, *Descrizione*, cit., p. 198.

<sup>(74)</sup> *Ibidem*, richiamandosi all'insegnamento di Condillac.

confusamente dalle rovine del governo feudale, per dare al regno una costituzione stabile, avvicinandola a quella della democrazia » (75). È solo dopo questo tornante fondamentale che alcuni intellettuali italiani prendono ad usare « costituzione » non più per intendere l'organizzazione di un governo qualsiasi, ma in un senso pienamente normativo. Così, tipicamente, Pietro Verri: che dopo essere stato uno dei più accesi sostenitori del dispotismo illuminato, già alla metà degli anni Ottanta si è convinto che tutto il progetto politico sviluppato in Lombardia da Giuseppe II abbia sortito un esito disastroso (76). Una volta distrutti i vecchi corpi intermedi, infatti, l'Imperatore, « invece che creare una norma fissa e stabile di governo, ossia una costituzione, rese sempre più funesta la prepotenza ministeriale », sostituendo « il potere di un ospodaro », come il plenipotenziario Gianluca Pallavicini, a quella che era stata, un tempo, l'autorità del Senato milanese e dei magistrati cittadini (77). Proprio per uscire da questa « condizione miserabile e precaria », dunque, rileva il nostro filosofo verso la metà del 1790,

una costituzione finalmente convien cercare, cioè una legge inviolabile anche nei tempi avvenire, la quale assicuri ai successori [del sovrano in carica] la fedeltà nostra di buoni e leali sudditi, ed assicuri ai cittadini un'inviolabile proprietà [aprendo sempre loro la possibilità di] avvisare il monarca degli attentati che il ministero coll'andar del tempo potesse promuovere per invaderla (78).

Purtroppo, però, la scoperta del nuovo concetto da parte delle élites italiane coincise quasi perfettamente con la chiusura di ogni disponibilità al dialogo da parte dei loro sovrani, terrorizzati dai

---

(75) Così, per tutti, la *Gazzetta universale*, periodico fiorentino tra i più letti nella Penisola, già nel suo numero del 14 febbraio di quell'anno (per il ruolo di questo importante giornale all'inizio della Rivoluzione, cfr. Giovanni LUSERONI, *Cronache della Rivoluzione francese. La Gazzetta Universale del 1789*, Milano, FrancoAngeli, 1990).

(76) Su questa svolta spettacolare, altamente emblematica di una più generale inversione di rotta della cultura politica italiana di questi anni, cfr. Carlo CAPRA, *I progressi della ragione. Vita di Pietro Verri*, Bologna, il Mulino, 2002, pp. 513-565.

(77) Così in una delle varie memorie non destinate alla pubblicazione prodotte da Verri in questi anni, dal titolo *Pensieri del conte Pietro Verri sullo stato politico del Milanese nel 1790*, ora in Pietro VERRI, *Scritti politici della maturità*, Roma, Edizioni di Storia e letteratura, 2010, p. 396.

(78) Ivi, p. 408.

terribili sviluppi assunti dal movimento rivoluzionario francese. L'arroccarsi dei governi, dal 1792 in poi, su posizioni apertamente reazionarie, non solo troncò ogni possibile dibattito costituzionale, ma escluse definitivamente che in Italia potesse metter radici qualcosa di simile ad una costituzione basata sulla reinvenzione di antiche istituzioni autoctone e sul rilancio di una pratica pattizia <sup>(79)</sup>. L'idea moderna di costituzione era emersa troppo tardi, da noi, per fare in tempo a darsi un veste in qualche modo 'tradizionale'.

#### 4. *La frattura rivoluzionaria e l'avvento della costituzione moderna.*

A segnare, dunque, il vero ingresso di « costituzione » nel lessico politico italiano è il 1796, che pone fine all'embargo del termine e lo trasforma in una delle parole-chiave del nuovo linguaggio rivoluzionario. Certo: per tutto il corso del triennio, « costituzione » non giungerà mai a godere di una popolarità comparabile a lemmi come, per esempio, « democrazia », « eguaglianza », « patria » o « rigenerazione ». Termine soffuso sempre di un certo grado di astrattezza, esso si vedrà spesso preferite espressioni di più immediata percezione (si pensi solo al quesito del « celebre » concorso milanese del settembre 1796 su « quale dei governi liberi

---

<sup>(79)</sup> L'unico tentativo di questo genere che si registrò in area italiana, quantomeno prima della fine del Settecento, fu quello legato alla cosiddetta « sarda rivoluzione » del 1793: un moto costituzionale, cioè, indirettamente stimolato dalla rivoluzione francese, ma finalizzato a restaurare l'autorità degli antichi « Stamenti » del Regno di Sardegna, reagendo alle politiche centralizzatrici promosse nell'isola dai Savoia a partire dai decenni centrali del secolo. Più che al concetto di costituzione, ormai intriso di una forte connotazione rivoluzionaria, i patrioti sardi si richiamarono in questa occasione alla più tradizionale nozione di « leggi fondamentali »: cfr. i documenti costituzionali pubblicati e commentati da Italo BROCCHI, *La Carta autonomistica della Sardegna tra antico e moderno. Le "Leggi fondamentali" nel triennio rivoluzionario 1793-1796*, Torino, Giappichelli, 1992, e il saggio di Antonello MATTONE, Pietro SANNA, *Costituzionalismo e patriottismo nella "sarda rivoluzione"*, in *Universalismo e nazionalità nell'esperienza del giacobinismo italiano*, a cura di Luigi Lotti, Rosario Villari, Bari, Laterza, 2004, pp. 191-244. Una matrice parzialmente diversa, anche se parimenti ostile al costituzionalismo rivoluzionario, è invece quella propria della costituzione del Regno di Corsica del 1794, sorta di formalizzazione scritta del modello inglese che non presenta più alcuna continuità intenzionale con le istituzioni precedenti della storia dell'isola.

meglio convenga alla felicità dell'Italia »: dove, appunto, si parla di governi « liberi » e non « costituzionali », nonostante che anche l'aggettivo cominciasse ad essere ormai abbastanza largamente circolante <sup>(80)</sup>). La centralità della parola, però, nell'ambito del nuovo universo discorsivo è fuori questione; com'è pure evidente l'enorme scarto che separa il suo significato attuale da quello che aveva raggiunto nelle pagine dei pur più avanzati illuministi pre-rivoluzionari. Se per Verrì la costituzione era ancora semplicemente il « tubo ottico » tramite il quale il monarca avrebbe potuto vedere la verità che i ministri cercavano continuamente di celargli <sup>(81)</sup>, adesso essa è divenuta l'atto con cui un popolo sovrano fonda la propria esistenza politica. Lo dirà bene Giuseppe Compagnoni, prima al Congresso di Reggio (« la proclamazione della libertà, indipendenza, sovranità del popolo è un atto che non finisce in se stesso, ma che ha un necessario compimento soltanto nell'opera della Costituzione messa in attività. Allora adunque dicesi veramente costituito uno Stato: cioè allora ha la piena e legittima sua configurazione, che consiste, come ognuno sa, nella distribuzione dei tre poteri » <sup>(82)</sup>), poi nel suo manuale universitario (« creato il popolo per mezzo del contratto sociale, esso resterebbe ancora una massa informe e monotona, incapace di movimento ordinato » se non organizzasse la sua capacità politica tramite appunto una « costituzione » <sup>(83)</sup>). Di qui, la definitiva disambiguazione del nostro termine. Esso non è più predicabile, per Compagnoni, delle tante « forme politiche » erette « sulla pubblica corruzione » e che hanno usurpato per tanto tempo questo sacro nome solo perché hanno tenuto insieme « in qualunque modo gli uomini che non avrebbero dovuto starvi se non costituiti sui soli principi della libertà e

---

<sup>(80)</sup> Erasmo LESO, *Lingua e rivoluzione. Ricerche sul vocabolario politico italiano del triennio rivoluzionario*, Venezia, Istituto Veneto di Scienze, lettere ed arti, 1991, pp. 288-289.

<sup>(81)</sup> VERRI, *Pensieri*, cit., p. 421.

<sup>(82)</sup> Giuseppe COMPAGNONI, *Discorso sui governi provvisori* (2 gennaio 1797), in *Gli atti del Congresso Cispadano della città di Reggio (26 dicembre 1796-9 gennaio 1797)*, a cura di Vittorio Fiorini, Roma, Società ed. Dante Alighieri, 1897, pp. 165-166.

<sup>(83)</sup> ID., *Elementi di diritto costituzionale democratico* (1797), Milano, Spirali, 2008, p. 127.

dell'uguaglianza»<sup>(84)</sup>, ma deve essere riservato ai soli governi generati da una scelta costituente.

Ecco, allora, che disporre di una costituzione (di una costituzione 'vera', espressione libera e immediata della sovranità del popolo) diventa, per gli italiani del triennio rivoluzionario, una necessità assoluta, che segna il discrimine stesso tra l'essere e il non essere. Ma ecco anche emergere il problema capitale che avrebbe ossessionato i nostri patrioti per tutto il corso dell'età napoleonica: quello, cioè, di capire fino a che punto una costituzione di questo tipo fosse effettivamente sostenibile da parte di un popolo che non era passato attraverso il filtro di alcuna autentica rivoluzione. Nell'arco di pochi anni, in effetti, lo sviluppo semantico del nostro vocabolo era andato incontro ad una accelerazione rapidissima, che reclamava per sua natura l'immediato superamento del vecchio sistema di appartenenze micropolitiche caratteristico di tutta la precedente esperienza italiana a favore di una nuova dimensione nazionale di cui ben pochi tra gli abitanti della Penisola avevano un qualche sentore. Privi di qualsiasi alternativa praticabile rispetto all'esigentissimo modello della costituzione rivoluzionaria, i patrioti che per primi si cimentarono col problema di « democratizzare » l'Italia si riconobbero tutti in uno stesso programma. Una volta ammesso che « di poco la nostra costituzione potrebbe scostarsi dall'opera maestosa e sublime della repubblica francese »<sup>(85)</sup>, essi si affrettarono però ad aggiungere che, « prima di stabilire una libera costituzione, bisogna rigenerare il popolo ai principi della Giustizia », abbattendo le istituzioni della disuguaglianza e radicando nella mentalità collettiva il nuovo sentimento della fratellanza repubblicana<sup>(86)</sup>.

---

<sup>(84)</sup> Ivi, p. 134.

<sup>(85)</sup> Giovanni RISTORI, *Discorso sopra il quesito Quale dei governi liberi convenga meglio all'Italia*, in *Alle origini del Risorgimento. I testi di un 'celebre' concorso*, a cura di Armando Saitta, Roma, Istituto storico italiano per l'età moderna e contemporanea, 1964, vol. III, p. 94. Solo per « delicatezza », aggiungeva Ristori, il bando di concorso aveva formulato il quesito in termini aperti.

<sup>(86)</sup> Ancora RISTORI, *ibidem*. Ma cfr. anche, per es., Melchiorre Gioia: « dopo che i rappresentanti del popolo avranno distrutto gli abusi che più degli altri colpiscono la pubblica opinione, allora ed allora soltanto sarà tempo che proclamino la civile costituzione. La distruzione degli abusi annientando de' pregiudizi, togliendo di mezzo

Quanto fosse necessario un preliminare intervento del genere lo provarono gli stessi, confusi esordi della libertà italiana: segnati dai grotteschi tentativi di vari gruppi privilegiati di adattare la nuova forma costituzionale agli angusti spazi dei loro municipi (com'è noto, la prima costituzione ad essere ufficialmente promulgata in Italia fu quella bolognese, che applicava il testo francese dell'anno III ad una minuscola « nazione » cittadina, desiderosa soltanto di staccarsi dal dominio pontificio per riacquistare qualcosa di simile alla autonomia di cui aveva goduto nel medioevo <sup>(87)</sup>). All'inizio decisamente ottimisti circa la possibilità di portare a termine in breve tempo questo processo di rinnovamento culturale, i rivoluzionari italiani si accorsero poco per volta di quanto profondo fosse invece lo scarto mentale che si opponeva alla recezione di un'idea moderna di costituzione nel nostro paese.

« Il popolo cisalpino è costituito — scriveva per esempio Compagnoni nel 1798 —: cioè ha una forma di governo fissa, non alterabile, fuorché secondo le norme stabilite da questa stessa forma, che è la Costituzione ». Quel popolo, d'altra parte, « composto dei rottami di varie tribù italiane per antiche vicende separate le une dalle altre », avrebbe avuto bisogno di « un lavacro preliminare alla sua costituzione. Se da una massa di schiavi ammoliti, e ignoranti volevasi fare un popolo nuovo, pieno del senso della propria indipendenza, e capace di condursi da sé con libero governo, bisognava porre in fermento questa massa onde ribollendo staccarne i vizi, e gli orrori » <sup>(88)</sup>. Dato, però, che la « trasmutazione » politica avvenuta in Italia era stata solo « l'opera di avvenimenti casuali », non vi era altra strada che affidare alla costituzione stessa e alle sue nuove pratiche istituzionali il compito di condurre il popolo verso una

---

delle vili passioni, permetterà alle idee sublimi della costituzione d'unirsi e d'amalgamarsi coi sentimenti del cuore umano » (*Dissertazione sul problema dell'Amministrazione Generale della Lombardia: Quale dei governi* etc., ivi, vol. II, p. 110).

<sup>(87)</sup> Sulla genesi di questo testo, approvato solennemente nella cattedrale di San Petronio il 4 dicembre 1796, cfr. per tutti Mirco DEGLI ESPOSTI, *La Repubblica bolognese nel triennio 1796-1799 e la prima costituzione italiana*, in « Scienza e politica », XV (1996), pp. 81-100.

<sup>(88)</sup> Giuseppe COMPAGNONI, 'Costituito', *ad vocem*, in ID., *Il vocabolario democratico*, ora in *I giornali giacobini italiani*, a cura di Renzo De Felice, Milano, Feltrinelli, 1962, p. 481.

nuova consapevolezza di sé — un processo « un po' lungo », notava l'autore, ma che ancora a questa altezza egli considerava abbastanza sicuro nei suoi esiti <sup>(89)</sup>. Speranze del genere, tuttavia, si fanno via via più esili lungo il corso del 'triennio'; fino a quando la terribile esperienza delle 'insorgenze' del '99 spazza via ogni possibile illusione al riguardo.

Chi riprende, dunque, il filo della riflessione costituzionale all'indomani di Marengo tende ormai a seguire prospettive molto diverse da quelle del '96. Prima di pensare alla costituzione, è infatti indeclinabile mettere in forma una nazione che ancora non c'è e la cui produzione può spettare solo allo Stato. Il modello costituente rivoluzionario viene quindi completamente rovesciato. Non è la nazione a generare lo Stato attraverso il suo potere costituente, ma lo Stato che costruisce la nazione per mezzo di un paziente processo pedagogico, ponendola in grado di giungere poco alla volta a darsi quella vera costituzione che essa attualmente non è capace di esprimere. Nel frattempo — nell'intervallo temporale, cioè, necessario a trasformare « gli abitanti di una provincia » nei « cittadini di una nazione », come avrebbe scritto più tardi Vincenzo Cuoco — gli italiani non si dimostrarono molto interessati a definire esattamente il regime di transizione sotto il quale essi si trovavano a vivere. Benché la propaganda ufficiale del regime sostenesse la natura pienamente « costituzionale » dello Stato napoleonico, per molti patrioti era evidente che esso non poteva e forse neppure doveva avere un carattere del genere.

Le parti là regnano dove uno, assoluto, universale non è il governo — avrebbe scritto Foscolo all'inizio del 1802, salutando Napoleone in occasione dei Comizi di Lione —; né per me conosco alcun savio italiano, il quale stimi a un tratto da te ordinare per noi una perfetta Costituzione; bensì, ove le cose della Repubblica siano educate sulla giustizia, sì che la universalità goda della riposata e facile vita, per la quale i fieri mortali alla loro solitaria libertà rinunziarono, agevolmente poi la esperienza degli anni e la natura stessa della nazione [...] compiranno un codice di leggi <sup>(90)</sup>.

---

<sup>(89)</sup> Ivi, p. 482.

<sup>(90)</sup> Ugo FOSCOLO, *Orazione a Bonaparte per i Comizi di Lione*, in Id., *Scritti letterari e politici dal 1796 al 1808*, a cura di Giovanni Gambarin, Firenze, Le Monnier, 1972, p. 226.

L'età napoleonica si configura dunque, sul piano costituzionale, come una sorta di tempo dell'attesa. Nel corso del quale (come testimonia, per tutti, un noto pamphlet di propaganda del governo di Melzi) il nostro termine non evoca più la pur seducente « immagine di un popolo, che spontaneamente e in assoluta libertà si dà una forma di governo, ne fa costituzione, ed elegge chi dipoi realizzata la conservi tal quale gli viene consegnata »<sup>(91)</sup>. « Come possono — infatti — stare ordine e libertà in mezzo a molte separate migliaia d'uomini, che forman milioni, uomini tutti da previe abitudini a somma discordia preparati? »<sup>(92)</sup>. Solo un saggio legislatore potrà, rinnovando il mito di Licurgo, produrre il testo capace di coagulare una somma di identità tanto variegata. E questo testo, a sua volta, per risultare davvero all'altezza del suo compito, dovrà abbandonare il postulato rivoluzionario dell'unicità dell'interesse generale per aprirsi invece a registrare il più fedelmente possibile la gran quantità d'interessi locali e settoriali nei quali la nazione naturalmente si articola. È la grande proposta formulata da Cuoco nel 1801<sup>(93)</sup> e destinata a segnare, in varia misura, tutto il percorso del Risorgimento fino alla vigilia del 1848: quella, in sostanza, di una costituzione a base municipale e pluralista — la sola capace di adattarsi al profilo di una nazione italiana troppo variegata e complessa per potersi riconoscere nella lezione rivoluzionaria<sup>(94)</sup>.

---

<sup>(91)</sup> [Bartolomeo BENICASÀ], *Ragionamento sui destini della Repubblica Italiana*, Milano, Al Genio Tipografico, 1803, p. 110.

<sup>(92)</sup> *Ibidem*.

<sup>(93)</sup> Ci riferiamo, naturalmente, al *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli* e più ancora ai *Frammenti di lettere a Vincenzo Russo*, nei quali l'autore respinge la concezione rivoluzionaria della rappresentanza e recupera invece la figura del mandato imperativo su base locale. Sul pensiero costituzionale di Cuoco, Antonino DE FRANCESCO, *Il Saggio storico e la cultura politica italiana fra Otto e Novecento*, come introduzione a Vincenzo CUOCO, *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli*, edizione critica a cura dello stesso, Manduria, Lacaita, 1998, pp. 9-197; Luca MANNORI, *Alle origini della Costituzione del 1802*, in *La formazione del primo Stato italiano e Milano capitale*, a cura di Adele Robbiati Bianchi, Milano, Istituto lombardo di Scienze e Lettere, 2006, spec. pp. 114-118.

<sup>(94)</sup> In breve e per tutti, su questo percorso prequarantottesco, Marco MERIGGI, *Gli Stati italiani prima dell'unità. Una storia istituzionale*, Bologna, il Mulino, 2002, pp. 151-174; Luca MANNORI, *Costituzione, ad vocem*, in *Atlante culturale del Risorgimento*.

## 5. Conclusioni.

Proviamo a riassumere. Il caso italiano mostra bene, sia pur in modo indiretto, come il bisogno di avere una costituzione nasca anzitutto da un processo mentale di soggettivizzazione dell'ordine politico. Lo prova, evidentemente, la stessa metafora organicista da cui l'idea di costituzione trae origine. Finché lo Stato non è pensato come un corpo, debole è l'esigenza di assegnargli una « costituzione », cioè una ossatura omologa a quella di un corpo fisico. E lo stesso vale anche, *mutatis mutandis*, per la nozione di « leggi fondamentali », che rinvia all'archetipo dell'edificio, molto diffuso nell'immaginario cinque-secentesco <sup>(95)</sup>. Per quasi tutto il corso dell'antico regime, gli italiani furono poco sollecitati a sviluppare analogie del genere. Per essi, « corpi » erano certamente le tante organizzazioni di carattere particolare che affollavano il paesaggio politico in cui vivevano (città, comunità rurali, corporazioni professionali, confraternite, parrocchie, istituzioni ecclesiastiche e via dicendo), ma molto meno quelle di livello statale, troppo composite ed eterogenee per essere assimilate correntemente ad un organismo. La stessa, scarsa fortuna di cui hanno goduto, in Italia, le dottrine contrattualiste, quantomeno fino a un momento molto avanzato del Settecento <sup>(96)</sup>, riflette questa difficoltà a concepire lo Stato in termini unitari. Le riforme aprono uno spazio potenziale importante per la recezione del concetto di costituzione: ma le élites illuminate, ora molto più impegnate a combattere i corpi intermedi che a integrarli in un ordine complessivo, almeno fino agli anni Ottanta sono poco interessate a dar corpo a una costituzione che costituirebbe solo un

---

*Lessico del linguaggio politico dal Settecento all'unità*, a cura di Alberto Mario Banti, Antonio Chiavistelli, Luca Mannori, Marco Meriggi, Bari, Laterza, 2011, pp. 253-269.

<sup>(95)</sup> Cfr. Harro HÖPFL, *Fundamental law and the Constitution in Sixteenth Century France*, in *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*, a cura di Roman Schnur, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, in part. pp. 335-336.

<sup>(96)</sup> Momento in buona misura coincidente con la traduzione e la diffusione dell'opera di Pufendorf negli anni Cinquanta (sulla quale per tutti cfr. Stefania STOFFELLA, *Assolutismo e diritto naturale in Italia nel Settecento*, in « Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento », XXVI (2000), pp. 137-175). Per una ricostruzione del magro panorama precedente, Rodolfo DE MATTEI, *Il contrattualismo nel pensiero politico italiano del Seicento*, in *Studi in onore di Guido Zanobini*, Milano, Giuffrè, 1962, vol. 5, pp. 114-140.

impaccio all'azione di rinnovamento dei loro sovrani. Il tempo della costituzione comincia davvero, in Italia, solo a ridosso della Rivoluzione — decisamente troppo tardi perché vi sia tempo di elaborare il nostro concetto nei termini di una tradizione autoctona. L'adesione alla nozione rivoluzionaria di costituzione finisce per essere dunque, per il paese, una necessità senza alternative: che apre però un percorso difficile, tanto sul piano politico che su quello intellettuale. Nell'arco di pochi lustri si passa da una immagine dell'ordine refrattaria anche alla semplice idea di una costituzione-struttura ad un'altra, che subordina invece la legittimità di ogni progetto di convivenza alla presenza di una costituzione in senso formale, adottata dal popolo tramite un unanime atto costituente. La gestione di questa impegnativa eredità sarà appunto il compito storico del Risorgimento. Resta il fatto che, dalla fine del Settecento in avanti, anche in Italia nessuno riuscirà più a pensare la convivenza politica prescindendo da una « costituzione » che, comunque declinata, ne definisca le basi. I reazionari stessi (basti per tutti il grande esempio di De Maistre) saranno per lo più incapaci di fare a meno del nostro concetto: confessando implicitamente come la modernità non consenta più di tornare a una rappresentazione autenticamente plurale dell'ordine.

GIUDITTA BRUNELLI

LA GENESI DEL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ  
SUL VIZIO FORMALE DELLA LEGGE.  
PREMESSE DOTTRINALI E GIURISPRUDENZA  
DEGLI ANNI '50

1. Sindacato costituzionale sul vizio formale della legge e collocazione dei regolamenti parlamentari nel sistema delle fonti: questioni (ancora) attuali radicate nella giurisprudenza costituzionale delle origini. — 2. Il vizio formale e la sua sindacabilità nella riflessione dottrinale del periodo statutario. — 3. La discontinuità marcata dalla sentenza n. 9 del 1959 (e la sua sostanziale conferma fino alla sentenza n. 120 del 2014). — 4. La crisi della tradizionale insindacabilità del procedimento legislativo nella dottrina degli anni '50: le tesi di Temistocle Martines e di Marino Bon Valsassina. — 5. *Segue*: la tesi di Serio Galeotti. — 6. La necessaria contestualizzazione, storica e politica, della sentenza n. 9 del 1959. — 7. Le ambiguità della sentenza n. 9 del 1959 e la lungimiranza della dottrina: Carlo Esposito e Costantino Mortati.

1. *Sindacato costituzionale sul vizio formale della legge e collocazione dei regolamenti parlamentari nel sistema delle fonti: questioni (ancora) attuali radicate nella giurisprudenza costituzionale delle origini.*

I temi, tra loro connessi, del sindacato di costituzionalità sul vizio formale della legge e della collocazione dei regolamenti parlamentari nel sistema delle fonti sono di indiscussa attualità nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Il primo assume oggi prevalentemente le sembianze del controllo sul vizio del procedimento legislativo di conversione del decreto-legge, essendo esclusa la possibilità di inserire nella legge di conversione « emendamenti del tutto estranei all'oggetto e alle finalità del testo originario ». Si tratta di una prescrizione imposta dall'art. 77, secondo comma, Cost., la cui violazione configurerebbe un « uso improprio, da parte del Parlamento, di un potere che la Costituzione gli attribuisce, *con speciali modalità di procedura*, allo scopo tipico di convertire, o non, in legge il decreto-legge ». Le Ca-

mere, dunque, possono sì emendare il decreto-legge, ma senza mutarne l'oggetto o le finalità: « Ciò che esorbita [...] dalla *sequenza tipica profilata dall'art. 77, secondo comma, Cost.*, è l'alterazione dell'omogeneità di fondo della normativa urgente, quale risulta dal testo originario » (1). Nell'ipotesi in cui venisse spezzato il *nesso di interrelazione funzionale* tra decreto-legge e legge di conversione, si determinerebbe un *vizio procedurale* delle disposizioni eterogenee aggiunte da quest'ultima fonte, che « come ogni altro vizio della legge spetta solo a questa Corte accertare » (2).

---

(1) Corte costituzionale, sentenza n. 22 del 2012 (corsivo non testuale). Se, invece, fosse lo stesso decreto-legge ad essere privo del requisito dell'omogeneità, la Corte — in linea con la propria consolidata giurisprudenza, inaugurata con la sentenza n. 171 del 2007, cui ha fatto seguito la sentenza n. 128 del 2008 — rileverebbe l'evidente carenza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza imposti dall'art. 77, secondo comma, Cost., *sub specie* di « evidente estraneità » della norma censurata rispetto alle altre disposizioni del provvedimento provvisorio con forza di legge. Va detto, peraltro, che le sembianze assunte dal vizio formale sono molteplici. Per ricordare soltanto alcune delle più frequenti deviazioni procedurali emergenti dalla prassi (anche se forse non tutte configurabili come vizio autonomo), « risulta accorciata a piacimento l'istruttoria legislativa, oppure resa improduttiva attraverso la presentazione di emendamenti del Governo interamente sostitutivi del testo redatto dalla Commissione; imposto il contingentamento dei tempi della discussione anche in materie particolarmente delicate; praticata la drastica riduzione degli emendamenti; condensata, infine, al massimo la votazione articolo per articolo, attraverso la presentazione di maxi-emendamenti, eventualmente rinforzati dall'apposizione della questione di fiducia »: così M. MANETTI, *La lunga marcia verso la sindacabilità del procedimento legislativo*, in « Quad. cost. », 2008, pp. 838-839. In argomento vedi anche N. LUPO, *Una legge approvata in gran fretta sulla base dei "peggiori" precedenti*, in *Il lodo ritrovato. Una quæstio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, Giappichelli, 2009, p. 169, il quale auspica — in attesa della realizzazione di un controllo esterno da parte del giudice costituzionale sulla violazione del regolamento parlamentare — che « Corte costituzionale e, ancor prima, Presidente della Repubblica e Presidenti di assemblea prestino maggiore attenzione ai profili di regolarità procedurale e all'uso dei precedenti nel procedimento legislativo ». Per A. MANZELLA, *Sul Parlamento*, ne « Lo Stato », 2014, 3, p. 79, « [i] fenomeni di 'marginalizzazione' e di 'fuga' dalla legge parlamentare, il suo snaturamento con l'imposizione di 'questioni di fiducia additive' (divenute strumenti normativi per inserimenti di contenuti 'irregolari') sono ricorrenti nella loro gravità. Non tanto perché ampliano sostanzialmente la sfera normativa di governo (magari per le necessità e le urgenze del provvedere) ma in quanto indici di disordine, di forzoso esproprio di attribuzioni, di erosione tacita dell'ordinamento nei suoi parametri fondativi ».

(2) Corte costituzionale, sentenza n. 32 del 2014. La legge di conversione, precisa la Corte costituzionale, segue un *iter* parlamentare semplificato e caratterizzato

Quest'ultima affermazione, pur nella sua estrema stringatezza, costituisce il punto di partenza della riflessione che intendo qui proporre: nella sua più recente giurisprudenza, la Corte costituzionale ribadisce la propria competenza esclusiva a sindacare *ogni vizio della legge*, e dunque anche il vizio formale. Con particolare riferimento, poi, alle vicende parlamentari del decreto-legge da convertire, identifica in quanto previsto dal secondo comma dell'art. 77 Cost. una *sequenza procedurale tipica*, non derogabile dal legislatore e sottoposta al controllo di legittimità costituzionale.

Si tratta, in realtà, di due asserzioni che affondano le loro radici nella giurisprudenza più antica del giudice delle leggi, risalente alla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso, e in particolare nelle decisioni n. 3 del 1957 e n. 9 del 1959 <sup>(3)</sup>. Già nella prima, con la quale si era ritenuta competente a sindacare il contrasto tra legge delegante e decreto legislativo delegato <sup>(4)</sup>, la Corte aveva precisato, in termini generali, come « la violazione delle norme strumentali per il processo formativo della legge *nelle sue varie specie* (artt. 70, 76, 77 Costituzione), al pari delle norme di carattere sostanziale contenute nella Costituzione, siano suscettibili di sindacato costituzionale ». Più specificamente, aveva parlato del « *sistema sul processo formativo delle leggi*, accolto dalla Carta costituzionale », dal quale risulta che

---

dal rispetto di tempi particolarmente rapidi, che si giustificano alla luce della sua natura di legge funzionalizzata alla stabilizzazione di un provvedimento governativo con forza di legge valido per un lasso temporale breve e circoscritto. Se tale *iter* venisse sfruttato per scopi estranei a quelli che giustificano l'atto con forza di legge, ciò andrebbe « a detrimento delle ordinarie dinamiche del confronto parlamentare ».

<sup>(3)</sup> Il contributo della dottrina pubblicistica (anche) degli anni '50 sul problema dei vizi della legge è stato, di recente, oggetto di accurata ricostruzione da parte di G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica italiana del Novecento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, con specifico riguardo alle riflessioni di Carlo Esposito, Alfonso Tesaurò, Piero Calamandrei, Gaetano Azzariti, Costantino Mortati, Enrico Redenti, Mauro Cappelletti, Giuseppe Abbamonte, Vezio Crisafulli, Franco Pierandrei e Aldo Maria Sandulli. Ad essere indagato, in particolare, è il concetto di teoria generale della legge nulla-inesistente (contiguo, ma non assimilabile, a quello di legge incostituzionale per vizio formale).

<sup>(4)</sup> È il c.d. eccesso di delega, « figura comprensiva della mancanza, anche parziale, di delegazione, nonché l'uso del potere normativo da parte del Governo oltre il limite fissato, ovvero in contrasto con i predeterminati criteri direttivi o per uno scopo estraneo a quello per cui la funzione legislativa fu delegata » (sentenza n. 3 del 1957).

« la funzione legislativa è esercitata dalle due Camere collettivamente *con una procedura ben definita* (ex artt. 70, 71, 1 comma, 72, 73, 74) » e che può altresì essere esercitata in via eccezionale dal governo sulla base degli artt. 76 e 77 Cost. <sup>(5)</sup>. In seguito, con la citata pronuncia del 1959 (poi sempre confermata nei suoi tratti essenziali), aveva elaborato la nota (ma opinabile) distinzione tra 1) le violazioni più gravi, consistenti in una inosservanza diretta delle norme costituzionali sul procedimento legislativo, che radicano la competenza della Corte stessa, e 2) le violazioni meno gravi, relative alle sole norme dei regolamenti parlamentari, sanzionabili esclusivamente attraverso meccanismi di garanzia interni alle Camere, in primo luogo quelli di cui dispongono i Presidenti di Assemblea. La sentenza n. 3 del 1957, inoltre, riferendosi al procedimento di formazione di un atto con forza di legge (il decreto legislativo delegato, o ‘legge delegata’), aveva identificato — proprio come le recenti decisioni in materia di conversione del decreto-legge prima ricordate — le *fasi del processo formativo della legge delegata*, individuando anche in quel caso una *sequenza tipica* nella quale « sia il precetto costituzionale dell’art. 76, sia la norma delegante costituiscono la fonte da cui trae legittimazione costituzionale la legge delegata », il cui sindacato è così devoluto alla competenza del giudice costituzionale, che pronuncia decisioni in grado di assicurare « con la certezza del diritto, la piena tutela del *diritto del cittadino alla costituzionalità delle leggi* » <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Sentenza n. 3 del 1957 (corsivi non testuali). Per C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in « Giur. cost. », 1959, p. 627, legato alla tesi tradizionale della insindacabilità degli *interna corporis* e sostenitore di una lettura restrittiva delle innovazioni emergenti dalla giurisprudenza costituzionale, tale decisione « stabiliva che solo (e tutte) le disposizioni formulate negli artt. 70, comma 1, 72, 73, 74 della Costituzione offrivano canoni di valutazione della validità delle leggi e che solo la loro trasgressione dava luogo ad illegittimità costituzionale e nullità dell’atto legislativo. Invece la violazione di altre più generali regole relative alle deliberazioni delle Camere, formulate in sezioni della Costituzione diverse da quella relativa alla formazione delle leggi, non sarebbe stata controllabile dalla Corte ».

<sup>(6)</sup> Corsivo non testuale. Sul diritto del cittadino, desumibile dalla sentenza n. 3 del 1957, « a pretendere dal legislatore la perfetta osservanza di tutte le norme della Costituzione [...], anche di quelle che ineriscono al procedimento legislativo », vedi M. D’ANTONIO, *La competenza della Corte costituzionale nel procedimento di formazione delle leggi*, in « Rass. parl. », 1959, 4, p. 128. In senso conforme S. TOSI, *Modificazioni tacite*

In definitiva, è con le sue prime decisioni che la Corte costituzionale traccia i confini della propria competenza a giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi, ad essa attribuita dall'art. 134 Cost., nella quale, secondo la sentenza n. 9 del 1959, « rientra senza dubbio ed anzi *in primo luogo* quella di controllare l'osservanza delle norme della Costituzione sul procedimento di formazione delle leggi », orientamento già affermatosi con le sentenze n. 3 e n. 57 del 1957 (7).

---

*della costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 103. *Contra* P. VIRGA, *Sindacato sugli "interna corporis" e poteri di indagine della Corte costituzionale*, in « Giur. cost. », 1959, p. 1000, nota 27, il quale osserva che « il sistema di giurisdizione costituzionale adottato nel nostro ordinamento non consente di configurare diritti soggettivi perfetti alla costituzionalità delle leggi ».

(7) Nella sentenza n. 57 del 1957 la Corte aveva accertato la corrispondenza della formula della promulgazione con la proclamazione dei risultati delle votazioni svoltesi nell'ambito del Consiglio della Regione Trentino-Alto Adige, nonché l'esattezza di tale proclamazione. Sulla pronuncia vedi il commento critico di C. ESPOSITO, *Invalidità della legge e di disposizioni di legge. Invalidità della promulgazione e correzione della promulgazione*, in « Giur. cost. », 1957, p. 657 e ss. Per A. CERRI, *Sindacabilità da parte della Corte costituzionale dei presupposti della legge e degli atti aventi forza di legge*, in « Riv. trim. dir. pubbl. », 1965, p. 425, secondo l'opinione generalmente accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, come dimostra proprio la sentenza costituzionale n. 57 del 1957, non si può escludere dal sindacato della Corte l'iniziativa, l'esame in commissione e la pubblicazione, in quanto non costituenti la legge in senso proprio; tali esclusioni sarebbero evidentemente in contrasto con le finalità perseguite dalla Costituzione nell'art. 134. Inoltre, come osserva M. BONESCHI, *Problemi del procedimento legislativo e della sua sindacabilità giurisdizionale*, in « Riv. dir. proc. », 1960, p. 587, l'affermazione implicita della competenza a sindacare il procedimento di formazione della legge è contenuta anche nelle sentenze n. 1 e n. 129 del 1957, nelle quali la Corte, non avendo ravvisato le violazioni denunciate di norme costituzionali relative al procedimento legislativo, aveva evidentemente « presupposta la propria competenza ». Per P. BARILE, *Il crollo di un antico feticcio (gli interna corporis) in una storica (ma insoddisfacente) sentenza*, in « Giur. cost. », 1959, pp. 240-241, nelle sentenze nn. 3, 57 e 129 del 1957 « il sindacato sull'*iter* di formazione legislativa era stato affermato quasi per inciso », mentre nella successiva sentenza n. 9 del 1959 « il sindacato si rivolge direttamente ed esplicitamente all'operato del parlamento ». Per P. PASSAGLIA, *L'invalidità procedurale dell'atto legislativo. Le esperienze italiana e francese a confronto*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 163, ciò che ha reso 'storica' la sentenza n. 9 del 1959 rispetto alle pronunce precedenti — rese con riguardo agli atti aventi forza di legge (sentenze n. 3 e n. 129 del 1957) e al procedimento legislativo regionale (sentenza n. 57 dello stesso anno) — è stato « il fatto di intervenire direttamente sul terreno parlamentare. Non è quindi un caso che, dopo di essa, il problema su cui la dottrina si è interrogata non sia più stato

2. *Il vizio formale e la sua sindacabilità nella riflessione dottrinale del periodo statutario.*

Che la Corte debba *in primo luogo* accertare la sussistenza del vizio formale della legge costituisce in effetti un omaggio alla tradizione: anche nel vigore dello Statuto albertino, nonostante il suo carattere flessibile <sup>(8)</sup>, non si revocava in dubbio la possibilità per il giudice comune di verificare la legittimità formale della legge, intesa come sua *esistenza* <sup>(9)</sup>, pur con il limite dell'inviolabilità degli *interna corporis* parlamentari. Per larga parte della dottrina di quel periodo, il giudice, per constatare l'esistenza di una legge, non avrebbe comunque mai potuto risalire al di là della promulgazione, atto di

constatazione solenne che i tre rami del Legislativo, nel fare quella data legge, si sono conformati alle regole statutarie. Quando il Re promulga una legge, egli dichiara, innanzi tutto, che ciò ch'egli promulga, è una legge: e lo dichiara dopo aver constatato che la medesima è pervenuta in essere regolarmente, senza di che non la avrebbe sanzionata né la promulgherebbe: anzi egli è assistito, in cotesta indagine, dal Ministro guardasigilli, che appone la sua controfirma per mallevare appunto la costituzionalità formale dell'atto regio <sup>(10)</sup>.

---

quello dell'*an* del sindacato sugli *interna corporis*, ma del grado di approfondimento di esso ».

<sup>(8)</sup> Del resto, solo i vizi materiali, non quelli formali, presuppongono una costituzione rigida, dal momento che, « anche se non sovraordinate gerarchicamente, le regole sulla produzione del diritto legislativo, pure in regime di costituzione flessibile, godono di una loro 'priorità logica' (al pari di tutte le 'norme sulle norme') sulle leggi così prodotte »: G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 215.

<sup>(9)</sup> F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Il Potere Giudiziario e gli atti del legislativo* (sub art. 68), in *Commento allo Statuto del Regno*, vol. III, Torino, Utet, 1909, p. 455, parlano di controllo, da parte del giudice, « sulla costituzionalità *formale*, cioè sulla esistenza della legge ».

<sup>(10)</sup> Così riassumono la posizione di un'ampia parte della dottrina statutaria RACIOPPI, BRUNELLI, *Il Potere Giudiziario*, cit., p. 452, i quali sottolineano altresì l'adesione del potere giudiziario a tale orientamento, sostenuto principalmente dalla dottrina giuspubblicistica tedesca, con le sentenze della Corte d'appello di Lucca del 22 febbraio 1889 e della Corte di cassazione di Roma a sezioni unite in data 11 febbraio 1890, entrambe nella causa Firenze contro Dini (p. 453). Osserva G.F. CIAURRO, *Sindacabilità degli "interna corporis"*, in « Studi parlamentari e di politica costituzionale », 1973, 21, pp. 180-181, come il sindacato 'diffuso' in regime statutario fosse limitato al mero

## In altri termini

[o]ve potesse risalire al di là della promulgazione, il giudice si troverebbe a dover decidere della sanzione regia, la quale è atto del Legislativo, insindacabile perciò dal Giudiziario; e quanto alla promulgazione, sia che si consideri come atto legislativo o come atto d'imperio del Governo, esso è per sua natura un *giudizio*, e sfugge alla revisione di qualsivoglia altro potere <sup>(11)</sup>.

---

controllo della sussistenza dei caratteri estrinseci che la legge doveva rivestire perché si potesse considerare tale, in base al sistema normativo allora vigente; e non potesse spingersi oltre: « In pratica, di fronte ad un testo legislativo regolarmente promulgato e pubblicato, l'*inquirere* del giudice sulla sua regolare fattura doveva arrestarsi alle attestazioni della formula di promulgazione sopra l'avvenuto concorso *secundum legem* delle tre manifestazioni di volontà che in quell'ordinamento dovevano convergere perché un atto avesse valore di legge: la deliberazione della Camera dei deputati, la deliberazione del Senato, la sanzione sovrana; e non poteva estendersi alla regolarità del procedimento di formazione di quelle volontà ». Sui precedenti statuari in materia di *interna corporis* vedi G.G. FLORIDIA, *Interna corporis* (1988), in ID., *Scritti minori*, raccolti da F. Sorrentino, Torino, Giappichelli, p. 287 e ss.

<sup>(11)</sup> RACIOPPI, BRUNELLI, *Il Potere Giudiziario*, cit., p. 453. Da qui la tesi secondo cui la Corte costituzionale non avrebbe in realtà potuto occuparsi di quei vizi formali delle leggi e degli atti aventi forza di legge così gravi da determinarne addirittura l'inesistenza, la quale avrebbe dovuto essere (o meglio, continuare ad essere) accertata dai giudici di merito, tenuti a trarre da tale accertamento tutte le necessarie conseguenze: così C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi in Italia* (1950), in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, pp. 272-273. In senso conforme A.M. SANDULLI, *Considerazioni in tema di sindacato della Corte costituzionale sul profilo formale delle leggi* (1968), in ID., *Scritti giuridici*, I, *Diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1990, p. 607, ritiene che tutti i giudici siano tenuti, *ex officio*, a non applicare la legge inesistente e, ove una siffatta parvenza di legge venisse portata davanti alla Corte costituzionale, quest'ultima « dovrebbe considerarla inidoneo oggetto del proprio giudizio e, constatata e affermata l'inesistenza della legge, dichiarare inammissibile il giudizio promosso innanzi a sé ». Espressione di questo orientamento è la sentenza costituzionale n. 152 del 1982, nella quale si afferma che di fronte a una « parvenza di legge », insuscettibile fin dalla sua origine di determinare effetti di alcun genere, « la premessa di una decisione della Corte costituzionale verrebbe [...] a mancare ». Di diverso avviso è F. PIERANDREI, *Attività "interne" delle Camere del Parlamento e sindacato della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, vol. III, Torino, Giappichelli, 1964, p. 220, secondo il quale, « si trattava di stabilire in quali casi i vizi formali fossero così gravi da determinare una 'inesistenza' delle leggi e degli atti aventi forza di legge », e « se poi, a rigore di logica, si fosse giunti a pensare che tutti quei vizi impedissero, alle leggi o agli legislativi, di sorgere in vita, non si sarebbe pervenuti al risultato di privare la Corte del sindacato di 'legittimità costituzionale' dal punto di vista formale, quando la Costituzione non pone alcuna esclusione al proposito? ».

A ben vedere, si tratta di un'opinione coerente con l'idea allora dominante che esistesse un nucleo immodificabile dello Statuto, consistente proprio nel principio secondo cui era necessario l'accordo del Re e delle Camere per legiferare (e, trattandosi di una costituzione flessibile, attraverso la legge *regolarmente formata* si diveniva possibile modificare lo stesso Statuto, o, più spesso, derogarvi) <sup>(12)</sup>. Non mancavano, peraltro, orientamenti diversi, secondo cui il vero scopo della promulgazione non era affatto quello di constatare e sentenziare che le Camere avevano approvato *secondo le regole*, ma piuttosto quello di *far conoscere* che, avendo le due Camere già approvato ed il Re sanzionato, quel testo « in cui s'incontrarono le volontà libere dei tre rami del Legislativo » era perciò stesso una legge. Pertanto,

la promulgazione non essendo in se stessa la legge, il magistrato che giudichi su di essa, non toccherebbe punto l'autonomia del Legislativo: anzi difenderebbe questo potere contro le usurpazioni altrui, sindacando un atto dell'Esecutivo che pretenda sostituire la volontà propria a quella del legislatore <sup>(13)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 125, dove si precisa che tale modifica avrebbe potuto avvenire anche in via consuetudinaria, sempre con l'accordo delle Camere e del Re.

<sup>(13)</sup> RACIOPPI, BRUNELLI, *Il Potere Giudiziario*, cit., p. 454. Benché il nuovo ordinamento democratico repubblicano, fondato sulla sovranità popolare, abbia ovviamente eliminato dalle attribuzioni del Capo dello Stato il potere di sanzione, cosicché « la promulgazione, con quella inscindibilmente congiunta nel passato, restava di riflesso profondamente modificata nel suo valore, depurandosi dalla commistione che per l'innanzi subiva con un'attività che si ricostruiva solitamente come espressione della funzione legislativa » (S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 291), in determinate, e assai autorevoli, letture dottrinali relative al sindacato formale di costituzionalità, l'istituto della promulgazione sembrava conservare elementi di continuità con la funzione che aveva svolto nel passato ordinamento. ESPOSITO, *La Corte costituzionale in Parlamento*, cit., p. 630, auspicava, ad esempio, una nuova disciplina della promulgazione (da adottare con legge costituzionale), nella quale « si precisassero gli elementi del procedimento legislativo da attestare nella promulgazione stessa, fornendo così all'interprete un criterio per distinguere ciò che secondo la Costituzione è essenziale per la legge da ciò che invece è imposto solo per la migliore organizzazione del procedimento legislativo senza che la trasgressione dia luogo all'illegittimità della legge ».

Per C. MORTATI, *Sulla sindacabilità delle norme procedurali prescritte dai regolamenti parlamentari*, Roma, 1956 (che peraltro richiama sul punto C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 41 e ss., spec. p. 191, 354 e ss.), la volontà

Ciò di fronte a cui il giudice doveva arrestarsi era invece, secondo questa interpretazione, la

proclamazione del voto definitivo, fatta in ciascuna delle due Camere dal rispettivo Presidente. Deve cioè ricercare la esistenza formale dei due consensi entro la medesima sessione e nell'identico testo, ma non mai giudicare s'essi furono dati ritualmente, s'essi sono sostanzialmente validi, non mai sottoporre a disamina tutto ciò che in ciascuna Camera ha preceduto il voto finale. È infatti la proclamazione definitiva del Presidente [...] quella che, incontrandosi con l'analoga dichiarazione del Presidente dell'altra assemblea, rende giuridicamente possibile la sanzione e quindi anche la promulgazione regia <sup>(14)</sup>.

---

dell'ordinamento di far assicurare alcuni elementi del procedimento legislativo a requisiti essenziali per la validità dell'atto acquista rilievo quando venga imposto l'obbligo di inserire la menzione della sussistenza degli elementi stessi nella formula della promulgazione. Ciò serve a delimitare la estensione del sindacato giurisdizionale, che pertanto non può andare oltre l'accertamento, in caso di contestazione, della corrispondenza al vero delle attestazioni contenute nella formula: « In applicazione di tale criterio deve ritenersi che nel diritto italiano l'accertamento giudiziario è da limitare per le leggi ordinarie, all'avvenuta approvazione da parte di ogni Camera, quale che sia stata l'attività esplicata per giungervi, dello stesso testo inserito nell'atto promulgativo, e per le leggi costituzionali, alla duplice votazione dei due rami del parlamento, alla maggioranza raggiunta nella seconda votazione, nonché all'eventuale espletamento della procedura di referendum » (la citazione è riportata da BARILE, *Il crollo di un antico feticcio*, cit., pp. 245-246).

In argomento vedi G. AMATO, *Questioni controverse intorno al controllo di costituzionalità sul procedimento di formazione della legge*, in « Giur. cost. », 1961, p. 865, secondo il quale la promulgazione non è la dichiarazione all'esterno della volontà legislativa: una concezione di questo tipo sarebbe « inevitabilmente fondata sulla partecipazione del Capo dello Stato alla funzione legislativa. Cosa che, esatta quando attraverso la promulgazione si manifestava anche il potere di sanzione, non ha più senso oggi, allorché questo è scomparso ». Anche A.M. SANDULLI, *Legge (diritto costituzionale)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. IX, Torino, Utet, 1963, p. 645, sottolinea che le deliberazioni delle due Camere « sono e restano i soli elementi determinanti del contenuto della legge », mentre la promulgazione « si aggiunge dall'esterno » alla volontà del Parlamento, « senza operare in alcun modo sul suo contenuto ».

<sup>(14)</sup> RACIOPPI, BRUNELLI, *Il Potere Giudiziario*, cit., p. 456. G. BISOGNI, *I giuristi e il sindacato giudiziario sul contenuto delle leggi dall'età liberale al fascismo*, in « Quaderni fiorentini », XLIV (2015), p. 425 e nota 5, sottolinea che fu ritenuto ammissibile un controllo sulla validità formale della legge, il quale però, nella sua versione più estrema, si spingeva al massimo al controllo giudiziario solo di alcune norme espresse dallo Statuto, e sempre sulla base di una certificazione rilasciata dal Presidente della Camera, restando inibito qualsiasi accertamento probatorio autonomo.

Restava in ogni caso fuori discussione che le pur numerose disposizioni dello Statuto intese a regolare il procedimento legislativo in seno alle due Assemblee <sup>(15)</sup> non implicassero

che il Giudiziario qual tutore di tutti i limiti, debba portar giudizio anche sulla maniera in cui esse norme, sono state osservate a proposito di una data legge: e tale è infatti la opinione espressa varie volte dalle Corti americane, giudicanti sulla costituzionalità formale di una legge. Ma pel nostro paese è da aver presente che lo stesso Statuto all'art. 61 attribuisce a ciascuna Camera la *prerogativa* di determinare liberamente il modo secondo il quale abbia ad esercitare le proprie *funzioni*, e quindi preclude, da questo lato, ogni diritto di sindacabilità da parte del potere giudiziario <sup>(16)</sup>.

3. *La discontinuità marcata dalla sentenza n. 9 del 1959 (e la sua sostanziale conferma fino alla sentenza n. 120 del 2014).*

Ebbene, non vi è dubbio che la sentenza n. 9 del 1959 abbia determinato una evidente rottura con la tradizione giuridica precedente, riconoscendo al giudice costituzionale la competenza a controllare il procedimento di formazione delle leggi, anche se soltanto alla luce delle norme della Costituzione. E, tuttavia, lo ha fatto in modo piuttosto ambiguo, lasciando irrisolti non pochi e rilevanti problemi di natura costituzionale (insieme ad altri di diritto parlamentare) <sup>(17)</sup>, il più notevole dei quali è costituito dalla posizione dei regolamenti parlamentari nel sistema delle fonti. Affermando, infatti, che nell'interpretazione delle norme poste da una Camera nel proprio regolamento « è da ritenersi decisivo l'apprezzamento della Camera » medesima, la Corte sembra riproporre quell'idea romana del carattere non giuridico delle norme dei regolamenti parlamentari derivante da tre criteri che rappresentano « aspetti vari di un medesimo principio »:

per difetto, cioè, in essi di novità, quando si raffrontino con l'intero sistema del diritto positivo, cui non possono né derogare né aggiungere; per difetto

---

<sup>(15)</sup> Art. 10 (le leggi di finanza devono essere presentate prima alla Camera elettiva); art. 52 (pubblicità delle sedute e ipotesi di seduta segreta); art. 53 (numero legale per le adunanze e per le deliberazioni); art. 54 (numero di voti necessari per le deliberazioni); art. 55 (previo esame delle Giunte e discussione separata per ogni articolo di legge); art. 63 (scrutinio segreto per il voto dei progetti di legge nel loro complesso).

<sup>(16)</sup> RACIOPPI, BRUNELLI, *Il Potere Giudiziario*, cit., p. 457.

<sup>(17)</sup> TOSI, *Modificazioni tacite*, cit., p. 115 e ss.

di generalità, nel senso giuridicamente rilevante che a tale parola può riferirsi; e, infine, perché si fondano — carattere decisivo che determina gli altri due — su un potere particolare, che non è il diritto di sovranità statale <sup>(18)</sup>.

Sembra, cioè, che le norme contenute nei regolamenti parlamentari continuino implicitamente ad essere considerate come *norme interne*, non rilevanti per l'ordinamento complessivo dello Stato, la cui interpretazione e applicazione resta affidata ai congegni di garanzia interni alle Camere (Presidente di Assemblea, Giunta per il regolamento) <sup>(19)</sup>. Un orientamento che, fra l'altro, prefigura fin da subito una soluzione negativa alla diversa (ma strettamente connessa) questione della sindacabilità autonoma dei regolamenti parlamentari, della loro attitudine, cioè, a costituire oggetto del controllo della Corte in sede di giudizio sulle leggi <sup>(20)</sup>. Risposta negativa

---

<sup>(18)</sup> S. ROMANO, *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*, in *Arch. giur.*, LXXV, Modena, 1906, p. 247. Osserva F. MODUGNO, *In margine al "Corso di diritto parlamentare" di Luigi Gianniti e Nicola Lupo* (19 marzo 2009), in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), come l'art. 61 dello Statuto albertino implicasse una visione 'internistica' dei regolamenti di Camera e Senato, « per cui ebbe largo consenso la tesi romaniana che mirava a considerare le norme dei regolamenti parlamentari prive di giuridica rilevanza per l'ordinamento generale dello Stato ». Per un'accurata ricostruzione della tesi di Romano vedi S. TRAVERSA, *La natura giuridica delle norme dei regolamenti parlamentari*, in *Il regolamento della Camera dei deputati* (pubblicazione edita dal Segretariato generale della Camera dei deputati), Roma, 1968, spec. p. 25 e ss.; M. MANETTI, *Regolamento parlamentare*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 647-648. Non vi è dubbio, peraltro, che il regolamento parlamentare sia una fonte peculiare, posta all'incrocio, da un lato, con la Costituzione e le leggi ordinarie, e, dall'altro, con un'ampia e rilevante produzione di consuetudini, prassi e convenzioni. È la stessa collocazione istituzionale del Parlamento ad imporre in qualche misura al diritto parlamentare « una necessità di flessibilità, di adattamento, di espansione e di cambiamento di fatto, senza (e comunque, sempre prima di) porre mano al meccanismo di produzione di norme parlamentari »: A. MANZELLA, *Il parlamento*, Bologna, il Mulino, 2003, p. 49.

<sup>(19)</sup> M. BON VALSASSINA, *Sui regolamenti parlamentari*, Padova, Cedam, 1955, pp. 152-153, indica il Presidente di Assemblea quale garante del regolamento; le Giunte o le Commissioni per il regolamento; il 'richiamo al regolamento' concesso ad ogni parlamentare con la finalità di garanzia rispetto all'ordine giuridico dell'Assemblea.

<sup>(20)</sup> Nonostante il fatto che questo profilo non sia stato affrontato in modo espresso con la sentenza n. 9 del 1959, vi è chi ritiene che la Corte con tale pronuncia abbia inteso implicitamente escludere una simile evenienza, in particolare attraverso l'affermazione del « decisivo apprezzamento delle Camere » sulla « interpretazione »

che arriverà puntualmente con la sentenza n. 154 del 1985, e che risulta più di recente confermata — pur con talune caute aperture — dalla sentenza n. 120 del 2014, in tema di autodichia. La pronuncia del 1985 esclude i regolamenti parlamentari dagli atti sindacabili dal giudice costituzionale *ex art. 134 Cost.* perché è nella logica della democrazia parlamentare instaurata dalla Costituzione che « alle Camere spetti — e vada perciò riconosciuta — una indipendenza guarentigata nei confronti di qualsiasi altro potere, cui pertanto deve ritenersi precluso ogni sindacato degli atti di autonomia normativa *ex art. 64 Cost.*, prima comma, *Cost.* ». Così argomentando, la Corte costituzionale fa propria l'impostazione espressa nel 1956 da Mortati, secondo il quale dedurre tale insindacabilità dall'indipendenza del Parlamento significava spostare l'angolo visuale dall'*atto* all'*organo* <sup>(21)</sup>, cioè, a ben vedere, dal sistema delle fonti alla forma di governo. La sentenza del 2014 precisa invece che il regolamento parlamentare è espressamente previsto dall'*art. 64* « come fonte dotata di una sfera di competenza riservata e distinta da quella della legge ordinaria », per cui la ragion d'essere *attuale e di diritto positivo* della sua insindacabilità in sede di giudizio di legittimità costituzionale risiede nel fatto che l'*art. 134 Cost.*, « indicando come sindacabili la legge e gli atti che, in quanto ad essa equiparati, possono regolare ciò che rientra nella competenza della stessa legge, non consente di includere tra gli stessi i regolamenti parlamentari ». Questo non impedisce alla Corte di confermare la propria consolidata giurisprudenza in materia, inaugurata appunto con la sentenza n. 154 del 1985 <sup>(22)</sup>: e tuttavia, se la *ratio* dell'insin-

---

delle norme regolamentari: così M. RAVERAIRA, *Le norme dei regolamenti parlamentari come "oggetto" e come "parametro" nel giudizio di legittimità costituzionale*, in « Giur. cost. », 1984, II, p. 1850, nota 1. Per S. TRAVERSA, *Considerazioni in tema di sindacato di costituzionalità del procedimento di formazione della legge e della sua documentazione*, in « Giur. cost. », 1971, p. 1516, nota 67, « il problema di fondo della sindacabilità degli *interna corporis acta*, sembra strettamente connesso, come ha avvertito giustamente parte della dottrina, a quello della possibilità che i regolamenti parlamentari siano considerati ad un tempo oggetto e parametro del giudizio di legittimità costituzionale »: così, in particolare, C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1964, *passim*, e spec. pp. 78, 93 e 110.

(21) BARILE, *Il crollo di un antico feticcio*, cit., p. 245.

(22) Vedi anche le successive ordinanze n. 444 e n. 445 del 1993.

dacabilità dei regolamenti parlamentari resta costituita — sul piano sistematico — dalla garanzia di indipendenza delle Camere da ogni altro potere, « ciò non comporta che essi siano, come nel lontano passato, fonti puramente interne. Essi sono fonti dell'ordinamento generale della Repubblica, produttive di norme sottoposte agli ordinari canoni interpretativi, alla luce dei principi e delle disposizioni costituzionali, che ne delimitano la sfera di competenza ».

È interessante notare come l'accoglimento esplicito della tesi crisafulliana sul rapporto di competenza dei regolamenti parlamentari nei confronti della legge ordinaria <sup>(23)</sup> non comporti affatto la logica conseguenza della piena sindacabilità di tutto il procedimento legislativo, anche sotto il profilo dell'osservanza delle norme dei regolamenti parlamentari. Così, se già Crisafulli poteva ritenere la decisione del 1959 « intrinsecamente contraddittoria », perché, una volta superato (« e giustamente, in un ordinamento a Costituzione rigida, che limita anche il Parlamento nell'esercizio della funzione legislativa ») l'*antico feticcio* dell'insindacabilità degli *interna corporis acta* delle Assemblee parlamentari, si era poi arrestata a metà cammino, ci troviamo oggi di fronte ad una contraddizione ancor più manifesta. Una contraddizione che la sentenza n. 120 del 2014 cerca di superare (peraltro in modo poco convincente) distinguendo tra norme regolamentari (e sub-regolamentari) relative alle vicende e ai rapporti che ineriscono alle funzioni primarie delle Camere, affidate in via esclusiva all'interpretazione delle Camere stesse <sup>(24)</sup>, e norme riguardanti invece i rapporti di lavoro dei dipendenti e i rapporti con i terzi, che, in linea di principio, pur essendo a loro

---

<sup>(23)</sup> V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in « Riv. trim. dir. pubbl. », 1960, p. 805; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, Cedam, 1978, pp. 324-325. Dello stesso A. vedi anche *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Maranini, Firenze, Vallecchi, 1966, p. 83 e ss.

<sup>(24)</sup> Vedi, sul punto, la sentenza n. 78 del 1984. « Né — continua la Corte — la protezione dell'area di indipendenza e libertà parlamentare attiene soltanto all'autonomia normativa, ma si estende al momento applicativo delle stesse norme regolamentari e comporta, di necessità, la sottrazione a qualsiasi giurisdizione degli strumenti intesi a garantire il rispetto del diritto parlamentare » (sentenze n. 379 del 1996 e n. 129 del 1981).

volta non sindacabili, potrebbero dar luogo ad un conflitto tra poteri, in quanto causa potenziale di atti lesivi di diritti costituzionalmente inviolabili (25). Anche nell'accoglimento di questo criterio possono peraltro ravvisarsi alcune analogie con la tesi romaniana, che a sua volta differenziava in base ai destinatari le norme dei regolamenti parlamentari (a seconda che esse riguardassero la Camera o il Senato come organi dello Stato, i deputati o i senatori singolarmente considerati o, infine, le persone estranee alle Camere, che con esse potessero venire in qualche modo a contatto, ivi compresi i rapporti d'impiego), precisando che la loro natura interna, cioè irrilevante « riguardo al diritto cui si riferiscono i comuni controlli », è assicurata laddove gli atti posti in essere dalle Camere non oltrepassino i limiti a loro connaturati:

che se questi confini si oltrepassino e, nello stesso tempo, ledano un diritto qualsiasi di un cittadino, esperibile dinanzi i tribunali, allora è chiaro che non può mettersi in campo l'insindacabilità e l'autonomia delle Camere.

Ciò conferma che

i tribunali sono incompetenti a tutelare l'osservanza dei regolamenti parlamentari non già perché ciò sarebbe contrario all'indipendenza delle Camere stesse, ma perché i regolamenti medesimi non fanno parte di quel diritto che essi sono chiamati a garantire; ché, se questo diritto viene da quelli leso, la competenza dei giudici non è arrestata dalla posizione costituzionale degli organi di cui è parola. Così un provvedimento che una Camera eventualmente prendesse a carico di un suo impiegato, se illegale, nonostante la sua conformità al regolamento interno, potrebbe dar luogo a dei rimedi giurisdizionali; così pure una deliberazione sulla gestione economica della Camera medesima, per cui si verificassero gli estremi suddetti; ecc. (26).

Anche nella dottrina degli anni '50 non mancano elaborazioni teoriche parzialmente tributarie della teoria di Santi Romano.

Martines, ad esempio, sostiene la piena giuridicità nell'ambito dell'ordinamento generale dello Stato di una parte soltanto delle norme contenute nei regolamenti parlamentari. Egli suddivide tali norme in tre grandi gruppi: quelle direttamente esecutive di disposizioni costituzionali (*norme di esecuzione*); quelle espressione di un

---

(25) « L'indipendenza delle Camere non può infatti compromettere diritti fondamentali, né pregiudicare l'attuazione di principi inderogabili ».

(26) ROMANO, *Sulla natura dei regolamenti*, cit., p. 249 e nota 59.

potere di supremazia speciale (*norme di supremazia speciale*, che possono essere disciplinari o di polizia interna); le *norme di organizzazione in senso stretto*, derivanti dalla posizione d'indipendenza costituzionale assegnata alle Camere dall'ordinamento giuridico. Alle prime, inclusive di quelle riferentisi ai procedimenti di formazione della legge <sup>(27)</sup>, « si è assegnata la natura di norme giuridiche, in quanto norme tipicamente istituzionali » <sup>(28)</sup>. Tra le norme di supremazia speciale, soltanto quelle disciplinari possono considerarsi giuridiche, per il loro carattere di *esteriorità*, intesa come intersubiettività, posto che influiscono sull'esercizio di diritti pubblici soggettivi, mentre le norme di polizia interna sono considerate, appunto, meramente interne, proprio perché prive di *esteriorità*. Pure le norme di organizzazione in senso stretto sono da qualificarsi come interne, perché mancanti del carattere dell'istituzionalità, in quanto non costitutive dell'ordinamento generale dello Stato <sup>(29)</sup>.

A sua volta, Bon Valsassina distingue due categorie di norme contenute nei regolamenti parlamentari, quelle puramente interne, espressione di interessi specificamente parlamentari <sup>(30)</sup>, e le norme « facenti parte dell'ordinamento generale dello Stato ed *incidenti sulle sfere d'interessi di terzi*, estranei all'istituzione parlamentare » <sup>(31)</sup>.

---

<sup>(27)</sup> Si tratta, in particolare, delle norme materialmente costituzionali, accanto alle quali si collocano quelle meramente esecutive, direttamente ricollegate ad una disposizione costituzionale.

<sup>(28)</sup> T. MARTINES, *La natura giuridica dei regolamenti parlamentari* (1952), in Id., *Opere*, Tomo II, *Fonti del diritto e giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 141.

<sup>(29)</sup> Ivi, p. 141.

<sup>(30)</sup> La cui esistenza è desumibile « dalla posizione d'indipendenza, d'esenzione da qualsiasi interferenza o controllo di soggetti estranei, in cui l'ordinamento colloca le Camere parlamentari in ordine all'attività dispiegata per il perseguimento di determinati fini » (BON VALSASSINA, *Sui regolamenti parlamentari*, cit., p. 79).

<sup>(31)</sup> *Ibidem* (corsivo non testuale). Sulle classificazioni delle norme contenute nei regolamenti parlamentari proposte da Martines e Bon Valsassina e sul loro legame con la teoria romaniana vedi TRAVERSA, *La natura giuridica*, cit., p. 27 e ss. Contrasta tali partizioni GALEOTTI, *Contributo alla teoria*, cit., pp. 167-168, secondo il quale quando « si sia aperta una breccia nella concezione 'internistica' delle norme regolamentari delle Camere », quando si sia ammesso « che almeno alcune delle norme dei regolamenti parlamentari determinano conseguenze giuridiche nella sfera dell'ordinamento generale, tutto il sistema di norme poste da codesta fonte deve riconoscersi dotato della medesima natura. Invero una fonte normativa, una stessa fonte, promanante dalla stessa autorità,

Sotto questo aspetto, pertanto, non sembra di poter ravvisare nella pronuncia n. 120 del 2014 un reale cambio di paradigma, e nemmeno l'esplicito riferimento all'eventuale rimedio costituito dal conflitto di attribuzioni tra poteri, come vedremo, appare del tutto inedito <sup>(32)</sup>.

4. *La crisi della tradizionale insindacabilità del procedimento legislativo nella dottrina degli anni '50: le tesi di Temistocle Martines e di Marino Bon Valsassina.*

La sentenza del 1959, com'è noto, suscitò un ampio e approfondito dibattito, al quale presero parte alcuni dei più autorevoli studiosi del diritto pubblico e costituzionale. Ma, in effetti, alcune importanti novità dottrinali in diversa misura anticipatrici della sindacabilità *ab externo* del procedimento di formazione della legge erano già intervenute prima della pronuncia della Corte costituzionale: mi riferisco, in particolare, alle (pur caute) aperture in materia di Martines e Bon Valsassina (rispettivamente nel 1952 e nel 1955) <sup>(33)</sup> e, soprattutto, all'importante volume del 1957 di Galeotti <sup>(34)</sup>, secondo il quale la presenza, nel nuovo ordinamento

---

estrinsecantesi con un medesimo atto, non può essere *pro parte* propria di un ordinamento e *pro parte* del tutto estranea o indifferente di fronte ad esso». In senso analogo PIERANDREI, *Attività "interne"*, cit., pp. 224-225, nota 6, ritiene insoddisfacenti le classificazioni prima ricordate, osservando che le norme regolamentari debbono ritenersi 'giuridiche' in quanto prodotte da una fonte subordinata alla Costituzione prevista dallo stesso ordinamento. In particolare, per l'A. è evidente come la potestà che adotta le norme regolamentari sia tenuta a conformarsi ai precetti costituzionali (in particolare, all'art. 64, che ha ad oggetto in generale la potestà regolamentare delle Camere, e all'art. 72, relativo a tale potestà in quanto rivolta ai procedimenti legislativi), i quali le delimitano « in uno o altro senso, in una o altra direzione ».

<sup>(32)</sup> *Infra*, par. 4.

<sup>(33)</sup> MARTINES, *La natura giuridica dei regolamenti parlamentari*, cit.; BON VALSASSINA, *Sui regolamenti parlamentari*, cit.

<sup>(34)</sup> GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, cit. Sul dibattito giuspubblicistico nel secondo dopoguerra vedi F. LANCHESTER, *La dottrina costituzionalistica italiana tra il 1948 e il 1954*, in «Quaderni fiorentini», XXVIII (1999), p. 749 e s., il quale osserva che in quegli anni la dottrina rinnovellava «la classica discussione internazionale (su cui si era soffermata anche l'Assemblea costituente) sulla centralità parlamentare e sul ruolo del Governo nell'ordinamento, ma soprattutto

repubblicano, di un giudice della costituzionalità degli atti legislativi (oltre che dei conflitti tra poteri e tra enti) diviene l'elemento determinante per affermare che « tutta la realtà normativa attinente alla formazione della legge, nelle sue varie figure, è assurda, come d'un tratto, ad una rilevanza pratica che non abbisogna certo d'illustrazione » (35).

Così come, con specifico riguardo alla stessa distinzione concettuale tra vizio di forma e vizio di contenuto della legge, appare di non poco rilievo il ripudio — da parte di taluni degli intervenuti al *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione*, pubblicato nella *Giurisprudenza costituzionale* del 1956 (36) — della tesi di origine kelseniana secondo cui il vizio di illegittimità costituzionale sarebbe solamente di carattere formale, in quanto l'invalidità della norma non deriverebbe dal contrasto con la Costituzione, ma dal non essersi seguiti i procedimenti di revisione costituzionale. Per una legge anteriore alla Costituzione rigida, un vizio siffatto non sarebbe mai stato configurabile, in quanto il procedimento legislativo era, al momento della sua emanazione, regolare. Secondo la dottrina italiana prevalente, al contrario, non ogni vizio diventa formale, e pertanto « nell'opinione in esame si cade in un grave errore, allorché si riferisce il vizio non all'atto della cui validità si discute, bensì genericamente all'attività del potere dello Stato dal quale l'atto deriva » (37). È evidente che, se si fosse accolta la tesi criticata (38), tutta la legislazione pre-

---

sembrava affrontarne i temi con nuova lena. In questa prospettiva deve essere considerato significativo che l'argomento dei regolamenti parlamentari venisse preso in considerazione dal Virga, dal Martines e dal Bon Valsassina, facendolo uscire da un ghetto che aveva sicuri addentellati metodologici » (p. 780).

(35) GALEOTTI, *Contributo alla teoria*, cit., p. 6. L'osservazione, per la sua importanza, verrà ripresa anche oltre (cfr. *infra*, par. 5).

(36) Alle pagine 261 e ss. Al dibattito presero parte Vezio Crisafulli, Carlo Esposito, Massimo Severo Giannini, Carlo Lavagna, Costantino Mortati e Giuliano Vassalli.

(37) *Dibattito*, cit., p. 265.

(38) La quale, peraltro, « non ha grandi suffragi in Italia, anzi addirittura non risulta sia stata propugnata in modo deciso » (*ibidem*). ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 215-216, sottolineano come la riconduzione dei vizi sostanziali a quelli formali sia conseguenza della « riduzione » del concetto di costituzione a norma sulla produzione del diritto, tipica della visione gradualistica dell'ordinamento giuridico

costituzionale sarebbe sfuggita al sindacato del giudice delle leggi. In realtà, anche se non emerge dai testi costituzionali alcuna distinzione tra vizi di sostanza e di vizi di forma <sup>(39)</sup>, nessun dubbio fu avanzato sul carattere autonomo delle due tipologie di violazione delle disposizioni costituzionali, come dimostrano in modo esplicito la sentenza n. 9 del 1959 e la dottrina che variamente ne commentò i *dicta* e la *ratio decidendi*.

La pronuncia della Corte, come dicevo, fu in qualche misura ‘preparata’ da alcune riflessioni dottrinali innovative (pur con accentuazioni diverse) sul tema della sindacabilità dell’*iter legis*. E le ragioni dell’innovazione vennero individuate sia in considerazioni *di sistema*, sull’evoluzione degli ordinamenti democratici, la trasformazione della rappresentanza politica e dunque del ruolo stesso delle Camere nell’ambito della forma di governo, sia nei caratteri del nuovo regime politico, connotato da una Costituzione rigida e garantita dal sindacato di legittimità della legge affidato ad un giudice *sui generis* e *ad hoc*.

---

propria di Kelsen. Una concezione « neutrale o indifferente rispetto ai contenuti », che « occulta il problema costituzionale principale e sostanziale del nostro tempo, il tempo in cui alla costituzione si chiede di svolgere innanzitutto il compito d’integrare società divise in quadri di valori di convivenza comuni ». « Il ‘patto costituzionale’, quando l’unità politica minima essenziale è problematica, è prima di tutto un accordo materiale che dà il senso e il limite dell’esercizio delle funzioni politiche. La forma viene dopo la sostanza. [...] Da ciò, la sottolineatura dei valori contenutistici e l’elaborazione di un’autonoma categoria di vizi di costituzionalità materiale ». In tema, vedi già G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988, pp. 131-132, per una critica dommatica del presunto assorbimento del vizio materiale nella categoria del vizio formale. Per una confutazione della tesi sostenuta da Kelsen sulla riconducibilità di ogni vizio della legge a vizio formale vedi ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., p. 162 e nota 260.

<sup>(39)</sup> Per SANDULLI, *Legge (diritto costituzionale)*, cit., p. 649, « è da sottolineare innanzitutto, con riferimento ai precetti di natura costituzionale, che l’effetto dell’illegittimità è identico [...] senza che possa farsi distinzione tra vizi di forma (*errores in procedendo*, comprensivi di quelli inerenti alla ripartizione delle competenze, al procedimento, ecc.) e ai vizi di contenuto. Nessuna distinzione risulta infatti dai testi costituzionali ». Anche secondo CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pp. 325-326, « [è] pacifico che l’illegittimità costituzionale rappresenta una nozione unitaria, nessuna distinzione, specificazione o classificazione delle cause che possono determinarla (vale a dire: dei possibili vizi delle leggi o delle loro disposizioni o norme) risultando dal diritto positivo ».

Quanto al primo punto, di particolare rilievo sono le osservazioni di Bon Valsassina sui caratteri della democrazia parlamentare del XX secolo, orfana ormai della classe politica omogenea dell'età liberale, scomparsa a seguito dell'integrazione nello Stato delle masse proletarie, le quali « hanno espresso una rappresentanza ben diversa da quella per cui mezzo l'elettorato colto e censitario aveva dato vita al parlamentarismo classico e le hanno trasmesso la loro eterogeneità strutturale, le profonde divisioni psicologiche e morali, che le travagliano » (40). L'adozione della regola elettorale proporzionale (41) « ha consentito l'ascesa al potere di movimenti che si fondano su divisioni religiose, nazionali, razziali o di classe », mentre all'organizzazione « dilettantesca » degli antichi partiti di opinione « è subentrata la disciplina rigorosa dei moderni partiti di masse, disciplina estesa allo stesso gruppo parlamentare d'ogni singolo partito » (42). In questo mutato ambiente politico-sociale, i regolamenti delle Camere hanno perso « parte del loro significato »:

L'assoluta preponderanza conseguita dalle Camere europee nella vita dello Stato [...] ha reso pressoché superflua la garanzia d'indipendenza insita nell'autoregolamentazione degl'*interna corporis*, che in altri tempi, di fronte ad un potere monarchico forte, fondato sull'esercito e sulla burocrazia che ne dipendevano esclusivamente, poté apparire preziosa. Sparito, insomma, il dualismo caratteristico della monarchia limitata, sembrano dileguare i presupposti, le ragioni stesse d'un'affermazione costituzionalmente garantita dell'indipendenza di Camere parlamentari, che si sono addirittura insinuate dello Stato (43).

E tuttavia

si è visto che nell'evoluzione storica dell'istituzione parlamentare [...] la figura giuridica oggetto di nostra indagine costituisce un dato costante, il cui significato varia, bensì, in funzione delle trasformazioni del parlamentarismo, ma il cui fondamento reale, la cui pratica rilevanza si mantengono nel tempo.

Così, la norma del regolamento interno diviene

---

(40) BON VALSASSINA, *Sui regolamenti parlamentari*, cit., p. 28.

(41) Che l'A. (sulla scorta di G. MARANINI, *Crisi del costituzionalismo e antinomie della Costituzione*, in « Studi politici », I (1953), 2, p. 59) considera « strumento di autentica disintegrazione dell'unità dello Stato, premessa della sua rassegnata abdicazione di fronte all'insorgere d'ogni specie d'interessi particolari e frazionari » (p. 28).

(42) BON VALSASSINA, *Sui regolamenti parlamentari*, cit., p. 29.

(43) Ivi, pp. 30-31.

l'espressione delle finalità, delle funzioni impersonali ed oggettive che si impongono e si organizzano, come nel Paese reale così nel seno della sua collegiale rappresentanza e ne dominano i componenti ridotti, ormai, a strumenti impegnati nel loro servizio. La condizione umana e sociale del presente, nei suoi riverberi politico-parlamentari, ha conferito così alla figura normativa *de qua*, nuova e più circostanziata ragion d'essere, un significato pregnante ch'essa non sempre ha posseduto <sup>(44)</sup>.

Ne deriva che la costruzione di Romano continua ad adattarsi perfettamente alla categoria delle norme parlamentari interne, espressione di interessi specificamente parlamentari, concernenti ad esempio la verifica del numero legale, il *procedimento per l'approvazione delle leggi*, i modi di votazione <sup>(45)</sup>. In definitiva

[i]l pensiero, che vi sono momenti, nell'*iter* formativo della volontà delle Camere, i quali costituiscono affari meramente interni delle Camere stesse, soggiacciono esclusivamente al loro giudizio e sono sottratti a qualsiasi controllo estraneo, rampolla [...] da una fondamentale distinzione degli interessi propri degli organi parlamentari, ed il cui regolamento giuridico si esaurisce nella loro sfera interna, da quelli *rilevanti nell'ambito generale ed intersubiettivo* e pertanto assoggettati, con le conseguenze inevitabili in ordine all'efficacia ed al sindacato, alla *disciplina pubblicistica generale* <sup>(46)</sup>.

Il muro degli *interna corporis* comincia, insomma, a mostrare le prime crepe: se resta infatti escluso, anche in presenza del nuovo

---

<sup>(44)</sup> Ivi, p. 32. L'argomentazione utilizzata da questo A. richiama alla mente le analogie tra l'istituto degli *interna corporis* e quello delle immunità parlamentari, analogie evidenziate da Tosi in un saggio del 1959: « sorto storicamente come strumento di lotta e di garanzia contro il potere politico — che altro è il *délibérons!* di Sieyès? — non diversamente da quello sulle immunità parlamentari, il principio [della insindacabilità degli *interna corporis*] che ha informato al riguardo la dottrina dominante non può non essere ridimensionato alla luce della nuova situazione storica del potere politico. E come l'Orlando lamentava l'aspetto anacronistico e anzi contraddittorio della sopravvivenza delle immunità parlamentari nel moderno Stato di diritto, non diversamente può dirsi degli *interna corporis*. Va peraltro osservato che mentre il concetto dell'insindacabilità degli *interna corporis* « è uno di quelli che vengono tramandati di generazione in generazione come concetti pacifici, senza che mai siano stati sottoposti ad esame critico, né mai siano stati accertati i limiti della definizione » (BARILE, *Il crollo di un antico feticcio*, cit., p. 241), le immunità parlamentari sono prerogative espressamente previste dalla Costituzione, e dunque non superabili (tutt'al più limitabili nella loro estensione in sede interpretativa).

<sup>(45)</sup> BON VALSASSINA, *Sui regolamenti parlamentari*, cit., p. 69.

<sup>(46)</sup> Ivi, pp. 87-88 (corsivi non testuali).

istituto del sindacato di costituzionalità accentrato, « qualsiasi controllo sull'osservanza dei regolamenti interni nel procedimento formativo della legge » (47), lo stesso non può dirsi per le disposizioni *esterne* contenute nei regolamenti parlamentari, « poiché ovviamente le loro garanzie si confondono con quelle comuni all'intero ordinamento pubblicistico dello Stato » (48).

Di notevole interesse è la posizione di Martines, il quale pure, come si è visto, propone una distinzione tra le norme contenute nei regolamenti parlamentari, riconoscendo piena giuridicità a quelle direttamente esecutive di norme costituzionali (49). Anch'egli, dopo aver collegato la « nuova rilevanza » giuridica e politica assunta dai regolamenti parlamentari al graduale evolversi delle forme democratiche di governo e all'aumentata mole di lavoro che i Parlamenti sono chiamati a svolgere (50), esclude l'intervento di un'autorità esterna a giudicare dell'applicazione delle norme regolamentari, perché ciò sarebbe ritenuto lesivo dell'indipendenza delle Camere. Tuttavia, a suo avviso, non è certo che il Presidente di Assemblea (il quale « fa osservare il Regolamento ») e la Giunta per il regolamento (alla quale è demandato il parere sulle questioni di interpretazione e la soluzione degli eventuali conflitti di competenza)

possano sempre assicurare (influenzati, come spesso sono, dal vigore polemico della discussione) l'esatta applicazione delle norme medesime: sebbene si riconosca che la soluzione adottata nei regolamenti delle Camere italiane sia, fra quelle possibili, data l'accennata situazioni costituzionale, *forse ancora la migliore* (51).

---

(47) Ivi, p. 195.

(48) Ivi, pp. 147-148.

(49) Vedi *supra*, spec. nota 28. Tali norme di esecuzione vengono poi distinte, a loro volta, in norme materialmente costituzionali (quelle riferentisi ai procedimenti di formazione della legge) e norme meramente esecutive (quelle che possono ricollegarsi direttamente ad una disposizione costituzionale): MARTINES, *La natura giuridica*, cit., p. 143.

(50) In particolare, « nell'accentuato contrasto, in questo secondo dopoguerra, delle forze politiche, le norme dei regolamenti parlamentari, variamente interpretate, sono spesso invocate, dall'una o dall'altra parte, a sostegno delle proprie ragioni, offrendo non di rado spunto a dibattiti che, dal più ristretto ambito procedurale e parlamentare, si estendono [...] al campo prettamente politico, venendo ad interessare, conseguentemente, larghi strati dell'opinione pubblica »: ivi, pp. 7-8.

(51) Ivi, p. 144 (corsivo non testuale).

## 5. Segue: *la tesi di Serio Galeotti*.

L'espressione dubitativa che chiude il brano di Martines viene superata, a favore della sindacabilità dell'*iter legis* da parte della Corte costituzionale, da Galeotti:

Se la presenza di un giudice capace di accertare le deviazioni dalla regole è ancora, e pur sempre dal punto di vista tecnico-giuridico, ciò che soprattutto vale, perfezionandola, a rivelare la giuridicità delle regole, oggi con la presenza, finalmente attiva, di un giudice della costituzionalità degli atti legislativi e dei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni, *tutta la realtà normativa attinente alla formazione della legge*, nelle sue varie figure <sup>(52)</sup>, è assurda, come d'un tratto, ad una *rilevanza pratica* che non abbisogna certo d'illustrazione <sup>(53)</sup>.

È significativo che l'A. faccia riferimento al tema della « rilevanza pratica », il quale in effetti informa la sua concezione dello sviluppo degli istituti del diritto costituzionale, disciplina che « ha origini comparativamente recenti rispetto alle altre scienze giuridiche, sicché più breve è stato il tempo in cui essa ha potuto svolgersi e maturare l'elaborazione scientifica dei suoi dati » <sup>(54)</sup>, e che è destinata a modellarsi attraverso l'incessante lavoro interpretativo della giurisprudenza costituzionale, a sua volta sollecitato dai casi emergenti dalla prassi:

In realtà si tratta [...] del fatto risaputo per cui la giurisprudenza, come dottrina e scienza del diritto, si foggia e si affina sotto il martello delle esigenze pratiche dell'applicazione del diritto. Come la creazione degli istituti della giustizia amministrativa ha fornito stimolo, per così dire irresistibile, allo sviluppo sistematico della teoria degli atti amministrativi, così gli istituti della giustizia costituzionale propongono oggi, e proporranno sempre più domani, una spinta pressoché analoga verso analoghe sistemazioni concettuali nel campo del diritto costituzionale <sup>(55)</sup>.

---

<sup>(52)</sup> L'espressione « varie figure » si riferisce alla circostanza che il procedimento legislativo, nel nuovo ordinamento costituzionale, attiene secondo l'A. a quattro tipologie di legge: legge costituzionale, legge ordinaria, statuto o legge statutaria regionale, legge regionale (GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, cit., p. 142).

<sup>(53)</sup> Ivi, p. 6 (corsivo non testuale).

<sup>(54)</sup> Ivi, p. 4.

<sup>(55)</sup> Ivi, pp. 6-7. Anche Esposito, d'altronde, nella notissima monografia del 1934 su *La validità delle leggi*, cit., pur dopo aver sottolineato la mancanza di « disposizioni che esplicitamente statuiscano la annullabilità per vizi della formazione degli organi legislativi collegiali », osservava: « Può sorgere tuttavia qualche dubbio se, nei casi in cui sia conferito un potere di annullamento delle leggi incostituzionali a determinati

L'attenzione si incentra quindi sul « fenomeno giuridico del processo legislativo » e sul « fatto del diritto che assoggetta al vincolo delle sue regole il momento stesso della sua formazione » (56). Diversamente da quanto fatto dalla dottrina italiana anteriore al nuovo ordinamento (57), occorre cogliere il procedimento formativo della legge « nella sua entità di fenomeno unitario ed individuo della realtà giuridica » (58), disciplinato sia dalle norme stabilite dalla Costituzione, che costituiscono la parte fondamentale delle prescrizioni in materia (59), sia dalle norme dei regolamenti parlamentari concernenti l'*iter legis*. Queste ultime

---

organi statuali (e non già solo a disapplicare leggi nulle), il potere di questi organi non si estenda anche ad annullare leggi con vizi del consenso e perciò anche a controllare gli *interna corporis* » (p. 302, nota 81, corsivo non testuale). Ciò conferma come il principio degli *interna corporis* non assuma per Esposito un valore dogmatico, non costituendo affatto il fondamento teorico dell'esclusione di un controllo esterno sull'attività degli organi deliberanti. Tale fondamento va piuttosto ricercato in una « ispirazione parlamentaristica » di ordine sistematico, volta ad evitare una soggezione delle Camere ad altri poteri dello Stato: così A.A. CERVATI, *Procedimento legislativo e disciplina delle attività parlamentari nel pensiero di Carlo Esposito*, in « Giur. cost. », 1991, p. 1686. Sulla visione di Esposito del diritto costituzionale « come diritto vivente, sottoposto a continue mutazioni, nei modi più imprevedibili ma comunque assai più incisivi di ciò che generalmente si riscontra nei singoli rami dell'ordinamento », vedi L. PALADIN, *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito: le fonti del diritto*, in *Saggi di storia costituzionale*, a cura di S. Bartole, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 212-213.

(56) Tema in apparenza quasi utopico, secondo l'A.: « Eppure il diritto del nostro nuovo ordinamento, il quale fondandosi su una costituzione rigida ancorata a giuridiche garanzie della costituzione, pretende di attuare in tutti i momenti dell'azione statale i postulati dello Stato di diritto, ha tanta fiducia nelle sue possibilità e nei suoi mezzi che è proprio questa mèta, questa specie di prodigio, che esso aspira a realizzare » (GALEOTTI, *Contributo alla teoria*, cit., p. 1).

(57) « Anche le fondamentali ricerche che vennero condotte sull'atto legislativo nella dottrina italiana anteriore al nuovo ordinamento, pur pervenendo a configurare rigorosamente la 'legge' come atto giuridico, ossia come atto pienamente suscettibile, in quanto creazione dell'ordinamento, di essere assoggettato a limiti giuridici, lasciavano tuttavia nel vago dell'incerta giuridicità il fenomeno del farsi dell'atto legislativo, dell'attività che mena all'atto ». Il riferimento era, evidentemente, a Esposito e Mortati (ivi, pp. 4-5). Galeotti sottolineava altresì come anche nella dottrina tedesca di fine Ottocento, che pure affrontò con metodo dommatico le ricostruzioni dell'atto legislativo, il procedimento formativo della legge fosse rimasto in ombra. E in questo caso il riferimento era a Laband e Jellinek (p. 4).

(58) Ivi, p. 4.

(59) Ivi, p. 148.

spiegano la loro rilevanza nell'ordinamento statale come norme di diritto oggettivo, cosicché ad esse appare, nonché possibile, necessario riferirsi per ricostruire la disciplina sistematica del procedimento legislativo <sup>(60)</sup>.

Dunque, la *disciplina sistematica del procedimento di formazione della legge* è data, per Galeotti, dall'intreccio tra norme costituzionali e regolamentari, e ciò perché è la Costituzione stessa ad istituire una « riserva » a favore dei regolamenti, « quanto meno nelle materie che attengono alla disciplina dell'esame e dell'approvazione di ogni disegno di legge presentato alle Camere » <sup>(61)</sup>. Da tutto ciò consegue che dovrebbe ritenersi applicabile anche all'ipotesi di vizio della legge per violazione delle norme regolamentari lo schema del parametro interposto:

dovrebbe sostenersi che la violazione delle norme regolamentari di cui è fatto richiamo nell'art. 72 Cost. dia luogo ad un'ipotesi di illegittimità costituzionale dell'atto legislativo <sup>(62)</sup>.

Anche se il problema qui si complica in quello

di stretta interpretazione della fonte regolamentare delle Camere, volto a stabilire quali norme del regolamento siano veramente cogenti e quali sostanzialmente dispositive <sup>(63)</sup>.

---

<sup>(60)</sup> Ivi, p. 164.

<sup>(61)</sup> Ivi, p. 154.

<sup>(62)</sup> Ivi, pp. 169-170, nota 63. In particolare, l'A. propone un'analogia con la legge regionale che violi lo statuto o i principi fondamentali stabiliti dalle leggi-cornice statali, che diviene per questo costituzionalmente illegittima, osservando che « il richiamo fatto dall'art. 72 Cost. ai regolamenti parlamentari è assai più preciso, specifico, puntuale di quelli fatti, negli artt. 117 e 123 Cost., alla legge statale e allo statuto regionale ». Egli fa altresì riferimento al richiamo, operato dall'art. 10 Cost., alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, la cui violazione dà luogo a sua volta all'illegittimità della legge. Come è noto, la categoria parametrica delle cc.dd. norme interposte si deve alla coeva riflessione di C. LAVAGNA, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della « manifesta infondatezza »*, Milano, Giuffrè, 1957.

<sup>(63)</sup> GALEOTTI, *Contributo alla teoria*, cit., pp. 169-170, nota 63. Il problema è in parte coincidente con quello della stessa delimitazione del procedimento legislativo, dell'identificazione del suo nucleo indefettibile, alla cui determinazione concorrono (secondo la concezione di Galeotti) anche le norme regolamentari, laddove siano attuative di quelle costituzionali. Tra le previsioni costituzionali, egli ritiene fondamentali: [1] le norme concernenti le attribuzioni delle competenze, delle capacità, o poteri e diritti ai soggetti abilitati a concorrere nel procedimento legislativo; [2] le norme

Si tratta, dunque, di una posizione innovativa, avversata in modo esplicito da Mortati nel suo commento all'ordinanza di rimes-

---

concernenti la struttura fondamentale della sequenza procedurale, fissandosi l'ordine delle attività da ritenersi immancabili: così, all'iniziativa (art. 71) segue l'esame e l'approvazione da parte di ciascuna Camera (art. 72); dopo di ciò segue, nella fase integrativa dell'efficacia della legge, il momento del controllo (per la legge statale ordinaria, in particolare l'art. 74), indi la promulgazione e infine la pubblicazione (art. 73); [3] le altre norme che sanciscono requisiti o modalità con cui deve essere compiuto taluno degli atti procedurali: così, ad esempio, l'art. 72, per quelle relative all'esame e alla deliberazione di ciascuna Camera (pp. 148-149). Molti anni più tardi, occupandosi del (diverso) problema della proponibilità dei regolamenti parlamentari come oggetto del giudizio di costituzionalità delle leggi *ex art. 134*, primo comma, Cost., cui si dichiarava contrario, Galeotti aveva modo di integrare e rettificare la posizione sostenuta nel suo volume del 1957 « per quella parte in cui, nelle nostre precedenti considerazioni in argomento, permanevano elementi di dubitatività e incompletezza: trattasi dei profili attinenti alla *delimitazione* delle materie in cui è prevista costituzionalmente la 'riserva del regolamento parlamentare' [...]. La integrazione e la rettifica attiene, in sintesi, solo a questo profilo, nondimeno essenziale: la riserva costituzionale del regolamento parlamentare non assiste e garantisce, onnicomprensivamente, tutte le norme poste nell'esercizio della potestà regolamentare delle Camere, ma solo quelle attinenti alle *materie* per le quali, direttamente o indirettamente, tale riserva sia stabilita o comunque deducibile dalla costituzione »: S. GALEOTTI, *Osservazioni sui regolamenti parlamentari, come figura estranea agli atti aventi forza di legge, di cui all'art. 134 Cost.*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. 2, *Scritti di diritto costituzionale e altro*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 224, nota 3.

Per ESPOSITO, *La Corte costituzionale in Parlamento*, cit., p. 626, il nucleo centrale di formazione della legge è « il formarsi dell'atto legislativo in senso stretto, il fondersi in atto collettivo delle deliberazioni delle due Camere (formalmente espresse dai loro Presidenti), il manifestarsi delle leggi nella promulgazione e pubblicazione ». CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza*, cit., p. 792, sottolinea che ai regolamenti parlamentari è riservata, nei limiti dell'art. 72 Cost., la disciplina delle « modalità di esame, discussione ed approvazione dei disegni di legge ». Assai articolato è il ragionamento di A. PIZZORUSSO, *Le deliberazioni preliminari delle assemblee parlamentari nel procedimento legislativo*, in « *Foro it.* », V-3, 1969, c. 40, secondo il quale alla determinazione del procedimento legislativo vero e proprio contribuiscono una pluralità di fatti ed atti giuridici, coordinati in una successione temporale, ma indipendenti l'uno dall'altro quanto alla determinazione volontaria: « Tra questi atti troviamo ciascuna singola approvazione definitiva che sia richiesta, troviamo gli atti integrativi dell'efficacia (promulgazione, pubblicazione, ecc.), ma non troviamo il messaggio del presidente della camera [...], né gli atti di iniziativa, né le deliberazioni preliminari ». Infine, ad avviso di A.A. CERVATI, *Art. 72*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *La formazione delle leggi*, I, 1, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1985, p. 118, l'art. 72 Cost. indica espressamente, con riguardo al procedimento legislativo parlamentare,

sione del Tribunale di Bergamo che avrebbe dato origine alla sentenza n. 9 del 1959 <sup>(64)</sup>. Essa, tuttavia, nel momento stesso in cui pone il problema del diverso grado di cogenza delle norme regolamentari, a seconda del loro legame più o meno intenso e vincolato con le disposizioni costituzionali sul 'nucleo duro' del procedimento di formazione della legge, esclude ogni automatismo interpretativo, ed apre la strada a una verifica caso per caso della deviazione procedurale in questione e delle sue possibili conseguenze <sup>(65)</sup>.

---

alcune esigenze ineliminabili: « il ruolo delle commissioni, il riconoscimento alle minoranze e al governo della potestà di richiedere il rinvio all'assemblea plenaria, la determinazione del modo secondo il quale si deve procedere all'approvazione dei disegni di legge, le ipotesi di riserva di legge d'assemblea ».

<sup>(64)</sup> C. MORTATI, *Efficacia delle norme dei regolamenti parlamentari sulla validità delle leggi*, in « Giur. cost. », 1958, p. 357, dopo aver sottolineato che i principi del diritto internazionale generalmente riconosciuti cui fa rinvio l'art. 10 Cost. vengono ad assumere la stessa funzione, di condizionamento e di limite per l'attività legislativa, propria delle disposizioni costituzionali, precisa: « Risulta chiaro dall'anzidetto come dall'art. 10 non si possa ricavare alcun argomento analogico idoneo a determinare la qualifica da attribuire (sempre con riguardo alla loro utilizzazione al fine del controllo di costituzionalità della legge) al richiamo che la costituzione fa ai regolamenti parlamentari, contrariamente a quanto in proposito pensa il Galeotti ». Anche con riguardo alla violazione dell'art. 117 Cost., Mortati propone una interpretazione diversa da quella di Galeotti: tale disposizione costituzionale, a suo avviso, « opera direttamente una ripartizione di competenza normativa per la disciplina delle stesse materie fra due fonti distinte, ed è pertanto ovvio che ogni esorbitanza dell'una dalla sfera ad essa rigidamente assegnata debba importare necessariamente una diretta violazione dell'articolo stesso ». Pertanto, in questa ipotesi, « [i]l sindacato dell'organo di controllo della costituzionalità delle leggi è rivolto a garantire la linea di confine tracciata dalla Costituzione fra le attività normative dei due enti costituzionali, e cioè quel rapporto di separazione e di coordinazione fra questi ultimi che forma uno dei contrassegni fondamentali del tipo di Stato » (p. 358).

<sup>(65)</sup> In questo senso è argomentata la posizione di PIZZORUSSO, *Le deliberazioni preliminari*, cit., c. 41, il quale propone una nuova formulazione della dottrina dei limiti del controllo di 'costituzionalità formale', la quale « non abbia in comune con la vecchia teoria dell'insindacabilità degli *interna corporis* il ricorso a vietati argomenti fondati sull'autorità del parlamento o su pretese ragioni di ordine tradizionale, ma si fondi unicamente su precisi dati normativi e su esigenze logico-giuridiche rigorosamente accertabili ». Così, egli indica come nullità relative o sanabili quelle inerenti all'attività di iniziativa, alle deliberazioni preliminari ed alle attività necessarie per portare a conoscenza di chi di dovere l'atto conclusivo di ciascun sub-procedimento, ancorché previste dalla Costituzione; sono invece da ritenersi suscettibili di controllo *ab externo* le delibere di approvazione definitiva, di cui si potranno sindacare quei vizi che riguardano il

È dunque in questo contesto di mutamento delle coordinate culturali consolidate in materia di *interna corporis* parlamentari che occorre situare la decisione del 1959.

6. *La necessaria contestualizzazione, storica e politica, della sentenza n. 9 del 1959.*

Nella sentenza n. 9 del 1959 vengono sciolti per la prima volta una serie di rilevanti nodi di diritto costituzionale e parlamentare: 1) si afferma la competenza della Corte costituzionale a controllare la legittimità del procedimento di formazione della legge alla luce delle previsioni costituzionali (laddove, cioè, il vizio di forma sia originato da una violazione *diretta* della Costituzione); correlativamente, 2) si esclude che le norme contenute nei regolamenti parlamentari possano fungere da parametro nelle ipotesi di vizio formale (negandosi, cioè, la riconducibilità della violazione del regolamento parlamentare allo schema della norma interposta, adottato invece nella sentenza n. 3 del 1957 sull'eccesso di delega); 3) si pongono alcune premesse relative ai mezzi di prova e ai poteri istruttori utilizzabili dal giudice costituzionale per ricostruire l'*iter* di approvazione della legge, ai fini del controllo sul vizio formale *costituzionale*, con particolare riferimento al valore probatorio del messaggio presidenziale con cui si dà notizia dell'approvazione del testo legislativo; infine, 4) si ritiene corretta (pur con alcune precisazioni) la prassi parlamentare del coordinamento del testo del disegno di legge da

---

rispetto delle modalità di composizione dell'organo e sulla maggioranza richiesta per le varie votazioni, l'osservanza delle regole che consentono l'eventuale approvazione in commissione anziché in assemblea o l'esistenza della effettiva spontanea manifestazione, nelle forme prescritte (anche per quanto riguarda il tipo di votazione), della volontà di un numero di membri del collegio che rappresentino la maggioranza richiesta. « In relazione a queste attività, dovrà esaminarsi però caso per caso se i vizi ravvisabili siano eventualmente sanati per l'inattività di chi avrebbe potuto denunciarli o per altri motivi ». Con ogni probabilità, fu proprio per il timore di soluzioni di tipo 'casistico', che Esposito restò ancorato, in tema di sindacabilità dei vizi del procedimento legislativo, a concezioni più tradizionali: « Gli orientamenti che attualmente risultano prevalenti appaiono ispirati sempre più a quella logica del caso per caso che è la più lontana dalla rigorosa coerenza sistematica che ispira le conclusioni di Esposito » (CERVATI, *Procedimento legislativo*, cit., p. 1684).

parte della Presidenza (senza che il testo medesimo venga poi ripresentato alla Camera o alla Commissione competente per una nuova votazione finale) <sup>(66)</sup>.

Vedremo come il seguito dottrinale di questa pronuncia si caratterizzò essenzialmente per la riflessione sul destino degli *interna corporis* delle Camere, e per la critica (o la condivisione) del rifiuto del paradigma della norma interposta. Prima, tuttavia, di affrontare questi profili specifici, è necessario soffermarsi sul significato di ordine sistematico che la sentenza assunse nella prima fase della giurisprudenza costituzionale, in quel lasso di tempo di poco più di un decennio durante il quale la Corte ebbe modo di delimitare i confini della propria competenza nell'ambito del sindacato sulla legge. E lo fece nella piena consapevolezza della novità — e dunque della difficoltà — del proprio ruolo, come del resto testimoniato sia dalle posizioni contrarie all'esistenza stessa di un giudice costituzionale autorevolmente espresse nel dibattito costituente sia dalle

---

<sup>(66)</sup> La Corte afferma che nella propria competenza a giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi *ex art.* 134 Cost. rientra in primo luogo quella di controllare l'osservanza delle norme della Costituzione sul procedimento di formazione delle leggi e precisa che, quando la controversia sulla legittimità costituzionale sorge per la denunciata difformità fra i testi approvati dalla due Camere, essa può accertare se il testo, che il Presidente di una Camera nel suo messaggio di trasmissione dichiara essere stato approvato, sia effettivamente conforme al testo approvato dalla stessa Camera. Tale messaggio, che costituisce una formalità necessariamente inerente al procedimento di formazione della legge, non ha effetti meramente 'interni' alla Camera, essendone destinatario un altro organo costituzionale al quale si dà notizia di un fatto (l'approvazione della legge), che ha un'essenziale rilevanza giuridica nell'ambito dell'*iter legis*. Pertanto, esso non preclude alla Corte l'esercizio dei suoi poteri, così come la posizione costituzionale di indipendenza delle Camere non implica assoluta insindacabilità. Infine, la prassi del coordinamento, in quanto risponde ad esigenze di funzionamento di un organo collegiale, non può ritenersi contraria alla Costituzione, ma implica, tuttavia, che il testo coordinato possa non essere sottoposto ad una nuova votazione finale soltanto ove abbia una formulazione che non alteri la sostanza del testo che aveva formato oggetto della votazione finale della Camera o della Commissione competente. Si tratta, dunque, di una prassi che non preclude l'esercizio, da parte della Corte costituzionale, del potere di controllare la legittimità costituzionale del procedimento di formazione della legge, attraverso l'accertamento caso per caso se la formulazione data al testo coordinato si sia mantenuta nei limiti entro i quali il coordinamento medesimo era stato autorizzato. Su tutto ciò cfr. TRAVERSA, *Considerazioni in tema di sindacato*, cit., p. 1481.

problematiche vicende relative all'istituzione in concreto e all'avvio dell'attività della Corte costituzionale, ben otto anni dopo l'entrata in vigore della Carta fondamentale <sup>(67)</sup>. Di grande significato, a questo riguardo, la sentenza n. 13 del 1960, nella quale la Corte ragiona della propria collocazione all'interno del sistema costituzionale, escludendo di poter « essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano », tante sono, e tanto profonde, le differenze tra il compito ad essa affidato « senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali ». Quella esercitata dalla Corte, infatti, è « essenzialmente una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni ». La sua decisione, « concernendo la norma in sé, concorre non tanto alla interpretazione e all'attuazione, quanto all'accertamento della validità delle norme dell'ordinamento e, quando ne dichiara la illegittimità costituzionale, ha, com'è noto, efficacia *erga omnes* ».

La peculiarità della funzione doveva necessariamente implicare un 'conflitto' sulla competenza: ne è dimostrazione la prima sentenza costituzionale (n. 1 del 1956), nel cui dispositivo la Corte « [a]fferma la propria competenza a giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi

---

(67) Per un'analisi delle radici ideologiche e culturali del nostro sistema di giustizia costituzionale vedi G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981. Sulle complesse vicende relative all'istituzione e all'insediamento della Corte costituzionale vedi U. DE SIERVO, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, in *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, a cura di P. Carnevale e C. Colapietro, Torino, Giappichelli, 2008, p. 49 e ss. Per una ricostruzione delle dinamiche del giudizio di costituzionalità nell'esperienza italiana vedi, ora, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012. Sulla più risalente giurisprudenza costituzionale, volta a radicare la Corte nel sistema anche attraverso un allargamento dei canali di accesso al suo giudizio, e sulle evoluzioni successive, vedi, da ultimo, A. PUGIOTTO, *Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in « Quad. cost. », 2016, p. 139 e ss.

forza di legge anche se anteriori all'entrata in vigore della Costituzione », con ciò contrastando la posizione del Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato <sup>(68)</sup>, secondo il quale il nuovo istituto dell'«illegittimità costituzionale» avrebbe dovuto riguardare soltanto le leggi posteriori alla Costituzione e non anche quelle anteriori, « perché le norme precettive della Costituzione — secondo l'Avvocatura — importano abrogazione delle leggi anteriori che siano con esse incompatibili e la relativa dichiarazione è di competenza esclusiva del giudice ordinario; mentre le norme costituzionali di carattere programmatico non importano difetto di legittimità di nessuna delle leggi vigenti anteriori alla Costituzione ». È inutile sottolineare la natura fondativa di questa decisione, che ha consentito alla Corte costituzionale un'opera di 'bonifica' di molti degli aspetti più illiberali e discriminatori della legislazione pre-costituzionale <sup>(69)</sup>. Essa va peraltro considerata in connessione con altre pronunce, che, valutate nel loro complesso, hanno determinato un'indubbia estensione dei poteri della Corte, soprattutto rispetto alle tendenze più restrittive presenti nella dottrina legata alla tradizione e piuttosto diffidente rispetto all' 'innesto' del nuovo organo costituzionale, e della sua inedita funzione, nell'ordinamento.

Ho già ricordato la sentenza n. 3 del 1957, con la quale la Corte si è pronunciata nel senso che l'eccesso di delega, « traducendosi in una usurpazione del potere legislativo da parte del Governo », determina una *violazione indiretta* degli artt. 70, 76 e 77

---

(68) Come previsto dagli artt. 20 e 25 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

(69) Sulla « portata storica universalmente nota » della decisione n. 1 del 1956 vedi C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia Veneziana, 1984, pp. 131-132, ad avviso del quale, se si considera l'oggettivo sistema di relazioni tra fonti che si era venuto ad instaurare con l'entrata in funzione di un sindacato accentrato, « l'operazione compiuta dalla Corte con quella prima sentenza, confermata da pronunzie successive, assume proporzioni gigantesche. Lucidamente consapevole di quale fosse il suo titolo di legittimazione, essa [...] proponeva la Costituzione come punto di riferimento di aspettative anche eterogenee, e se stessa come polo istituzionale di aggregazione del pluralismo ideologico; polo istituzionale — si noti —: come tale legittimante l'intero sistema delle istituzioni, Parlamento incluso (e già questa osservazione basterebbe a far apparire oziosa ogni polemica contro la Corte costituzionale che prescindesse da una valutazione complessiva del suo ruolo, dai contenuti di sostanza della sua giurisprudenza, e fosse animata da opzioni teoriche *a priori*) ».

Cost., respingendo la tesi secondo cui i decreti delegati viziati per contrasto con le leggi deleganti si sarebbero ‘degradati’ a semplici atti amministrativi, sindacabili da parte dei giudici comuni <sup>(70)</sup>. Essi conservano invece forza di legge, e solo la Corte può dichiararne l’illegittimità: «soltanto le decisioni della Corte costituzionale possono assicurare, con la certezza del diritto, la piena tutela del diritto del cittadino alla costituzionalità delle leggi».

A sua volta, anche la sentenza n. 9 del 1959 contiene un’affermazione di competenza: la prima questione presa in esame, *in ordine logico*, è proprio quella che «involge la competenza della Corte costituzionale a controllare la legittimità costituzionale di una legge per quanto concerne il procedimento della sua formazione» <sup>(71)</sup>. E la risposta al quesito è netta e immediata: «Nella competenza di giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi, attribuita alla Corte dall’art. 134 Cost., rientra senza dubbio, ed anzi in primo luogo, quella di controllare l’osservanza delle norme della Costituzione sul procedimento di formazione delle leggi: in tal senso si è già affermato l’orientamento della Corte

---

<sup>(70)</sup> Su tale tesi vedi ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 242-243, ove si ricorda la posizione di E. TOSATO, *La legge di delegazione*, Padova, Cedam, 1931, p. 188, secondo cui gli atti normativi del governo «assumono forza di legge solo in quanto [...] rientrano [...] nei limiti della delegazione». Ma per la Corte «[s]arebbe in contrasto col principio organizzativo posto a base della formazione delle leggi, negare per le leggi delegate, aventi anche esse carattere generale e che pur possono essere mancanti di elementi essenziali, sia la tutela costituzionale posta per le leggi del potere legislativo, sia la possibilità di una decisione con efficacia *erga omnes* (art. 136 Cost.)».

<sup>(71)</sup> Il riferimento è alla questione proposta dall’ordinanza del Tribunale di Bergamo, che, oltre alle questioni già contenute in due ordinanze della Corte di cassazione (illegittimità della legge impugnata per violazione del principio della irretroattività delle norme tributarie e per difformità fra i testi approvati dalle due Camere), ne aveva proposto una ulteriore per violazione dell’art. 72, primo comma, Cost. e dell’art. 40 del regolamento della Camera dei deputati, essendosi seguito il procedimento di approvazione attraverso le Commissioni della Camera e non il procedimento di approvazione in Assemblea, per una legge di natura tributaria. La Corte costituzionale respinge la tesi, prospettata nell’ordinanza, secondo cui l’art. 72 Cost., deferendo al regolamento della Camera di stabilire in quali casi e forme un disegno di legge può essere assegnato a Commissioni in sede legislativa, avrebbe posto una norma in bianco, con la conseguenza che le disposizioni inserite a tale riguardo da una Camera nel suo regolamento avrebbero assunto il valore di norme costituzionali.

(sentenze n. 3 e 57 del 1957) ». Tale competenza, tuttavia, è limitata ai casi in cui nel procedimento formativo della legge si determini una *violazione diretta* del parametro costituzionale (nei quali si configura « una questione di interpretazione di una norma della Costituzione che è di competenza della Corte »), mentre sulla violazione di norme contenute nel regolamento parlamentare « resta decisivo l'apprrezzamento della Camera ». Dunque, questa particolare ipotesi è estranea ai casi di incostituzionalità per violazione di norme interposte, i quali hanno la caratteristica (e lo scopo) di allargare « i confini della giurisdizione costituzionale estendendola a situazioni normative che, altrimenti, resterebbero senza 'copertura' costituzionale o ricadrebbero in ambiti giurisdizionali altrui » (72).

Così, mentre vi fu in dottrina chi parlò del « crollo di un antico feticcio », quello dell'insindacabilità degli *interna corporis* parlamentari, sottolineando come la Corte avesse « risolto implicitamente, in senso positivo, un problema preliminare: quello della propria *competenza* » (73), e chi, con accenti assai critici, stigmatizzò l'« immotivata negazione » di un principio profondamente radicato nella tradizione (74), non furono pochi i commentatori che ravvisarono

---

(72) ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 237. Sulla « progressiva estensione dell'ambito dei competenza » della Corte costituzionale nei suoi primi anni di attività, anche attraverso le sentenze qui ricordate (oltre che con la sentenza n. 38 del 1957, con la quale essa assorbiva la giurisdizione dell'Alta Corte per la Regione siciliana, dichiarando di porsi — in nome dell'unità dello Stato — « come unico giudice della legittimità delle leggi statali o regionali e dei conflitti di attribuzione tra lo Stato e le Regioni »), vedi *Discorso del Prof. Livio Paladin in occasione dei trent'anni della Corte costituzionale. Presidente Livio Paladin* (Palazzo della Consulta, 5 giugno 1986), in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

(73) BARILE, *Il crollo di un antico feticcio*, cit., p. 242 (corsivo non testuale), il quale nota, sotto il profilo terminologico, come l'espressione « *interna corporis* » non appaia neppure nella motivazione della sentenza.

(74) ESPOSITO, *La Corte costituzionale in Parlamento*, cit., p. 625. La sentenza della Corte, pur non avendo dimostrato che quella tradizione fosse contraria al nuovo ordinamento costituzionale, aveva tuttavia « dimostrato coi fatti » che essa era ormai finita e poteva essere negata: « La nessuna reazione o emozione in Parlamento o nel Paese [...] costituisce la miglior prova della esattezza del deciso e che la prerogativa della insindacabilità delle Camere, fondata sulla posizione tradizionale delle Camere stesse, non faceva più parte del diritto costituzionale italiano vigente ed era morta di morte naturale ». In effetti, va detto che lo stesso Esposito riconosceva il mutamento della 'posizione' delle Camere parlamentari italiane nel nuovo ordinamento costituzionale, in

nell'atteggiamento del giudice costituzionale una certa « timidezza » (75), una qualche « incertezza di orientamento » e un « ritengo eccessivo » (76) nella soluzione del quesito propostogli.

Si tratta di una critica condivisibile: non vi è dubbio che la decisione segnò un « ridimensionamento (ma non annullamento) degli *'interna corporis'* » (77), un superamento incompleto dell'« antico feticcio » (78), ma è altrettanto indubbio come ciò si possa spiegare considerando che la Corte costituzionale godeva, allora, « di una *'istituzionalizzazione'* ancora assai parziale, specie se posta in rapporto alle Assemblee parlamentari, che si erano potute invece appoggiare, facendo leva sulla continuità con il Parlamento statutario, su una tradizione ultrasecolare » (79). Come ebbe limpidamente

---

conseguenza delle diverse specie di leggi (ordinarie e costituzionali), da approvare con diverso procedimento. Così come gli stessi metodi di approvazione delle leggi ordinarie sono vari, in corrispondenza del loro contenuto (*ex art. 72, quarto comma, Cost.*). In considerazione di ciò, poteva in effetti sorgere il dubbio « se, *ai fini di accertamento della legittimità del metodo scelto* (se non del modo della sua concreta applicazione), non fosse stata riconosciuta all'organo deputato a controllare la costituzionalità delle leggi, potestà di penetrare nelle Camere ». Certamente, il dubbio poteva essere superato « dicendo che il controllo della costituzionalità della scelta di un procedimento (scelta certificata dai Presidenti del collegio) non implica controllo formale sul procedimento interno delle Camere ma solo controllo sostantivo sulla costituzionalità di una delibera delle Camere relativa al procedimento. Tuttavia, offrendo il testo costituzionale motivi di dubbio, il principio della incontrollabilità degli *interna corporis* sarebbe stato affermato piuttosto *in forza di una tradizione non contraddetta dal testo costituzionale che in forza di una imposizione di questo* » (pp. 624-625) (corsivo non testuale).

(75) CRISAFULLI, *Le funzioni della Corte costituzionale*, cit., p. 107.

(76) V. GUELI, *La competenza della Corte costituzionale nel procedimento di formazione delle leggi*, in « Rass. parl. », 1959, p. 131.

(77) S. TOSI, *La competenza della Corte costituzionale nel procedimento di formazione delle leggi*, ivi, p. 138.

(78) ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 217, secondo i quali la distinzione, operata dalla Corte costituzionale, tra le due classi di vizi formali « non ha un chiaro fondamento costituzionale » (p. 216).

(79) N. LUPO, *I tradimenti delle "promesse" sulla sindacabilità del procedimento legislativo contenute nella sentenza n. 9 del 1959 della Corte costituzionale*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Decisione conflitti controlli. Procedure costituzionali e sistema politico*, Atti del XXV Convegno annuale, Parma, 29-30 ottobre 2010, Napoli, Jovene, 2012, pp. 142-143. Del medesimo A. vedi *La difficile "tenuta" del diritto parlamentare, tra Corte costituzionale, Presidente di Assemblea e Presidente della Repubblica*, in *I regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971*, a cura di A. Manzella,

ad osservare Sandulli, « non si può dimenticare che con quella sentenza (che fu definita storica), adottata a meno di tre anni dall'inizio della sua attività — e cioè quando la sua forza politica e sociale non aveva ancora avuto modo di consolidarsi —, la Corte ebbe a dare un'altissima prova di coraggio e di fermezza nel rifiutare lo sbarramento della dottrina degli *interna corporis*, oppostale, oltre che, decisamente, dall'assemblea legislativa interessata, anche dal più autorevole orientamento scientifico (Esposito), allora tuttavia ancorato alle tesi tradizionali. Ciò può spiegare se con quella sentenza la Corte non abbia poi osato di portare alle ultime conseguenze la prova di coraggio »<sup>(80)</sup>.

Il riferimento di Sandulli allo « sbarramento » opposto alla Corte dall'Assemblea legislativa concerne l'episodio verificatosi a seguito dell'ordinanza istruttoria n. 48 del 1958, con cui la Corte aveva disposto che il giudice relatore Perassi assumesse informazioni presso la Camera dei Deputati sulla procedura seguita per l'approvazione della legge impugnata (essendo stato contestato dall'Avvocatura dello Stato e da una delle parti che i resoconti stenografici prodotti in giudizio avessero valore ufficiale). Al giudice relatore fu risposto ufficialmente dal Presidente della Camera Giovanni Leone, per il tramite del Segretario generale, che non era possibile ottenere copia dei processi verbali delle sedute delle Commissioni riunite e della Camera, trattandosi di 'atti interni'; fu altresì precisato che i resoconti stenografici avevano carattere meramente informativo, e che il solo atto ufficiale relativo al procedimento di formazione di una legge avanti alla Camera era il messaggio con il quale il Presidente trasmette al Presidente dell'altra Camera o al Capo dello Stato il testo del disegno di legge approvato dalla Camera. In seguito, il Presidente Leone inviò al Presidente della Corte una lettera, datata 30 settembre 1958, con la quale comunicava che il

---

Bologna, il Mulino, 2012, p. 241, dove si osserva, con riguardo alla sentenza del 1959, che la Corte volle evitare « di dover [...] esaminare e giudicare dell'effettivo andamento dell'*iter legis*, in nome di un parametro allora dall'incerto *status* tra le fonti del diritto, per giunta — almeno alla Camera [...] — non ancora pienamente adeguato alla Carta costituzionale repubblicana ».

<sup>(80)</sup> SANDULLI, *Considerazioni in tema di sindacato*, cit., p. 612.

testo dei resoconti delle sedute delle Commissioni riproduceva fedelmente la svolgimento dei loro lavori.

Un atteggiamento di sostanziale chiusura, che « risentiva della anacronistica e sorpassata concezione della cosiddetta 'sovranità parlamentare', dalla quale direttamente deriva quello che è stato giustamente chiamato 'l'antico feticcio' della insindacabilità degli *interna corporis* »<sup>(81)</sup>. La Corte, in tale occasione, diede « prova di estremo equilibrio (stavo per dire, *pazienza*): le sarebbe stato facile, sol che lo avesse voluto, invocare i poteri istruttori conferitile dall'art. 13 della legge n. 87 del 1953 e conferitile con la formula più ampia ('anche in deroga ai divieti stabiliti da altre leggi') »<sup>(82)</sup>. Non arrivò a tanto, ma fu tuttavia assai decisa nell'affermare la propria libertà di valutare i contenuti della documentazione dei lavori parlamentari, anche verificando l'esattezza delle enunciazioni contenute nel messaggio presidenziale, con ciò mostrando, in questa controversa e fluida materia, un « ardimento notevole »<sup>(83)</sup>. Ardimento che mostrò anche dieci anni dopo, con la sentenza n. 134 del 1969, negando di nuovo ogni efficacia di prova privilegiata agli atti parlamentari, e in particolare al contenuto dei processi verbali e dei messaggi, e confermando l'ampiezza dei propri poteri di accertamento della regolarità dell'*iter* di formazione delle leggi:

[...] questa Corte può e deve valersi di tutti gli elementi utili per ricostruire la realtà di quanto avvenuto nel corso del procedimento, e in primo luogo, perciò, della varie pubblicazioni (parzialmente e lacunosamente disciplinate nei regolamenti parlamentari) destinate a dare pubblica notizia dei lavori legislativi, interpretandone secondo i comuni canoni logici il significato e l'esatta portata. Processi verbali, resoconti sommari e stenografici, messaggi dei presidenti delle assemblee legislative, sono altrettanti mezzi di prova, particolarmente autorevoli, a nessuno dei quali però è riconosciuta efficacia privilegiata. Giacché, se così fosse, la garanzia del rispetto delle norme costituzionali sarebbe concretamente rimessa all'organo attestante una 'verità legale' incontrovertibile, anziché al giudice della costituzionalità delle leggi<sup>(84)</sup>.

<sup>(81)</sup> CRISAFULLI, *Le funzioni della Corte costituzionale*, cit. p. 107.

<sup>(82)</sup> *Ibidem*.

<sup>(83)</sup> GUELI, *La competenza*, cit., p. 132.

<sup>(84)</sup> Per TRAVERSA, *Considerazioni in tema di sindacato*, cit., p. 1481, leggendo la sentenza n. 134 del 1969 si ha la netta sensazione che la Corte non abbia inteso « minimamente alterare » il « difficile e precario equilibrio » raggiunto nella pronuncia di dieci anni prima. L'A., tuttavia, valorizza le « garanzie di obiettività » che presidono

Veniva così fissato, attraverso queste prime importanti decisioni, il quadro dei rapporti tra Corte costituzionale e Parlamento, con riguardo al procedimento legislativo. Un quadro che non sembra essere cambiato nei decenni successivi, ma che potrebbe oggi rivelarsi non soddisfacente, sia alla luce dei mutamenti già intervenuti (con il passaggio dal sistema elettorale di tipo proporzionale a sistemi di tipo maggioritario, la conseguente attenuazione del ruolo di terzietà del Presidente di Assemblea, le evoluzioni della funzione del Capo dello Stato) <sup>(85)</sup> sia di quelli che sembrano profilarsi all'orizzonte con la revisione costituzionale in corso, dal momento che la diversificazione e la complessità dei procedimenti legislativi — nell'ambito di un bicameralismo non più paritario — potrà comportare un aumento significativo dei casi di denuncia delle leggi per vizi formali <sup>(86)</sup>.

---

alla formazione del processo verbale, il quale dovrebbe considerarsi — diversamente da quanto ritenuto dal giudice costituzionale — « l'atto che fa fede piena, che documenta in modo incontrovertibile all'interno delle assemblee il tenore delle deliberazioni e degli atti delle Camere » (pp. 1491-1492), e ritiene altresì che una più opportuna situazione di certezza potrebbe essere raggiunta « restituendo al messaggio la sua originaria funzione di unico, e perciò stesso incontrovertibile, strumento di esternazione del risultato di un certo tipo di procedimento e di assoluta garanzia di conformità del testo in esso contenuto a quello risultante dall'approvazione della Camera considerata, al termine di quel procedimento » (pp. 1502-1503). MANZELLA, *Il parlamento*, cit., pp. 55-56, sulla base delle garanzie « interne » (redazione ad opera di funzionari parlamentari, sovrain-tendenza dei deputati e senatori segretari) e della garanzia « esterna » (possibilità per ogni parlamentare, al momento della lettura, di farvi inserire una rettifica), osserva che il processo verbale « campeggia [...] tra gli atti parlamentari, come quello dotato della piena efficacia probatoria ». Anche se si tratta di un valore non assoluto, potendo essere superato attraverso l'attestazione in esso stesso contenuta di un dissenso sulla regolarità delle operazioni. « Quando però questo dissenso non traspare dal processo verbale e dalla fase di sua approvazione, il suo valore di prova consiste nel fatto che non può essere messa in discussione la regolarità della procedura parlamentare almeno sulla base del parametro regolamentare ».

<sup>(85)</sup> LUPO, *I tradimenti delle "promesse"*, cit., p. 142. Vedi anche MANETTI, *La lunga marcia*, cit., p. 838 e s.

<sup>(86)</sup> Il testo di legge costituzionale approvato in seconda votazione, e in attesa di conferma referendaria (Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione), prevede, infatti, tre tipologie di procedimento di formazione della legge: bicamerale paritario, monocamerale, monocamerale con ruolo rinforzato del Senato. In

7. *Le ambiguità della sentenza n. 9 del 1959 e la lungimiranza della dottrina: Carlo Esposito e Costantino Mortati.*

Del resto, Esposito sottolineò immediatamente alcune oscurità logiche presenti nella motivazione della sentenza n. 9 del 1959, prefigurando con grande lucidità le incertezze che ne sarebbero sorte e ipotizzando alcune possibili soluzioni, anche *de jure con-*  
*dendo*. Certamente, egli prendeva le mosse da una sostanziale contrarietà al superamento della dottrina degli *interna corporis*: in un saggio del 1957 aveva affermato che la disciplina dei procedimenti parlamentari « solo in via generica e lacunosa [...] trova posto nel testo costituzionale, ma per il resto essa, oggi come in passato, è rimessa ai regolamenti, alla prassi e agli usi parlamentari », e ciò trae origine « dalla volontà di rispettare, conforme a *storia*, a *tradizione* e a *natura*, guarentigie e prerogative del Parlamento »<sup>(87)</sup>. Dal momento che l'istituzione parlamentare in Italia ha sempre goduto, e continua a godere, delle potestà di *autoorganizzazione*, *autodisciplina dei procedimenti* e *autocontrollo sugli svolgimenti dei procedimenti* all'interno del collegio, il significato « delle poche disposizioni relative ai procedimenti parlamentari che si leggono nel nostro testo costituzionale » va determinato *alla luce della prassi parlamentare e delle integrazioni in usi e regolamenti del Parlamento*. Dunque, alle norme costituzionali inerenti all'organizzazione interna delle Camere e ai procedimenti che vi si svolgono — *in primis* quello di formazione della legge — va riconosciuta « *efficacia elastica e direttiva* »<sup>(88)</sup>. Insomma, la Costituzione, per Esposito, non intende disciplinare direttamente, sia pure in parte, il procedimento legislativo, ma « vuole fissare principi e direttive per i regolamenti cui è rimesso di disciplinare il procedimento legislativo [...] con forza di regolamento, e non di legge e tanto meno di legge costituzionale »<sup>(89)</sup>.

---

argomento vedi R. ROMBOLI, *Le riforme e la funzione legislativa*, in « Rivista AIC », 2015, 3, p. 16 e ss. Vedi anche G. BRUNELLI, *La funzione legislativa bicamerale nel testo di revisione costituzionale: profili problematici*, in « Rass. parl. », 2015, 4, p. 765 e ss.

<sup>(87)</sup> C. ESPOSITO, *Questioni sulla invalidità della legge per (presunti) vizi del procedimento di approvazione*, in « Giur. cost. », 1957, p. 1330 (corsivo non testuale).

<sup>(88)</sup> *Ibidem*.

<sup>(89)</sup> Ivi, p. 1332.

Mortati, a sua volta, commentando l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Bergamo sul punto del « carattere costituzionale in senso sostanziale che sarebbe da attribuire alle norme sul procedimento legislativo, anche se contenute nei regolamenti, per il rinvio che la Costituzione fa a questi »<sup>(90)</sup>, parlava di motivazione « errata nelle premesse e negli svolgimenti »<sup>(91)</sup>. Poiché la questione posta alla Corte riguardava il rapporto tra Assemblea e Commissione (trattandosi di un'ipotesi di riserva di assemblea prevista soltanto nel regolamento parlamentare, 'aggiunta' — per così dire — a quelle stabilite dall'ultimo comma dell'art. 72 Cost.), Mortati negava ogni analogia con lo schema della norma interposta accolto con la sentenza n. 3 del 1957 in materia di invalidità dei decreti legislativi delegati per contrasto con la legge di delega. In quel caso, infatti, il fondamento del sindacato da parte del giudice costituzionale doveva « desumersi dall'esigenza di garantire il rispetto dell'ordine dei poteri fra legislativo ed esecutivo », mentre nella fattispecie considerata « commissioni ed assemblea non rivestono la figura di distinti soggetti costituzionali, essendo le prime solo articolazioni interne della seconda, e la Costituzione né stabilisce sfere distinte di competenze, né regola i loro rapporti [...] ». Pertanto, le norme regolamentari dettate al riguardo non possono assurgere a criterio di valutazione della costituzionalità delle leggi formate in commissione, appunto perché la loro eventuale violazione non tocca l'ordine dei poteri costituzionali: « Si tratta della distribuzione di una competenza, affidata unitariamente ad un unico organo, il Parlamento, e distribuita da questo nel suo interno secondo criteri assolutamente discrezionali »<sup>(92)</sup>.

Fu proprio questa, in definitiva, la ricostruzione accolta dalla Corte. E, quanto ad Esposito, egli prese atto con realismo della scomparsa per « morte naturale » del tradizionale principio degli *interna corporis*<sup>(93)</sup>, pur mostrandosi assai critico nei riguardi della decisione del 1959, fondata, a suo avviso, su « tre asserzioni da

---

(90) Si tratta dell'ordinanza 8-15 gennaio 1958, già ricordata *supra*, par. 5 e nota 64.

(91) MORTATI, *Efficacia delle norme*, cit., p. 355.

(92) Ivi, p. 358.

(93) *Supra*, nota 74.

dimostrare»: 1) che le norme costituzionali sul procedimento legislativo non abbiano carattere meramente *direttivo* per gli organi legislativi; 2) che la posizione costituzionale delle Camere italiane sia mutata rispetto a quella che era in passato e che Parlamenti e Congressi hanno in ordinamenti stranieri, pure a costituzione rigida e con controllo giurisdizionale di legittimità delle leggi; 3) che alla Corte sia attribuito il potere di accertare una « verità legale » dei lavori delle Camere diversa da quella attestata solennemente nei messaggi dei Presidenti di Assemblea <sup>(94)</sup>.

Inoltre, sottolineata l'incertezza della Corte su alcune delicate questioni (come la riconosciuta ammissibilità della prassi del 'coordinamento formale' del testo approvato, solo « misteriosamente conciliabile » con la tesi che le regole costituzionali sulla formazione delle leggi entro le Camere siano imposte a pena di illegittimità <sup>(95)</sup>) e la scelta, non priva di ambiguità, di non portare il principio accolto a tutte le sue conseguenze, osservava che le difficoltà incontrate dal giudice costituzionale erano tali e tante da rendere auspicabile che il legislatore intervenisse, offrendo « criteri sicuri per l'esercizio del controllo e che insomma una *legge costituzionale*, a vantaggio della certezza del diritto, sancisse i criteri e i limiti del controllo giurisdizionale dei vizi del procedimento legislativo » <sup>(96)</sup>.

Allo stesso modo, i dubbi non risolti circa i mezzi di prova utilizzabili dalla Corte per il controllo sul vizio formale, con particolare riferimento ai messaggi dei Presidenti delle Camere, lo inducevano ad affermare che in un Paese di diritto scritto « sarebbe opportuno che il *legislatore costituzionale* colmasse la lacuna dei testi legislativi (se non dell'ordinamento) e sancisse espressamente come e con quale efficacia i lavori delle Camere possono o debbono essere documentati ufficialmente » <sup>(97)</sup>.

---

<sup>(94)</sup> ESPOSITO, *La Corte costituzionale in Parlamento*, cit., pp. 622-623.

<sup>(95)</sup> Ivi, p. 628.

<sup>(96)</sup> Ivi, p. 630 (corsivo non testuale). E ciò, benché lo stesso A. riconoscesse la potenziale ampiezza dei poteri istruttori attribuiti alla Corte costituzionale dagli artt. 13 e 22 della legge n. 87 del 1953, sui quali cfr. anche VIRGA, *Sindacato sugli "interna corporis"*, cit., p. 1001, nonché quanto osservato, *supra*, par. 6.

<sup>(97)</sup> ESPOSITO, *La Corte costituzionale in Parlamento*, cit., p. 634 (corsivo non testuale).

È evidente la sfiducia nella possibilità che questo tipo di problemi potessero, nel tempo, trovare ragionevoli soluzioni nell'evoluzione interpretativa della giurisprudenza costituzionale; il che non stupisce, in una cultura giuridica ancora fedele all'idea che in un ordinamento « di diritto scritto » sia determinante l'intervento chiarificatore delle legge (nel caso di specie, della legge costituzionale) e che si trova a misurarsi con una situazione inedita, la presenza di un sindacato di costituzionalità di tipo accentrato, di cui non è facile prevedere gli sviluppi.

D'altro canto, la tesi secondo cui le norme costituzionali sul procedimento legislativo sono da considerarsi come *norme direttive*, disciplinanti l'*attività* delle Camere e dei loro membri, senza effetti sulla validità dell'atto che pure di detta attività rappresenta il risultato finale <sup>(98)</sup>, si insinuerà nella giurisprudenza costituzionale successiva, al punto che si è addirittura arrivati a parlare, per alcune decisioni, di « ritrattazione » della pronuncia del 1959. Ciò sarebbe avvenuto, in particolare, con la sentenza n. 78 del 1984, con cui la Corte ha negato a se stessa il potere di interpretare le disposizioni costituzionali sul procedimento legislativo in modo difforme dal significato da esse assunto nei regolamenti parlamentari, e persino di scegliere uno dei due significati fatti propri dalle Assemblee <sup>(99)</sup>. E, ancora, con la sentenza n. 391 del 1995, in cui si afferma, sia pure in termini sibillini, che « i regolamenti, sulla base del rinvio contenuto nell'art. 72, comma 2, Cost., possono creare *ad libitum* 'procedimenti speciali' nei quali l'approvazione delle leggi (in concreto, di una legge di conversione del decreto legge) avvenga con unica

---

<sup>(98)</sup> Così riassume la tesi espositiva CRISAFULLI, *Le funzioni della Corte costituzionale*, cit., p. 108, il quale osserva criticamente che, non avendo tale distinzione alcun sicuro fondamento nel diritto positivo, diventa in realtà « impossibile escludere la sindacabilità delle leggi per violazione dei regolamenti parlamentari, ai quali fa espresso rinvio l'art. 72 Cost., quando la si ammette invece per la censura di violazione di ogni altra norma non costituzionale, che sia richiamata dai testi costituzionali, persino (a nostro avviso, giustamente) per contrasto con criteri e principi metagiuridici, eventualmente richiamati essi pure da norme costituzionali quali presupposti e condizioni di validità di determinate leggi ».

<sup>(99)</sup> Si trattava del problema del computo degli astenuti tra i votanti ai fini della validità delle deliberazioni parlamentari, connesso all'art. 64, terzo comma, Cost. e diversamente regolato nelle due Camere.

votazione finale, e non anche articolo per articolo » <sup>(100)</sup>. Ciò a conferma del carattere non del tutto lineare delle argomentazioni addotte dalla Corte in quella primigenia decisione, che lasciava margini per sviluppi successivi anche parzialmente difformi e più consoni ad una visione tradizionale degli *interna corporis* <sup>(101)</sup>.

Ma tutta la lungimiranza del pensiero di Esposito emerge soprattutto laddove sottolineava come le regole rilevanti « per il deliberare entro le Camere », se trasgredite, pur non potendo dar luogo ad invalidità dell'atto o della delibera, possano tuttavia determinare « *lesioni di diritti e di competenze di collettività, di organi o di enti* (cui spetti per es. la iniziativa legislativa, o di esprimere pareri nel procedimento legislativo) », diritti e competenze tutelabili contro attentati e lesioni con la *elevazione del conflitto tra poteri*. Proprio per questo si spingeva a proporre una modifica dell'art. 38 della legge 11 marzo 1953, n. 87 <sup>(102)</sup>, in modo da escludere che il giudizio sul conflitto potesse portare, oltre che all'accertamento della competenza contestata, anche all'annullamento del procedimento legislativo nel quale essa sia stata negata <sup>(103)</sup>.

---

<sup>(100)</sup> MANETTI, *La lunga marcia*, cit., p. 840 e s. In senso analogo, con riferimento alla medesima sentenza del 1995, LUPO, *I tradimenti delle "promesse"*, cit., p. 151 e s. *Contra* L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996, pp. 372-373, ad avviso del quale la sentenza n. 78 del 1984 « si è limitata a ragionare di margini interpretativi, all'interno dei quali i regolamenti possono spaziare, ma non ha mai fatto intendere che il potere interpretativo della Corte si espliciti solo in mancanza delle disposizioni regolamentari, e ha anzi argomentato nel senso contrario, quando si è sforzata di provare che l'articolo 48 del regolamento della Camera non contraddice il terzo comma dell'art. 64 Cost., relativamente alla necessaria presenza della 'maggioranza [...] dei componenti' ciascuna assemblea ».

<sup>(101)</sup> Lo stesso BARILE, *Il crollo di un antico feticcio*, cit., p. 240, d'altra parte, annotando la sentenza n. 9 del 1959, sottolineava come essa avesse affermato « solo in astratto » l'ammissibilità del sindacato sul procedimento di formazione della legge, e come da ciò nascessero « motivi di insoddisfazione anche per lo studioso ».

<sup>(102)</sup> Secondo il quale « La Corte costituzionale risolve il conflitto sottoposto al suo esame dichiarando il potere al quale spettano le attribuzioni in contestazione e ove sia stato emanato un atto viziato da incompetenza lo annulla ».

<sup>(103)</sup> ESPOSITO, *Questioni sulla invalidità*, cit., p. 1332, nota 12. Ma vedi, già in precedenza, BON VALSASSINA, *Sui regolamenti parlamentari*, cit., p. 169, che ipotizza per la Corte costituzionale « la possibilità d'un parziale controllo sul rispetto da parte delle Camere dei limiti che l'ordinamento traccia alla loro facoltà regolamentare », alludendo proprio al giudizio sui conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato. Concorda sul

Molti anni dopo, del resto, Livio Paladin avrebbe affermato che

[...] è generale l'avviso che i regolamenti parlamentari siano comunque sindacabili nella forma del *conflitto tra poteri dello Stato*, ogniquale volta un altro potere contesti alle Camere l'usurpazione o la lesione delle proprie attribuzioni, quand'anche perpetrate mediante le disposizioni regolamentari. Non si devono estrapolare dalla sentenza n. 154 del 1985 spezzoni di frase, come quello in cui la Corte considera 'precluso ogni sindacato' sui regolamenti medesimi. La preclusione va riferita — come sempre — al tema del giudizio, riguardante l'applicabilità del primo alinea dell'art. 134 Cost., senza ripercuotersi per nulla sui conflitti previsti nel capoverso successivo: la stessa Corte, del resto, lo ha chiaramente fatto intendere nell'ordinanza n. 444 del 1993, là dove si precisa che il 'sindacato di costituzionalità sui regolamenti parlamentari' non rientra 'nella competenza del giudice delle leggi' <sup>(104)</sup>.

Come si è visto <sup>(105)</sup>, nella più recente sentenza in materia di autodichia delle Camere — la n. 120 del 2014 — si legge che l'indipendenza delle Camere non può compromettere diritti fondamentali né pregiudicare l'attuazione di principi inderogabili. Ebbene, il rispetto dei diritti fondamentali è affidato « alla funzione di garanzia assegnata alla Corte costituzionale », e la sede naturale in cui trovano soluzione le questioni relative alla delimitazione degli ambiti di competenza riservati è appunto quella del conflitto tra poteri dello Stato <sup>(106)</sup>. Una via, come si vede, indicata — seppur entro limiti precisi e stringenti — anche dalla dottrina più risalente, e che potrebbe in futuro finalmente evolvere verso la sindacabilità del regolamento parlamentare (e della sua interpretazione-applicazione, con particolare riferimento proprio ai vizi *in proce-*

---

punto GALEOTTI, *Contributo alla teoria*, cit., p. 167, nota 58, secondo il quale non varrebbe « invocare in contrario la discussa teoria degli '*interna corporis*', giacché, anche per il diritto inglese, donde ci proviene l'istituto, e che più gelosamente conserva il principio della indipendenza ed insindacabilità delle attività e degli atti delle assemblee parlamentari, la competenza a giudicare dei confini del '*Privilege*' parlamentare è rivendicata anche se non senza incertezze ed entro limiti modesti delle Corti della *common law* ».

<sup>(104)</sup> PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 373.

<sup>(105)</sup> *Supra*, par. 1.

<sup>(106)</sup> Già nel 1996 PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 374, osservava che la giurisprudenza costituzionale « lascia ancora spazio all'ipotesi che la stessa autodichia venga rimessa in gioco, sempre che i giudici comuni imbrocchino la strada del conflitto avverso le assemblee parlamentari ».

*deno* della legge) quando esso incida sui diritti o poteri costituzionalmente spettanti ai membri delle Camere <sup>(107)</sup>, in particolare quando si tratti di illegittima limitazione dei poteri delle minoranze parlamentari <sup>(108)</sup>. Tutti possibili (e auspicabili) sviluppi, favoriti

---

<sup>(107)</sup> « È quest'ultimo l'ambito che la dottrina ha sempre considerato vitale per avvalorare la superiorità della Costituzione sulle manifestazioni dell'autonomia parlamentare, suggerendo la più ampia applicazione del conflitto tra poteri »: così M. MANETTI, *La Corte costituzionale ridefinisce l'autonomia delle Camere (ben oltre i regolamenti parlamentari e l'autodichia)* (ottobre 2014), in *Osservatorio costituzionale* ([www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)), p. 7, che osserva inoltre come per la Corte il conflitto di attribuzione sia l'unica sede idonea a riconoscere, o negare, in concreto, la cognizione del giudice in materia di prerogative parlamentari (come dimostra, ad esempio, la copiosa giurisprudenza sui conflitti *ex art. 68*, primo comma, Cost.). Per il giudice costituzionale, infatti, il conflitto fra il giudice e le Camere deve essere esplicitato « in una sede dove il primo sia (a differenza che nel giudizio incidentale) ridotto a parte, esattamente come le seconde. A ciò si aggiunge la ben nota flessibilità offerta dal giudizio sui conflitti, in ragione sia del sindacato di ammissibilità, riservato e revocabile, sia dell'utilizzabilità delle fonti consuetudinarie [...]. In tal modo — conclude Manetti — la Corte fa propria una tesi dottrinale risalente e diffusa, che rendendo omaggio alla superiorità della Costituzione ritiene indispensabile assoggettare i regolamenti parlamentari (almeno) al conflitto tra poteri dello Stato » (pp. 4-5). Anche A. RUGGERI, *Novità in tema di (in)sindacabilità dei regolamenti parlamentari in una pronunzia-ponte della Consulta (a margine di Corte cost. n. 120 del 2014)* (10.05.2014), in *Consulta online* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), p. 2, sottolinea come la decisione del 2014 insinui « un cuneo nella monolitica costruzione teorica ereditata dalla tradizione e con pervicacia a tutt'oggi fatta propria; e il cuneo è dato proprio dal richiamo ai diritti costituzionali dei soggetti lesi da norme parlamentari e dal conseguente riconoscimento della via alternativamente, pianamente percorribile al fine di dar loro appagamento: quella del ricorso in sede di conflitti tra poteri. Una via [...] da tempo indicata in dottrina e che aveva fatto timidamente capolino in qualche anteriore pronunzia della stessa Corte (perlomeno, così intesa da attenti annotatori), ma che solo oggi riceve una chiara ed esaustiva raffigurazione teorica ».

<sup>(108)</sup> In argomento rinvio a G. BRUNELLI, *Una riforma non necessaria: l'accesso diretto delle minoranze parlamentari al giudizio sulle leggi*, in *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, a cura di A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi, Torino, Giappichelli, 2000, p. 193 e s. Vedi anche R. CERRETO, *La sindacabilità del diritto parlamentare non scritto*, in « Osservatoriosullefonti.it », 2012, fasc. 2, p. 12, il quale ritiene, giustamente, che se la Corte sanzionasse, in sede di conflitto, la violazione di norme regolamentari (ma anche di prassi, consuetudini, ecc.) sul procedimento legislativo, ritenendo che la difformità tra la previsione regolamentare astratta (o la prassi, la norma consuetudinaria, ecc.) e la condotta seguita nel caso concreto costituisca un sintomo dell'eccesso di potere regolamentare, si avrebbe un risultato praticamente identico alla declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi per vizi formali. Infatti, « l'annullamento dell'atto o fatto

anche dalle riflessioni di una parte autorevole della dottrina che, già nella prima fase del periodo repubblicano, si era posta il problema della collocazione del diritto parlamentare (e delle sue fonti) nel nuovo contesto costituzionale, con la consapevolezza che l'argine della tradizione avrebbe presto iniziato a cedere.

---

procedimentale mediante il quale è stata prodotta la violazione travolgerebbe, in tutto o in parte, le disposizioni legislative approvate attraverso quel procedimento; a condizione, naturalmente, che l'eccesso di potere abbia inciso negativamente su attribuzioni di livello costituzionale altrimenti prive di tutela », in coerenza con la concezione del conflitto come istituto di chiusura del sistema costituzionale (su cui vedi R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 1996).

MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA - RAFAEL DILLY PATRUS

## CONSTITUIÇÃO E PODER CONSTITUINTE NO BRASIL PÓS-1964: O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO BRASILEIRO ENTRE « TRANSIÇÃO E RUPTURA » (\*)

1. Introdução. — 2. Revolução e Constituição no regime militar: o poder constituinte permanente. — 3. A Assembleia Constituinte de 1987/1988 e o significado do poder constituinte democrático. — 4. Considerações finais.

### 1. *Introdução.*

O constitucionalismo traduz, na modernidade ocidental, « um método específico de exercício do poder político », isto é, uma « teoria normativa da política » <sup>(1)</sup>, baseada nomeadamente nas exigências do Estado de Direito, da separação dos poderes e da proteção dos direitos fundamentais. Na concepção procedimental do Estado Democrático de Direito, historicamente construída ao longo de um processo de aprendizado político e social com o direito, o aparato de juridicização do poder e de respeito a um cabedal de direitos é conjugado à fundação do espaço público-decisório com arrimo nos princípios da soberania do povo e do autogoverno <sup>(2)</sup>. Perceber a tensão existente entre essas duas dimensões e problematizá-la no campo político-institucional constituem desafios revestidos de grande atualidade <sup>(3)</sup>.

---

(\*) Aos Professores Paolo Cappellini, Emilio Peluso Neder Meyer, Cristiano Paixão e Leonardo Augusto de Andrade Barbosa.

<sup>(1)</sup> J. J. G. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 51.

<sup>(2)</sup> J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1992, pp. 109-165.

<sup>(3)</sup> G. PALOMBELLA, *Constitución y Soberanía: el sentido de la democracia constitucional*, trad. J. C. González, Granada, 2000, p. 5.

Uma noção central para tal discussão é a do poder constituinte. A sua concepção tradicional coloca em xeque a ideia do papel exercido pelo direito em face das instâncias de intervenção popular, extenuando a problemática relativa à apropriação da Constituição ao longo do tempo, à sua legitimação e ao reconhecimento das relações existentes entre as culturas políticas do passado e do presente. Por isso, compreender o fenómeno constitucional em sua dimensão histórica é entender a maneira como se movimentam e se relacionam a soberania popular e o Estado de Direito (4).

A distinção clássica aloca o poder constituinte como uma força inicial (antecedente e, portanto, não pertencente ao ordenamento jurídico por ela delineado) e juridicamente desvinculada (livre para fazer tudo como se partisse do nada político, jurídico e social), com aptidão para organizar e limitar a ordem estatal e estabelecer os direitos fundamentais (5). Um questionamento que tal concepção coloca salta aos olhos já à primeira vista: é possível impor limites a esse poder? A partir daí, outras indagações, correlatas à primeira, exsurtem de forma não menos drástica: como um poder inicial e juridicamente desvinculado, o que o qualifica, ao menos em um primeiro momento, como ilimitado e incondicionado, pode encontrar restrições ao exercício de seu objeto sem que sua natureza reste comprometida? E mais: é realmente desejável que a vontade política de toda uma comunidade resuma-se aos desígnios de um poder delimitado, encerrado no tempo? É possível que uma Constituição fechada à reconstrução interpretativa, porquanto restrita à intenção momentânea dos constituintes, perdure, resistindo aos anos e às mudanças verificadas na identidade dos indivíduos submetidos à sua força normativa?

Em *Brennan and democracy*, Frank Michelman critica a pretensão de reconstrução da prática constituinte a partir da noção, no

---

(4) E.W. BÖCKENFÖRDE, *Il potere costituente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale*, in ID., *Stato, costituzione, democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, pp. 113-145.

(5) É da referida teorização que nasce a diferenciação fundamental entre o poder constituinte e os poderes constituídos, essencial ao advento das Constituições rígidas, bem como o dogma do exercício da soberania mediante instrumentos constitucionais de limitação do poder. Sobre tal concepção em Sieyès, cf. M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuale*, Roma, Laterza, 2009, p. 30.

marco da Teoria do Discurso, de que há uma coesão interna entre direito e democracia. Segundo ele, o critério da política deliberativa não seria capaz de equacionar o paradoxo existente entre Estado de Direito e soberania popular, não explicando a maneira como se estabeleceria comunicativamente a institucionalização jurídica da rede complexa de comportas e eclusas discursivas pressupostas pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. Isso porque o paradoxo reemergiria sempre que se questionasse se a formação da opinião e da vontade constituintes obedeceu aos requisitos de um processo concebido como democrático, resultando em um « regresso ao infinito », pela via de uma « autoconstituição circular » (6).

No marco dessa problematização, a partir da percepção da impossibilidade de raciocinar o fenômeno fundacional dentro do esquema lógico-estrutural dos regimes constitucionais contemporâneos, alguns autores chegaram a defender que o poder constituinte havia se esgotado (7). Embora quase sempre de maneira deturpada, tal visão repercute ainda hoje na institucionalidade concreta dos ordenamentos jurídicos ocidentais. Em seu voto apresentado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, por exemplo, o Ministro Gilmar Mendes afirma que « talvez os modelos a que nos aferramos (principalmente esse modelo dualista ou binômio entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado) estejam, na prática, sendo superados por soluções de compromisso, as quais abrem espaço para transações políticas que levam a uma determinada solução » (8).

Na presente reflexão, busca-se demonstrar, com fulcro na experiência constituinte brasileira pós-1964 e na resposta apresentada por Habermas em artigo intitulado *Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles?*, publicado em 2001 na Revista *Political Theory*, que a provocação de Michelman resulta

---

(6) F. MICHELMAN, *Brennan and democracy*, Princeton University Press, 1999, pp. 4-11 e 33-34.

(7) Cf., por todos, M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in « Quaderni costituzionali », 1995, 1, p. 9.

(8) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Acórdão na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF*, 29 de abril de 2010, p. 235. Para uma análise crítica dessa decisão, ver E.P.N. MEYER, *Ditadura e responsabilização: Elementos para uma justiça de transição no Brasil*, Belo Horizonte, Arraes, 2012.

inconsistente, uma vez que se escora em impressões incompletas acerca da legitimidade e da legitimação constitucionais, desconsiderando o processo complexo, a longo prazo, de apreensão e reconstrução da identidade constitucional. Além disso, conforme se quer defender, a percepção de Michelman pode perder de vista a compreensão adequada da Constituição como conexão interna entre política e direito, ignorando que o fenômeno constituinte (que é também constitucional) estipula as opções políticas fundamentais e, ao mesmo tempo, finca as bases da vigência do direito e da proteção dos direitos, cuja substância normativa inesgotável será atualizada pelas gerações futuras <sup>(9)</sup>.

Nesse referencial, a articulação entre o constitucionalismo e a democracia, inclusive — e sobretudo — na reconstrução do poder constituinte, constitui medida impositiva à efetivação de objetivos políticos contingentes <sup>(10)</sup>. Por isso mesmo, mostra-se fundamental que a Constituição permaneça aberta à interpretação pluralista, a um projeto constituinte permanente de Estado Democrático de Direito — o que só é possível a partir da busca conscientemente inalcançável de preenchimento da identidade do sujeito constitucional <sup>(11)</sup>.

Com base nessas elocuições, este estudo propõe uma aborda-

---

<sup>(9)</sup> J. HABERMAS, *Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles?*, in « Political Theory », 29 (2001), 6, pp. 766-781. Ver também: C. PAIXÃO, *A constituição em disputa: transição ou ruptura?*, in *História do Direito e construção do Estado*, org. A. Seelaender, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 2.

<sup>(10)</sup> PALOMBELLA, *Constitución y Soberanía*, cit., p. 7.

<sup>(11)</sup> Não se podendo permitir o enclausuramento da identidade constitucional em um determinado momento histórico, afigura-se indispensável que a Constituição se reconstrua à luz de um discurso instrumental vivificado e erigido pelo próprio sujeito constitucional, cuja identidade deve permanecer incerta e mutável. Michel Rosenfeld dissecou o processo de reconstrução de tal identidade com foco na fenomenologia hegeliana do ‘eu’ em face do outro, posteriormente trabalhada pelas análises lacanianas a respeito da emergência do sujeito em sua carência fundamental e sua busca subsequente por identidade. Conclui o professor que o sujeito constitucional só pode adquirir identidade dentro das circunscrições do domínio do discurso, tecendo correlatos relevantes entre o construir e o reconstruir da identidade constitucional, este levado a cabo por intermédio de um aparato instrumental baseado nos mecanismos discursivos da negação, da metáfora e da metonímia, tendo sempre em vista que o discurso constitucional reclama uma articulação própria entre a narrativa constitucional aplicável e os limites advindos do constitucionalismo (cf. M. ROSENFELD, *The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community*, New York, Routledge, 2010).

gem nova do poder constituinte, reinterpretado frente às imposições do constitucionalismo contemporâneo, que devem se prestar à afirmação da democracia e não se apresentar como limites à sua implementação. A partir do aprendizado extraído da vivência constitucional brasileira durante a ditadura civil-militar de 1964 e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, pretende-se problematizar tanto a concepção tradicional de poder constituinte quanto o entendimento recente de que tal poder se encontra esgotado, de forma a apresentar, ao final, uma leitura procedimentalista do fenômeno.

Em síntese, defende-se que o Estado de Direito e os direitos fundamentais consistem em exigências democráticas, nascidas do berço da soberania popular e das ideias de autogerência e autorregulação<sup>(12)</sup>. Por tal razão, o exercício do poder constituinte, que só se completa na noção de autolegislação democrática, não pode se confundir com qualquer manifestação de arbítrio capaz de desestabilizar a ordem vigente. O poder constituinte só é ele próprio legitimamente constituinte se for democrático, e não pode haver democracia plena e efetiva sem o respeito às imposições do constitucionalismo.

A compreensão da maneira como os poderes constituídos e o poder constituinte se separam e se relacionam no seio da democracia constitucional, principalmente a partir da apropriação da Constituição como um todo que nos impõe reconhecer, exige, contudo, que voltemos os olhos para a história. Nesse ínterim, é indispensável reler a memória do período ditatorial e do processo de transição política brasileira, em prol de uma teoria constitucional reconstrutiva. Para os filiados ao projeto constituinte de um Estado Demo-

---

(12) Como os direitos fundamentais são, em verdade, garantias democráticas, certamente que não poderão ser rotulados como limites externos à democracia. A negação da liberdade de expressão e de crença, do direito de voto e do direito às condições mínimas de subsistência constitui, como é fácil concluir, uma negativa à própria edificação democrática e à proposta da autolegislação (cf. PALOMBELLA, *Constitución y Soberanía*, cit., p. 10). A inteligência de tal raciocínio é quase intuitiva: ao indivíduo que não goza do exercício de seus direitos básicos não é dado participar efetiva e plenamente da vida social e política de sua comunidade. Sobre o assunto, cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit.

crático de Direito, na perspectiva de uma *democracia sem espera* (13), o tempo, na verdade, é de reconstruir.

## 2. *Revolução e Constituição no regime militar: o poder constituinte permanente.*

No dia 9 de abril de 1964, cerca de dez dias após o golpe civil-militar que depôs o presidente João Goulart, foi editado o Ato Institucional, marco da inauguração da institucionalidade autocrática do regime ditatorial, marcada por um discurso legalista-autoritário (14). A « legalidade autoritária », « vestimenta colorida » da « Constituição semântica » (15) ou da constitucionalização instrumental (16), diria respeito à manipulação do sistema jurídico pelo aparato ditatorial, com o intuito de reforçar o poder e revesti-lo de

---

(13) M.A. CATTONI DE OLIVEIRA, *Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”*, in *Constitucionalismo e história do direito*, org. M.A. Cattoni de Oliveira, Belo Horizonte, Pergamum, 2011, pp. 207-247.

(14) Inicialmente chamado de Provisório, o Ato Institucional « não tinha número, pois seria o único » (E. GASPARI, *A Ditadura envergonhada*, São Paulo, Editora Companhia das Letras, 2002, p. 136). Assinado pela junta militar composta pelo general Artur da Costa e Silva, pelo tenente-brigadeiro Francisco de Assis Correia de Melo e pelo vice-almirante Augusto Hamann Rademaker Grunewald, o AI põe em evidência, em sua exposição de motivos, a indispensabilidade de « fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro », afirmando que « o que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução ». Conclui com a declaração de que a revolução vitoriosa, investida no exercício do Poder Constituinte, traduz o interesse e a vontade da Nação, não procurando legitimar-se por meio do Congresso, já que « este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação ».

(15) K. LÖWENSTEIN, *Verfassungslehre*, Tübingen, Mohr, 1975, pp. 151-157. Para uma crítica a K. Löwenstein, ver M.A. CATTONI DE OLIVEIRA, *Teoria da Constituição*, Belo Horizonte, Initia Via, 2014, pp. 39-46.

(16) M. NEVES, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, Martins Fontes, 2013, pp. 105-110. Para uma crítica a M. Neves, ver J. SOUZA, *Niklas Luhmann, Marcelo Neves e o « culturalismo cibernético » da moderna teoria sistêmica*, in *Dossiê Niklas Luhmann*, orgs. R. Dutra e J. P. Bachur, Belo Horizonte, UFMG, 2013, pp. 149-182.

uma roupagem de legitimidade (17). Tratar-se-ia de dimensão que envolve uma série de aspectos da institucionalidade material de um regime autoritário, tais como a preservação controlada (ainda que parcial) e paradoxal de instituições próprias do Estado de Direito, a judicialização dos processos por crimes políticos e a relação entre a repressão e o sistema de justiça, em especial o Judiciário (18).

Especificamente a respeito da legalidade autoritária no Brasil, dada a heterogeneidade da aliança social que permitiu a vitória do golpe em 1964, e em vista da tentativa bem-sucedida do amálgama burocrático-judicial-militar de impor soluções institucionais aos problemas da organização da repressão, o manejo do aparato jurídico atingiu um grau relativamente elevado de estabilidade. Tal estabilidade, até certo ponto e até certo momento (19), teria cumprido a função de desmobilizar a contestação político-social, angariar legitimação ao regime, criar imagens políticas positivas em favor do governo e negativas da oposição, e contribuir para a consolidação da

---

(17) « [...] uma das características do regime militar brasileiro foi a preocupação com a elaboração de normas jurídicas que sustentassem as medidas de arbítrio. Muitas dessas normas eram precedidas por sofisticadas exposições de motivos que procuravam legitimar a adoção de medidas de exceção » (C. PAIXÃO, *Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988*. In « Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades », 13 (2011), 26, p. 158).

(18) A. PEREIRA, *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, trad. P.Q.C. Zimbres, São Paulo, Paz e Terra, 2010, pp. 36-40. Com vistas a não se perder em arquétipos, Anthony Pereira estipula uma diferenciação entre « direito do Estado » e « Estado de Direito »: o primeiro se pauta pela produção do direito pela vontade daqueles que controlam os meios de força, em contraposição ao segundo, baseado em um tipo de estruturação político-jurídica no qual o exercício do poder se dá segundo os limites plasmados em uma Constituição democraticamente promulgada. Em referência ao « direito do Estado » nos contextos autoritários do Brasil, da Argentina e do Chile, Pereira dissecou o *modus operandi* dos regimes ditatoriais à luz dos processos de consenso, cooperação e integração entre as elites militares e a alta burocracia decisória dos sistemas de justiça. Especialmente sobre a Argentina, ver J. P. BOHOSLAVSKY. *Usted también, doctor? Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2015.

(19) Acerca do caráter de paradoxo de uma « legalidade autoritária », ver, sobretudo, C. PAIXÃO, L.A. BARBOSA, *A memória da ditadura militar: cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como paradoxo*, in « Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica », 1 (2008), 6, pp. 57-78.

repressão <sup>(20)</sup>. Nessa linha de raciocínio, a ditadura no Brasil seria vista como singular não apenas em função da ampla e profunda comunhão estabelecida entre os militares e as elites empresariais, técnicas e administrativas, mas nomeadamente pela capacidade constitutiva do regime de « administrar a sociedade », exercendo habilmente o chamado « poder infraestrutural » <sup>(21)</sup>.

A preocupação inicial dos dirigentes do golpe de 1964 com a edição de um ato legitimador evidencia o quão urgente era o problema jurídico-constitucional. No dia 07 de abril, quarenta e oito horas antes do nascimento do Ato Institucional, e dias após a queda de João Goulart, o jurista Francisco Campos, autor intelectual da Carta de 1937, chegou ao gabinete de Costa e Silva, no Ministério da Guerra, e deu a ele e ao general Castello Branco, que se faria presidente em menos de uma semana, uma aula sobre o poder constituinte revolucionário. Percebendo a inquietude dos militares, ávidos pela adoção de medidas de violência política, mas temerosos de transgredir a ordem constitucional, o jurista mineiro tentou tranquilizá-los: « Os senhores estão perplexos diante do nada! », ele disse <sup>(22)</sup>. A lição que apresentou está sintetizada no preâmbulo do

---

<sup>(20)</sup> « Este livro, portanto, sugere uma dupla resposta à pergunta sobre por que os regimes autoritários se dão ao trabalho de judicializar a repressão. Em primeiro lugar, todos os outros fatores permanecendo constantes, é vantajoso para os regimes autoritários legitimar seu poder com algum grau de embasamento legal. [...] A segunda parte da resposta é que os regimes autoritários judicializam a repressão porque têm condições de fazê-lo. Uma vez que a judicialização traz vantagens para os regimes autoritários, os que conseguem judicializar a repressão são aqueles que podem contar com tribunais ‘dignos de confiança’ — tribunais civis ou militares cujos veredictos se harmonizam com a concepção de legalidade adotada pelo regime, e que não irão contestar as bases do poder autoritário » (PEREIRA, *Ditadura e repressão*, cit., p. 284).

<sup>(21)</sup> M. MANN, *The sources of social power: the rise of classes and nation-states, 1760-1914*, New York, Cambridge University Press, 1993, pp. 59-63. Para o contexto brasileiro, cf. BRASIL, *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*, disponível em [www.cnv.gov.br](http://www.cnv.gov.br); D.A. REIS, *Ditadura e democracia no Brasil*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2014; BRASIL, *violação dos direitos humanos — Tribunal Russell II*, G. Tosi e L.F.G. Ferreira (orgs.), João Pessoa, UFPB, 2014. E para a América Latina, ver *As multinacionais na América Latina — Tribunal Russell II*, G. Tosi e L.F.G. Ferreira (orgs.), João Pessoa, UFPB, 2014; *Contrarrevolução na América Latina. Subversão militar e instrumentalização dos sindicatos, da cultura, das igrejas — Tribunal Russell II*, G. Tosi e L.F.G. Ferreira (orgs.), João Pessoa, UFPB, 2014.

<sup>(22)</sup> GASPARI, *A Ditadura envergonhada*, cit., p. 123.

AI, segundo o qual « a Revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela Revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte » (23).

O impasse constitucional deu vida a um momento constituinte contínuo (24). No preâmbulo do Ato Institucional nº 2, « certidão de nascimento da doutrina do poder constituinte permanente da revolução » (25), o regime afirma que « não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará ». Mesmo a edição posterior de uma Constituição (26) não representou o estabelecimento da normalidade constitucional. Em meio à edição sequencial de atos institucionais e emendas constitucionais, o discurso autoritário se equilibrou entre

(23) No referido preâmbulo está anotado, ainda, que « o que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução ». O « comando » afirma, porém, que não objetiva a radicalização dessa revolução: « Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional ».

(24) M.A. CATTONI DE OLIVEIRA, R. DILLY PATRUS, *O poder constituinte no Brasil pós-1964: contribuição à problematização da teoria do fenômeno constitucional no limiar entre constitucionalismo e democracia*, in « Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais », 63 (2014), pp. 535-540.

(25) L.A. BARBOSA, *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*, Brasília, Câmara dos Deputados, 2012, p. 80.

(26) « Órgão apenas tolerado mas indefeso, com sua composição representativa mutilada pelas cassações revolucionárias, o Congresso Nacional fez a obra constituinte de 67 em clima de desconfiança política e repressão social, obedecendo a prazos que lhe foram prefixados no ato convocatório por uma vontade estranha e ilegítima, qual era então a vontade do Executivo revolucionário, convertendo-se assim em co-autor, por outorga, conforme dissemos, do efêmero texto de 1967 » (P. BONAVIDES, *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*, Fortaleza, Editora da Universidade Federal do Ceará, 1985, p. 204).

alguns pares conceituais: revolução e reforma, permanência e ruptura, Estado de Direito e Estado de Exceção <sup>(27)</sup>.

Essas dicotomias repercutiram no *modus operandi* da reforma constitucional e da elaboração das leis. Além de enfraquecer o Congresso Nacional, centralizando o cerne político-decisório nas mãos do Executivo, com intervenções excessivas no Judiciário, providências dissolutivas das agremiações partidárias e restrições às garantias e aos direitos fundamentais, as medidas adotadas pelo regime também alimentaram a instrumentalização de uma institucionalidade que desde o início esteve marcada pela lógica da ruptura. A reelaboração periódica da relação entre direito e política foi justificada a partir de uma elocução focada na legitimidade da soberania popular: o discurso do *povo*, da *revolução* e do *poder constituinte*.

Com essa construção, a ditadura logrou êxito em estabelecer um espaço justificado (em uma aceção cultural-política) de realização autoritária — sem, todavia, abrir mão da «farda democrática», que representava (mediante o uso de imagens e símbolos) a garantia de legitimação do regime. A promiscuidade entre a normalidade constitucional e as medidas de exceção, com a «tintura» posteriormente dada pelo Ato Institucional n° 5 e pela Emenda n° 1, permitiu que o manuseio abstrato do fenômeno constituinte alcançasse o pico da deturpação conceitual, com a possibilidade de a Constituição ser excepcionada segundo a livre vontade do governante. Em síntese,

[...] o regime ditatorial foi marcado pela suspensão e alteração de normas constitucionais por força de atos institucionais editados pelo governo ou de

---

(27) «O termo ‘constituição’ não poderia ser mais receptivo à formação de pares conceituais. Forma-matéria, permanência-mudança, rígida-flexível, sintética-analítica, as expressões poderiam se multiplicar. Há alguma influência da prática jurídica — e de sua história — nessa receptividade: na vigência do direito, outros pares se apresentam: regra-exceção, ser-dever-ser, norma-fato, e muitos outros. Como se sabe, as constituições modernas significam, antes de tudo, a confluência entre dois caminhos históricos diferentes: por um lado, elas são a realização e a positividade das principais bandeiras da Modernidade, plasmadas nas ideias de liberdade e igualdade. Por outro lado, elas também são normas que compõem — habitualmente no plano superior — o ordenamento jurídico de uma dada comunidade» (PAIXÃO, *A constituição em disputa*, cit., p. 1).

emendas à Constituição ora outorgadas, ora votadas por um Congresso rigidamente controlado. Essas medidas procuraram assegurar aos militares o controle das principais instituições republicanas, de forma a permitir o adimplemento dos 'objetivos nacionais' permanentes ou conjunturais e a garantia da 'paz e tranquilidade social' (28).

Essa ambiguidade foi percebida e retratada por alguns agentes da época. Em 1973, ao lançar sua « anticandidatura » à presidência da República, Ulysses Guimarães fez o seguinte pronunciamento:

Não é o candidato que vai percorrer o país. É o anticandidato, para denunciar a antieleição, imposta pela anticonstituição, que homiztia o AI-5, submete o Legislativo e o Judiciário ao Executivo, possibilita prisões desamparadas pelo *habeas corpus* e condenações sem defesa, profana a indevasabilidade dos lares e das empresas pela escuta clandestina, torna inaudíveis as vozes discordantes, porque ensurdece a nação pela censura à imprensa, ao rádio, à televisão, ao teatro e ao cinema.

No manejo descriterioso das normas constitucionais, o regime reduziu o aparato da Constituição a um instrumento frágil, porquanto inteiramente disponível às intempéries momentâneas e às arbitrariedades sazonais. Sob a epígrafe dos discursos do abade Sieyès, para o qual « só a nação tem direito de fazê-la (a Constituição) » (29), as aspirações constituintes do governo militar resultaram em providências de inspiração profundamente autoritária. O poder absoluto corporificado na nação, esse « macro-sujeito capaz de querer e de agir e no qual residiam, ao mesmo tempo, a origem do poder e a fonte das leis » (30), consistia em ferramenta de arbítrio,

---

(28) BARBOSA, *História constitucional brasileira*, cit., p. 139.

(29) E.J. SIEYÈS, *A Constituinte burguesa*, trad. N. Azevedo, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 51. Sieyès inaugura a doutrina moderna do poder constituinte com a aceção de que a Constituição, produto político da autoridade por ele descrita, presta-se à conformação do poder, do governante, mas ainda assim se submete às vontades da nação. O abade sustenta o seguinte: « O poder só exerce um poder real enquanto é constitucional. Só é legal enquanto é fiel às leis que foram impostas. A vontade nacional, ao contrário, só precisa de sua realidade para ser sempre legal: ela é a origem de toda legalidade. Não só a nação não está submetida a uma Constituição, como ela não pode estar, ela não deve estar, o que equivale a dizer que ela não está » (2009, p. 56).

(30) M.A. CATTONI DE OLIVEIRA, D.F.L. GOMES, *A Constituição entre o direito e a política: novas contribuições para a teoria do poder constituinte e o problema da fundação moderna da legitimidade*, in *Constitucionalismo e História do Direito*, org. M. A. Cattoni de Oliveira, Belo Horizonte, Pergamum, 2011, p. 156.

apesar das contradições internas do regime, da resistência inerente à sobrevivência das instituições e dos instrumentos democráticos e da própria impressão ambivalente dos militares com relação ao arquétipo da ditadura.

Acima de tudo, a apropriação discursiva do poder constituinte pelo Estado autoritário coloca em evidência o quão receptivo o termo é a pares conceituais. Cristiano Paixão lança luzes sobre a disputa em torno do vocábulo « Constituição » no Brasil recente, expondo o conflito que se esconde por trás da dicotomia transição-ruptura <sup>(31)</sup>. A ambiguidade da postura assumida em relação à Constituição é visível na fala do General Amaury Krueel, comandante do II Exército, que, ao explicitar seu apoio ao golpe de 1964, afirma que o passo dado pelas Forças Armadas é um de fidelidade à Constituição, « no sentido da manutenção dos poderes constituídos, da ordem e da tranquilidade » <sup>(32)</sup>, e também no discurso do General Castelo Branco, então chefe do Estado-Maior do Exército, que, em instrução reservada endereçada ao alto oficialato, renega o projeto pré-1964 de Leonel Brizola para convocação de uma Assembleia Constituinte com a alegação de que o povo brasileiro não parecia querer lançar mão do recurso legítimo da insurreição <sup>(33)</sup>.

Discurso defensivo em relação à Constituição de 1946 combinado com a remoção, pela força das tropas, de um Presidente da República com mandato obtido nas urnas. Evocação da democracia, da liberdade, da dignidade da pessoa humana aliada à disseminação da tortura, supressão de direitos, fechamento do Congresso. Edição de atos de exceção, insuscetíveis de revisão judicial, coligada à insistente justificação desses mesmos atos pelo ‘poder constituinte’ de uma ‘revolução vitoriosa’ desencadeada por ‘chefes’ que ‘representam o povo’ <sup>(34)</sup>.

Enquanto isso, a lógica de arbítrio prosseguiu, com as consequências conhecidas <sup>(35)</sup>. Em seguida ao governo Médici, que « não

<sup>(31)</sup> PAIXÃO, *A constituição em disputa: transição ou ruptura?*, cit.

<sup>(32)</sup> C. FICO, *Além do golpe: versões e controvérsias sobre 1964 e a ditadura militar*, Rio de Janeiro, Record, 2004, p. 82.

<sup>(33)</sup> *Ibid.*, p. 310.

<sup>(34)</sup> PAIXÃO, *A constituição em disputa: transição ou ruptura?*, cit., p. 13.

<sup>(35)</sup> « A partir de 1968, as poucas possibilidades de exercício de direitos ligados à liberdade de expressão e manifestação vão se esvaindo, no rastro das mortes de

só se orgulhou de-ter namorado o AI-5 desde antes da sua edição, como sempre viu nele um verdadeiro elixir »<sup>(36)</sup>, período de apogeu do aprofundamento do regime e do Estado de exceção, as « desventuras constitucionais » do governo militar retornaram à pauta do dia, no governo do general Ernesto Geisel, desta vez para que se promovesse o rompimento gradual com a ordem autoritária. O processo de democratização e constitucionalização do Brasil, sob a ótica da manifestação constituinte, é o tema que se passa a analisar.

### 3. *A Assembleia Constituinte de 1987/1988 e o significado do poder constituinte democrático.*

Com o processo de gestação, formação e desenvolvimento dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, inaugurou-se no Brasil uma nova prática constituinte, resultado de um longo período de reformulação da mentalidade constitucional do governo e dos segmentos sociais. Para Leonardo Augusto de Andrade Barbosa,

Se observarmos as circunstâncias que cercam a reivindicação de uma nova Constituição na década de 70, seu enredamento com os movimentos pela anistia e pelo restabelecimento das eleições diretas, o processo de convocação da Assembleia Constituinte e, finalmente, o biênio de seu funcionamento, algo de novo pode ser percebido. Debatendo-se contra uma longa tradição de 'transições pelo alto', uma nova prática começa a se articular, propondo para a pergunta acerca do fundamento da autoridade da Constituição respostas ao mesmo tempo inesperadas e criativas<sup>(37)</sup>.

O projeto de transição do regime militar, sobretudo a partir de 1974, era inteiramente outro: o da abertura « lenta, segura e gradual ». « O que presenciamos, nos mandatos de Geisel e Figueiredo, é a tentativa do regime (em grande parte bem-sucedida) de controlar

---

opositores e repressão ao movimento estudantil, a diversos segmentos da sociedade civil, aos trabalhadores, servidores públicos e militares contrários ao golpe. O ponto de inflexão é o AI-5, medida de exceção que permite o imediato fechamento do Congresso Nacional, dissemina as cassações e suspende a garantia constitucional do *habeas corpus* em casos de crime contra a segurança nacional » (*ibid.*, p. 11).

<sup>(36)</sup> E. GASPARI, *A Ditadura escancarada*, São Paulo, Editora Companhia das Letras, 2002, p. 130.

<sup>(37)</sup> BARBOSA, *História constitucional brasileira*, cit., pp. 145-146.

o tempo e a forma de sua extinção »<sup>(38)</sup>. Em seguida à efetivação da anistia supostamente ampla, geral e irrestrita e à postergação das eleições presidenciais diretas, sobreveio ao governo José Sarney a seguinte pergunta: qual Constituinte? O caminho em direção a uma resposta foi longo e tortuoso. A disputa em torno da definição do que a Constituição de 1988 representa para o processo de constitucionalização brasileiro permaneceu viva e intensa durante muito tempo — e ainda hoje desperta debates e conflitos<sup>(39)</sup>. Cristiano Paixão coloca em evidência a contenda política e acadêmica sobre o significado dos tempos que a Constituinte em 1987/1988 renunciava<sup>(40)</sup>: « uma Constituição soberana, elaborada livremente pelos Representantes do Povo, numa Assembleia Nacional Constituinte »<sup>(41)</sup> ou « uma Constituição que não se levante contra a Revolução de Março e seus ideais, mas que se destine a institucionalizá-la de modo definitivo e duradouro »<sup>(42)</sup>? Uma ruptura « dentro de uma Assembleia Constituinte », como rezava Raymundo Faoro em pronunciamento no início de dezembro de 1985, ou, nas palavras do Ministro Moreira Alves na sessão de instalação da Constituinte, em 2 de fevereiro de 1987, « o termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se encerra o ciclo revolucionário »? A superação democrática da « anticonstituição » denunciada por Ulysses Guimarães ou, como disse o deputado Pimenta da Veiga no Congresso Nacional, em 28 de novembro de 1985, uma Constituinte que « não é fruto de uma ruptura, da qual o país sai traumatizado; vem num

<sup>(38)</sup> PAIXÃO, *A constituição em disputa: transição ou ruptura?*, cit., p. 13.

<sup>(39)</sup> O exame das contendas políticas dos últimos cinquenta anos deixa entrever o quão centrais ainda são a questão constitucional e a questão constituinte. Nesse lapso temporal, o Brasil viveu as experiências do autoritarismo, da democracia e da alternância entre esses regimes. « Em todas essas circunstâncias, o debate em torno do poder constituinte esteve presente, acompanhado de pares conceituais como autoritarismo/democracia, revolução/golpe e, após 1988, nacional/estrangeiro » (C. PAIXÃO, *Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira [1964-2014]*, in « Quaderni fiorentini », XLIII (2014), p. 32).

<sup>(40)</sup> PAIXÃO, *A constituição em disputa: transição ou ruptura?*, cit., pp. 15-27.

<sup>(41)</sup> G. TELLES JUNIOR, *Carta aos brasileiros*, in « Separata da Revista da Faculdade de Direito (USP) », LXXII (1977), 2, p. 422.

<sup>(42)</sup> M.G. FERREIRA FILHO, *A reconstrução da democracia*, São Paulo, Saraiva, 1979, p. XVI.

tempo de paz, onde não há vencidos nem vencedores »? Um poder originário ao qual coube « reedificar, totalmente, por sobre o vazio decretado em 1964, e rompendo inteiramente com a obra normativa então iniciada, uma nova e global estrutura constitucional » (43) ou uma Assembleia Constituinte « derivada » e com « poderes de reforma » (44)?

Aspecto relevante da tensão que permeia a vivência dessas disputas é o papel de destaque que a sociedade civil desempenhou no estabelecimento da nova ordem constitucional. Exemplo interessante dessa expressão diz respeito à amplitude do debate sobre as normas relativas ao funcionamento interno da Assembleia Nacional Constituinte. « Nenhuma outra Constituinte brasileira discutiu as regras de funcionamento de forma tão aberta. Mesmo as normas atinentes ao funcionamento provisório da assembleia foram definidas com a possibilidade de participação de todos os seus membros » (45). Nessa perspectiva, a despeito da tentativa de alguns setores políticos de promover uma « transição pelo alto » — inclusive mediante a redução do fenômeno constituinte a um mero procedimento reformador —, o que se vê, embora margeada por inúmeras tensões, é uma Assembleia ativa e autônoma, cujos trabalhos contaram com a participação definitiva de representantes das mais diversas frações sociais — de entidades sindicais a associações patronais, de movimentos comunistas à Igreja Católica. A experiência constitucional brasileira serve, portanto, de laboratório para o empreendimento da revisão conceitual do poder constituinte (46). Apenas uma reconstrução histórica verdadeiramente crítica pode mostrar o que o poder comunicativo da participação popular foi capaz de produzir: um processo constituinte aberto, marcado pela defesa de interesses variados e contrapostos e, por esse motivo, comprometido com a fundação de uma ordem baseada na soberania popular, na justiça social e na proteção dos direitos fundamentais.

---

(43) B. CABRAL, *O poder constituinte: fonte legítima, soberania e liberdade*, in « Fórum administrativo », 8 (2008), 92, p. 24.

(44) J.S. RAMOS, *Assembleia Constituinte: o que pode e o que não pode, natureza, extensão e limitação de seus poderes*, Rio de Janeiro, Alhambra, 1987, p. 11.

(45) BARBOSA, *História constitucional brasileira*, cit., p. 217.

(46) CATTONI DE OLIVEIRA, DILLY PATRUS, *O poder constituinte no Brasil pós-1964*, cit., pp. 529-548.

Contudo, tal registro não se mostra possível se a Constituição de 1988 não for compreendida como um projeto que transcende o momento de sua promulgação, um processo de constitucionalização reiniciado antes de 1988 e que se desdobra para além do marco inaugural, no sentido de uma abertura à reconstrução democrática (47). Para uma teoria vocacionada à reelaboração da democracia deliberativa e, a partir disso, à problematização do conceito de representação política, o momento constituinte em 1987/1988 consiste em um fenômeno discursivo que ganha legitimidade no tempo, como um acontecimento sem início nem fim definidos, e emerge do interregno das lutas políticas e sociais, vivificando-se com a edificação da identidade aberta, polissêmica e plural do sujeito constitucional brasileiro. A complexidade de tudo isso só é absorvida em uma historicidade que, todavia, não está fechada em si mesma. Assim,

Numa leitura reconstrutiva, o processo constituinte de 1987-88 resgata, pois nele também se expressam os princípios da autonomia e da emancipação das grandes revoluções do final do século XVIII — a liberdade, a igualdade e a fraternidade — sobre o pano de fundo da história política brasileira: ele, assim, se faz ‘herdeiro sem testamento’ [...] de um processo de constitucionalização, perpassado por lutas por reconhecimento de atores e de direitos, que se desenvolve há pelo menos duzentos anos, todavia, de modo não linear, sujeito a tropeços e interrupções (48).

Em seu diálogo crítico com Michelman, Habermas esclarece que a relação aparentemente paradoxal entre Estado de Direito e democracia se resolve na dimensão histórica. Nesses termos, o poder constituinte não pode ser compreendido como um evento enclausurado comunicativamente, mas como um « processo de aprendizagem social capaz de corrigir a si mesmo, na compreensão da Constituição do Estado Democrático de Direito como um projeto que transforma o ato fundador em um trajeto constituinte que prossegue na linha das gerações sucessivas » (49).

---

(47) M.A. CATTONI DE OLIVEIRA, *O projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito*, in *Quinze anos de Constituição*, org. J.A. Sampaio, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, pp. 131-154.

(48) CATTONI DE OLIVEIRA, *Democracia sem espera e processo de constitucionalização*, cit., p. 218.

(49) HABERMAS, *Constitutional democracy*, cit., p. 768.

Nesse referencial, a Assembleia Constituinte de 1987/1988 deve ser lida como o resultado da confluência de situações políticas inúmeras e diversas, as quais culminaram na concepção de um processo constituinte ilegível aos olhos da história brasileira até então. Em ojeriza à reiteração de modelos encanecidos e falidos, o processo constituinte foi marcado pela afirmação da soberania popular, do devido processo constitucional e dos direitos fundamentais como marcos norteadores de um novo projeto de Estado e de sociedade.

Todavia, o apego desvirtuado à teoria clássica do poder constituinte permanece vivo. Alguns chegaram a refutar a legitimidade da Constituição de 1988, com base em supostos vícios verificados na instalação, na organização e na conclusão dos trabalhos do Congresso Nacional, convertido em Assembleia Nacional Constituinte por força de emenda à Constituição anterior<sup>(50)</sup>. Para parte da doutrina constitucional brasileira, partidária de um certo « complexo de inferioridade » pseudocrítico<sup>(51)</sup>, a ilegitimidade do fenómeno constituinte de 1987/1988 decorreria, entre outros aspectos, da insuficiência material de uma ruptura entre os momentos históricos compreendidos antes e após a Assembleia. O argumento, arrimado na ideia de que o fundamento de autoridade da Constituinte seria, em última instância, a Constituição ditatorial de 1967/1969, leva à conclusão de que o poder em manifestação seria meramente derivado ou reformador. Em grande parte, é deflagrada a invocação à revolução materialmente desestabilizadora como única possibilidade legitimadora de um processo de constitucionalização, ao fundamento de que transições sem armas nem sangue não são

---

(50) Exemplos de juristas partidários da noção de que a Constituição de 1988 não é fruto de um processo genuinamente constituinte são Manoel Gonçalves Ferreira Filho (M.G. FERREIRA FILHO, *O poder constituinte*, São Paulo, Saraiva, 2007) e também o ex-ministro do STF Nelson Jobim (N. JOBIM, *A Constituinte vista por dentro: vicissitudes, superação e efetividade de uma história real*, in *Quinze Anos de Constituição*, cit., pp. 9-17).

(51) Esse complexo de inferioridade traduz falta de compreensão hermenêutica da realidade constitucional e, por outro lado, desconfiança autoritária em relação à democracia (CATTONI DE OLIVEIRA, *Democracia sem espera e processo de constitucionalização*, cit., pp. 207-247).

capazes de promover alterações essenciais entre o velho regime e a nova ordem <sup>(52)</sup>.

Ocorre que reduzir a natureza do poder constituinte a uma autoridade amparada pela violência é negar a própria existência do conceito <sup>(53)</sup>. A ilustração mítica de um poder ilimitado, incondicionado e absoluto atende — em um plano abstrato — ao esquema armado a partir da distinção clássica entre poder constituinte e poderes constituídos <sup>(54)</sup>, o que de forma alguma explica a complexidade dos movimentos humanos ao longo dos tempos. A história contemporânea confirma que mesmo as transições pacíficas comportam, no plano das ideias, o alento necessário à desestruturação do arquétipo político-jurídico antecedente. E mais: também na carnificina das revoltas sangrentas há uma noção subjacente de direito e justiça, imperativos determinantes da nova realidade institucional a se construir.

Assim, não obstante a leitura formalista e limitadora feita por parcela dos constitucionalistas brasileiros, a longa gestação do processo constituinte de 1987/1988 indica o papel de destaque que os segmentos sociais desempenharam no estabelecimento da nova or-

---

<sup>(52)</sup> Seria dizer que, nos limites da autoliquidação revolucionária, em que se verifica a subjugação do jurídico pelo político, o protótipo do poder constituinte, como força que irrompe e desestabiliza o equilíbrio preexistente, afigura-se impassível de se manifestar por meio de transições negociadas.

<sup>(53)</sup> J.A. SAMPAIO, *Teoria e prática do poder constituinte: como legitimar ou desconstituir 1988 — 15 anos depois*, in *Quinze Anos de Constituição*, cit., pp. 18-62.

<sup>(54)</sup> A tentativa de conjecturar a legitimidade do poder constituinte, mais evidente a partir do século XVIII, ganha alento com as reflexões racionalistas e iluministas, a concepção de contrato social e o enfraquecimento do Antigo Regime face ao advento de ideias liberal-burguesas, bem como de noções fortalecidas de liberdade individual, igualdade formal, além de um pensamento mecanicista, cientificista, anti-historicista, anti-autoritário e refratário a intervenções ideológicas de cunho religioso. Trata-se de um movimento teórico em resposta a um tempo em que a Constituição e a soberania do povo eram institutos que se temiam mutuamente. Maurizio Fioravanti aponta que as revoluções do século XVIII, em especial a americana e a francesa, representaram um momento decisivo para história do constitucionalismo, porquanto situaram novos conceitos e novas práticas com o objetivo de pôr em discussão a oposição entre a tradição constitucionalista e a soberania popular (M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, il Mulino, 1999, pp. 99-117; ver também Id., *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 51-98).

dem constitucional <sup>(55)</sup>. A necessidade dessa percepção é atual. Nas idas e vindas do espaço político pós-1988, as muitas tentativas de reforma constitucional em desrespeito às balizas impostas pelo procedimento especial previsto na Constituição lançam boas luzes sobre a vivacidade da articulação do par conceitual poder constituinte originário/poder constituinte derivado no debate público brasileiro. Tendo como pano de fundo o histórico de lutas por direitos e por reconhecimento ao longo do processo de constitucionalização brasileiro, « revela-se possível adotar esse par conceitual como guia na observação dos discursos, práticas e demandas por inclusão que marcam a relação entre política e direito na história brasileira ».

A concepção da Constituição como ferramenta de garantia de direitos consiste em produto aberto de um processo difícil e lento de aprendizado. Por isso mesmo, pensar o poder constituinte traduz tarefa de enorme complexidade, não porque o fenômeno se encontra esgotado, mas nomeadamente em razão de a compreensão da relação entre projeto constituinte e poderes constituídos exigir que o processo histórico seja levado em consideração. A cada nova rodada deliberativa de densificação da Constituição exsurge, renovada e fortalecida, a necessidade de atualizar a proposta constituinte lançada em 1987/1988. Tal proposta resulta de um movimento que nasce muito antes da Assembleia Constituinte, mas traduz um espectro de possibilidades que se propaga no futuro, manifestando-se como uma herança em face da qual as gerações futuras devem assumir uma posição ativa e crítico-reconstrutiva.

#### 4. *Considerações finais.*

A concepção clássica do poder constituinte como uma força inicial (antecedente e, portanto, não pertencente ao ordenamento jurídico por ela delineado) e juridicamente desvinculada (livre para fazer tudo como se partisse do nada político, jurídico e social) estabelece um distanciamento rígido e inadequado entre o projeto plasmado no documento concebido quando da emergência do

---

(55) BARBOSA, *História constitucional brasileira*, cit., pp. 149-185.

fenômeno constituinte e o espaço público-democrático de reconstrução da Constituição ao longo do tempo. A experiência histórica do século XX evidencia a impossibilidade democrática do constitucionalismo autoritário e a inviabilidade constitucional da democracia totalitária <sup>(56)</sup>. Nessa conjuntura, a tensão entre democracia e constitucionalismo, apenas aparentemente paradoxal, deve ser ininterruptamente trabalhada e assimilada no marco de um debate público aberto e plural. Cumpre às gerações futuras atualizar o projeto constituinte de Estado Democrático de Direito.

A necessidade de uma teoria do poder constituinte que problematize a tensão entre democracia e constitucionalismo subsiste. A história nos mostra a inconsistência da conclusão de que o poder constituinte se encontra esgotado frente à exigência da democracia constitucional. O poder constituinte só é constituinte de fato se for democrático. Face aos entraves semânticos à compreensão do fenômeno constituinte em sua ambivalência de poder e direito, antes de mera limitação ao poder constituinte, a institucionalização da democracia constitucional consiste em condição da própria existência desse poder.

Destaque-se que a reconstrução que ora se propõe importa consequentemente em um questionamento sobre a maneira pela qual o Estado Democrático de Direito e sua existência no Brasil tornaram-se exigíveis, rompendo com a perspectiva tradicional de acordo com a qual a problemática da legitimidade e da efetividade constitucionais é pensada a partir de um hiato entre o idealismo da Constituição e uma realidade social recalcitrante. Tal postura se coloca voltada a uma recolocação historiográfica da racionalidade normativa já presente e vigente nas próprias práticas político-constitucionais cotidianas <sup>(57)</sup>. A falácia de uma identidade constitucional « autêntica » impõe a reconstrução de novas narrativas

---

<sup>(56)</sup> M. CARVALHO NETTO, *A Impossibilidade Democrática do Constitucionalismo Autoritário e a Inviabilidade Constitucional da Democracia Totalitária*, in *Constituição e Processo: a resposta do Constitucionalismo às banalizações do terror*, org. M. Cattoni e F. Machado, Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

<sup>(57)</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, *Notas programáticas para uma nova história do processo de constitucionalização brasileiro*, cit., pp. 40-41.

sobre a redemocratização brasileira <sup>(58)</sup>, o que pressupõe uma releitura do problema do fenômeno constituinte e da fundação moderna da legitimidade constitucional, todavia como conquista *nossa*, a partir da nossa própria experiência histórica, calcada na recuperação do sentido de ruptura democrática da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 e no projeto constitucional do Estado Democrático de Direito entre nós.

---

(58) Exemplos de reflexão a respeito do processo de constitucionalização do Estado democrático de Direito e da sua legitimidade, tendo como parâmetro crítico a experiência da chamada « transição política brasileira », são as já mencionadas obras de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Cristiano Paixão e Leonardo Augusto Andrade Barbosa. Tais autores pontuam que a incontrolabilidade do fenômeno constitucional « denuncia a implausibilidade de compreender o processo de mudança constitucional como ‘engenharia’, como técnica segura que conduz a resultados previsíveis e calculados » (BARBOSA, *História constitucional brasileira*, cit., pp. 361-362). As relações que uma constituição democrática desenvolve com o tempo histórico só « podem ser compreendidas no sentido de um processo de constitucionalização, não linear e descontínuo, assim reconstruído como processo de lutas por reconhecimento e de aprendizagem social com o Direito, que se realiza ao longo da história, todavia sujeito a interrupções e a tropeços, mas que também é capaz de se auto-correr » (CATTONI DE OLIVEIRA, *Democracia sem espera e processo de constitucionalização*, cit., p. 236). Partindo, assim, de uma concepção cairológica do tempo da Constituição, que dialoga com a obra de G. Marramao (ver *Passaggio a Occidente*, Torino, Bollati Boringhieri, 2009; e *La passione del presente*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008) é preciso rejeitar o discurso da *democracia possível*, de forma a permitir a afirmação, a partir da tese da *democracia sem espera*, de que a transição política brasileira constitui processo constituinte democrático a longo prazo (CATTONI DE OLIVEIRA, *Democracia sem espera e processo de constitucionalização*, cit., pp. 227-230).



BERNARDO SORDI

VERSO LA GRANDE DICOTOMIA:  
IL PERCORSO ITALIANO (\*)

1. Una celebre voce di Norberto Bobbio, redatta nel 1981 per l'*Enciclopedia* Einaudi, svela qual era, sino all'immediato ieri, la precisa consapevolezza del nostro tema nel giurista continentale: pubblico/privato rappresentano una « coppia dicotomica », una « grande dicotomia », una distinzione idonea a « dividere un universo in due sfere, congiuntamente esaustive, nel senso che tutti gli enti di quell'universo vi rientrano nessuno escluso, e reciprocamente esclusive, nel senso che un ente compreso nella prima non può essere contemporaneamente compreso nella seconda »; ed idonea pure a « stabilire una divisione che è insieme totale, in quanto tutti gli enti cui attualmente e potenzialmente la disciplina si riferisce debbono potervi rientrare, e principale, in quanto tende a far convergere verso sé altre dicotomie che diventano rispetto ad esse secondarie » <sup>(1)</sup>.

Non solo. Per Bobbio la grande dicotomia è divenuta tale anche grazie al suo « uso costante e continuo, senza sostanziali

---

(\*) Si pubblica qui la relazione tenuta all'Università di Trento, il 24 settembre 2015, al IV Congresso Nazionale SIRD: *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, i cui *Atti* sono in corso di stampa. Ringrazio l'Associazione per la ricerca in diritto comparato ed il suo Presidente, Prof. Michele Graziadei, per aver consentito questa anticipazione.

<sup>(1)</sup> N. BOBBIO, *Pubblico/privato*, in *Enciclopedia*, vol. XIII, Torino, Einaudi, 1981, ora in *Id.*, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1985, p. 3. Alcuni materiali della voce erano stati anticipati nel 1974 nell'articolo *La grande dicotomia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, 1974, p. 2187 e ss., ora in *Id.*, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1984, p. 145 e ss.

mutamenti », nella storia del pensiero politico e sociale dell'Occidente. Si fa leva sull'estrema risalenza dei termini (il celebre passo di Ulpiano è collocato nei primissimi paragrafi definitivi del Digesto (2)), per avvalorare, come dato a priori, la suddivisione dicotomica del diritto, in pubblico e privato.

Non si tratta di una posizione isolata. Tutt'altro. Il civilista e sociologo del diritto Jean Carbonnier ha insegnato la medesima atemporalità della distinzione, ad intere generazioni di giuristi francesi: « tout le droit se divise en deux parties: droit public et droit privé » (3). Olivier Beaud, commentando qualche anno fa questa definizione, aggiungeva: è una distinzione che struttura l'ordine giuridico nel suo insieme; si potrebbe dire che ne satura completamente lo spazio (4).

La dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato rappresenta quindi per la cultura giuridica continentale una grande bussola. Ed appena le lancette iniziano a muoversi, subito il giurista si allarma; ipotizza cataclismi o, in ogni caso, tempeste magnetiche che rischiano di sovvertire la sua stessa forma mentis; tempeste che preconizzano *Le déclin du droit*, come intitola nel 1949 un libro all'epoca celebre di Georges Ripert (5), segretario di Stato all'istruzione pubblica nei primi mesi del governo di Vichy, sottoposto ad un duro processo di epurazione, ma personaggio pensoso ed osservatore attento delle trasformazioni strutturali a cavallo del secondo conflitto mondiale (6).

2. Basta valicare le colonne d'Ercole della Rivoluzione francese, verso l'Antico regime, per vedere però che ben altre sono le

(2) *Dig.* I, 1, 1, 2. *Inst.*, I, 1, 4.

(3) J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome premier, *Introduction à l'étude du droit et Droit civil*, Paris, Puf, 1965<sup>6</sup> (1<sup>a</sup> ed., 1955), p. 39.

(4) O. BEAUD, *La distinction entre droit public et droit privé: un dualisme qui résiste aux critiques*, in *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques. Une entente assez cordiale?*, J.-B. Auby, D. Friedland (dir.), Paris, L.G.D.J., 2004, p. 29 e ss.

(5) G. RIPERT, *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 1949.

(6) Un sintetico, efficace, ritratto di Georges Ripert in J.-L. HALPÉRIN, *ad vocem*, in *Dictionnaire historique des juristes français: XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), Paris, Puf, 2007, pp. 669-670.

grandi dicotomie che incanalano la riflessione giuridica: *ius divinum/ius humanum*; *ius civile/ius canonicum*; *ius commune/ius proprium*; *ius inventum/ius positum*...

La prima cosa che colpisce sono i vuoti lessicali. Ancora nel corso del Settecento, nella letteratura giuridica italiana, il termine *ius publicum*/diritto pubblico fa una estrema fatica a conquistare il proscenio.

È un primo campanello di allarme che ci fa capire quanto sia necessaria una ‘storia del diritto pubblico’, ma non nel senso di una storia di una dimensione giuridica da sempre esistita ed immutabile, ma al contrario come storia di un qualcosa che emerge, prende forma, si sviluppa, certamente in connessione ed in funzione di strutture statuali di comando e di governo del territorio, ma secondo una varietà di tempi, di piste, di tappe, di contenuti, molto diversi tra di loro.

La modernità europea ci consegna un percorso estremamente frastagliato di emersione del pubblico.

L’Italia, in questo processo di emersione, non funge certo da battistrada. Niente di paragonabile, nella penisola, alle trattazioni, sempre più diffuse, a partire dal primo Cinquecento, nei territori tedeschi, di uno *ius publicum imperii romano-germanici*, che — come Michael Stolleis ci ha insegnato — segue l’intricata mappatura di poteri imperiali, destinati ben presto ad illanguidirsi, e che tuttavia trova alimento particolare in una già estesa *respublica* di letterati, soprattutto in ambito protestante, ed è sospinto dalla necessità di offrire una via di uscita al lacerante conflitto religioso (7).

Niente di paragonabile, neppure, al percorso francese di un *droit public*, che al contrario già inizia a radicarsi all’interno dei confini nazionali ed entro la nuova cornice dello Stato di giustizia e che tra Bodin, Loyseau e soprattutto Domat (che a fine Seicento intitola proprio al *Droit public* « La suite » de *Les lois civiles dans leur ordre naturel*) comincia ad offrire una precisa radiografia giuridica dei rapporti tra monarchia e corpi. Una radiografia, beninteso, operata attraverso l’impiego di lessici, categorie, istituti, tipici di

---

(7) M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, tm. I, *Pubblicistica dell’Impero e scienza di polizia 1600-1800*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 123 e ss.; pp. 529-537.

antico regime e funzionali alla descrizione e all'organizzazione di una società corporata <sup>(8)</sup>.

Niente di paragonabile, infine, in Italia, neppure a Settecento avanzato, alla letteratura della *Policeywissenschaft* tedesca o del *droit de police* francese <sup>(9)</sup>.

Non c'è alcun spazio per questa tipologie di norme in un celebre repertorio della giurisprudenza consulente, come le *Practicae conclusiones iuris* di Domenico Toschi, ad inizio Seicento <sup>(10)</sup>, un'opera — come ha osservato Mario Ascheri — che costituisce « un po' il reticolo concettuale e la mappa toponomastica della complessità e frammentazione del potere in età moderna » <sup>(11)</sup>.

Un ramo dell'ordinamento definibile come 'pubblico' neppure fa la sua comparsa nella classificazione delle « diverse sorti o specie delle leggi », con cui si apre, nel 1673, il *Dottor volgare* di Giovan Battista De Luca, che elenca: « la Divina, la naturale, quella delle genti, la civile, la canonica, la feudale, e la particolare » <sup>(12)</sup>: quest'ultima, certo, non più limitata agli statuti cittadini e dei diversi corpi e collegi, ma ormai sempre più monopolizzata dalla legge che « dal Principe sovrano si faccia per tutto il suo Principato » <sup>(13)</sup>.

Vuoti lessicali significano anche persistente invisibilità della dimensione pubblicistica. È un profilo che ha studiato in particolare,

<sup>(8)</sup> Ho cercato di ripercorrere questo itinerario in *Alle origini della grande dicotomia: « Le droit public » di Jean Domat*, in *Gli inizi del diritto pubblico*, a cura di G. Dilcher, D. Quagliani, tm. III, *Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità*, Bologna, il Mulino-Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 679-696.

<sup>(9)</sup> Per uno sguardo di sintesi, L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2013<sup>5</sup>, pp. 127-181.

<sup>(10)</sup> D. TUSCUS, *Practicarum conclusionum iuris in omni foro frequentiorum... tomus primus - tomus octavus et postremus*, Romae, ex Typographia Stephani Paulini, 1605-8.

<sup>(11)</sup> M. ASCHERI, *Le Practicae conclusiones del Toschi: uno schedario della giurisprudenza consulente*, in *Giustizia e corpo sociale nella prima età moderna: argomenti nella letteratura giuridico-politica*, a cura di A. De Benedictis, I. Mattozzi, Bologna, Clueb, 1994, p. 37.

<sup>(12)</sup> G.B. DE LUCA, *Il Dottor Volgare, ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale, nelle cose più ricevute in pratica; moralizzato in lingua italiana per istruzione, e comodità maggiore di questa provincia*, Roma, Giuseppe Corvo, 1673, *Proemio*, cap. IV, p. 58.

<sup>(13)</sup> Ivi, *Proemio*, cap. IV, p. 66.

a mio avviso, con notevoli risultati, Luca Mannori <sup>(14)</sup>. Stato e poteri pubblici, ovviamente esistono; sono pienamente effettivi. Anche nel composito assetto istituzionale della penisola, quei poteri hanno subito, almeno dall'inizio dell'età moderna, un rilevante processo di concentrazione e di razionalizzazione. Iniziano persino a farsi carico di compiti che noi definiremmo oggi materialmente amministrativi.

Quei poteri, tuttavia, non si esprimono con regole pubblicistiche di cui si avverta e si ammetta la specificità. La loro azione è calata nei tradizionali modelli processuali, soffusa nel comune linguaggio giuridico (che può essere quello della *iurisdictio*, dello *ius universitatum*, degli *iura regalia*) <sup>(15)</sup>. Stato e poteri pubblici stentano a condensarsi in un discorso di tipo teorico. Nell'atlante mentale dei giuristi di antico regime non solo la grande dicotomia è ancora di là da venire, ma lo spazio visivo fatica ad allargarsi verso una identità giuridica propria e diversa da quella sottesa al diritto comune, verso un possibile diritto pubblico, dunque, inteso come polo dicotomico dell'ordine giuridico.

Non è ancora nelle corde dei nostri giuristi la grande dicotomia. Al contrario, è ancora forte l'onda lunga della lettura sedimentata del passo ulpiano, risalente addirittura ad Azzone, secondo cui « publicum et privatum non sunt species iuris, sed assignentur res, vel personae, super quibus posita sunt iura » <sup>(16)</sup>. Come spiegava Francesco Calasso in un saggio fondamentale, pubblicato nel 1943 su *Jus*: « pubblico e privato non è il diritto, che è uno e inscindibile,

---

<sup>(14)</sup> L. MANNORI, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 17 e ss.; ID., *Un'« istessa legge » per un'« istessa sovranità »: la costruzione di una identità giuridica regionale nella Toscana asburgo-lorenese*, in *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, a cura di I. Birocchi, A. Mattone, Roma, Viella, 2006, pp. 355-360; ID., *Lo Stato del Granduca 1530-1859. Le istituzioni della Toscana moderna in un percorso di testi commentati*, Pisa, Pacini, 2015.

<sup>(15)</sup> L. MANNORI, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in « Quaderni fiorentini », XIX (1990), p. 415 e ss.

<sup>(16)</sup> AZO, *Summa Institutionum*, Papiae, 1506, rist. anast., ex officina Erasmiana, Augustae Taurinorum, 1966, I, 1 de iust. et iure, p. 348.

ma i rapporti (*res*) o i soggetti (*personae*) su cui l'ordinamento giuridico dispone » (17).

3. A metà Settecento iniziano i primi scossoni. Muratori, nel 1742, ha già passato in rassegna i *Difetti della giurisprudenza*; il ruolo della legge e quello della *opinio doctorum*; ha radiografato, in stretta connessione con la messa in discussione del sistema delle fonti del diritto, i modi di funzionamento del potere giudiziario e la latitudine dell'interprete (18). Proprio la critica della diretta capacità normativa della scienza giuridica, in nome di una inedita « certezza del diritto », che ha qui il suo specifico momento di incubazione e che si declina prima di tutto come certezza della legge, come infallibilità del comando del legislatore (19), apre le primissime brecce verso l'identificazione tra diritto e legge e verso il superamento dell'antico pluralismo giuridico. Eppure, anche in quest'opera le aperture verso un approccio dicotomico sono minime.

Solo nel *Della pubblica felicità*, il testamento che Muratori, proprio a metà del secolo, consegna al secondo Settecento, si iniziano almeno ad isolare una serie di saperi che si definiscono appunto di diritto pubblico e che devono illuminare il principe e l'uomo di governo.

Ora sarebbe bene che il principe istituisse una particolare accademia, in cui studiassero le regole del saggio governo de' popoli [...] Basta la giurisprudenza giustiniana ad un ordinario magistrato, deputato ad amministrare la giustizia civile; ma per chi dee amministrare il principato come consigliere di Stato sarebbe pur bene, anzi necessario, che egli sapesse anche una giurisprudenza superiore, cioè quella che insegna i primi principi della giustizia e i doveri del principe verso de' sudditi e de' sudditi verso del principe, che sa giudicare se le leggi stesse siano rette, o se altre maggiormente convenissero. Chiamasi questo il *gius pubblico*, ampiamente trattato e insegnato nella Germania e ne' Paesi Bassi, ma trascurato per lo più dai giureconsulti

---

(17) Il saggio è stato ripubblicato in F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano, Giuffrè, 1949<sup>2</sup>. La citazione è a p. 285.

(18) L.A. MURATORI, *De' difetti della giurisprudenza*, Venezia, Giambattista Pasquali, 1742, cap. IV, *Dei difetti esterni delle leggi e della giudicatura*. Citiamo dall'edizione Milano, Rizzoli, 1958, p. 39 e ss.

(19) P. GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in « Giustizia civile », 2014, 4, pp. 926-29.

italiani, che tutto il loro sapere restringono ai Digesti e al Codice e alla gran filza degli ordinari autori legali <sup>(20)</sup>.

Neppure 15 anni dopo, Beccaria dischiude ben altro scenario. Anche in questo caso, in verità, l'approccio dicotomico è minimo. È il « pubblico bene », il « ben pubblico », il « pubblico deposito » <sup>(21)</sup>, non il diritto pubblico, a risuonare continuamente nelle pagine del *Dei delitti e delle pene*. Eppure, il ripensamento copernicano del diritto di punire, del suo fondamento come dei suoi limiti, passa questa volta attraverso un tuffo profondo nella tradizione contrattualistica europea e nell'intera letteratura politico-giuridica sei-settecentesca, da Grozio sino a Rousseau.

Il *droit politique*, cui Rousseau ha dedicato due anni prima di Beccaria, nel 1762, il sottotitolo del *Contrat social*, sta diventando il canale attraverso il quale inizia a scorrere, anche in Italia, la riscrittura degli assetti di antico regime e la progettazione, tra riforme e rivoluzione, del nuovo ordine individuale del diritto.

Rousseau ne ha dato una definizione precisa: *les lois politiques* sono le leggi che « regolano il rapporto del tutto con il tutto, o del corpo sovrano con lo Stato » <sup>(22)</sup>. Fra le diverse relazioni da considerare, la scelta del filosofo ginevrino è netta: « fra queste diverse classi, le leggi politiche, che costituiscono la forma di governo, sono la sola che rientri nel mio tema » <sup>(23)</sup>.

Libertà politica; proprietà; imposta; contratto di conduzione; fonti del diritto; potere giudiziario; rigenerazione del penale; rapporti centro-periferia; nuova costituzione del clero. Mai come in questo momento, anche in Italia, costituzione esistente e costitu-

<sup>(20)</sup> L.A. MURATORI, *Della pubblica felicità, oggetto de' buoni principi*, Lucca [i.e. Venezia, s.n.], 1749. Citiamo dall'edizione a cura di Cesare Mozzarelli, Roma, Donzelli, 1996, pp. 34-35.

<sup>(21)</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, Marco Coltellini, 1764. Citiamo dalla Edizione nazionale delle opere, a cura di Gianni Francioni, Milano, Mediobanca, 1984, § II, pp. 30-31; § III, p. 34; § VI, p. 40; § VII, p. 45; § VIII, p. 47.

<sup>(22)</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du Contract social; ou, Principes du droit politique*, in Id., *Œuvres complètes*, III, Paris, Gallimard, 1964.

<sup>(23)</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, L. II, cap. XII, *Della divisione delle leggi*. Citiamo dalla edizione italiana a cura di Valentino Gerratana, Torino, Einaudi, 1994, pp. 74-75.

zione da stabilire appaiono, al tempo stesso, così intrecciate, eppure così distanti.

Il *droit politique* non è un ramo dell'ordinamento esistente; non è una costola del tradizionale *ius patrium*; non è tanto meno una disciplina accademica.

È solo la dimostrazione di una inedita circolazione culturale, che si alimenta di fonti diversissime. La *philosophie*, da un lato, *les économiques*, dall'altro, conoscono anche in Italia una penetrazione capillare, che aggiorna i lessici politici, indirizza i sentieri riformatori, inizia a mettere in discussione le classificazioni tradizionali del diritto.

Pochi anni dopo, nell'estate del 1780 — sono già alle spalle le prime vicende delle colonie americane, di cui sarà un tramite fondamentale nella penisola — Gaetano Filangieri potrà tranquillamente constatare che « la filosofia è venuta in soccorso dei governi ed ha prodotto gli effetti più salutari ». Ed è ormai di fronte al tribunale della pubblica opinione che « il libero filosofo » <sup>(24)</sup> intraprende la riforma della legislazione e prepara i materiali utili per coloro che governano. Materiali che si sono fatti ora propriamente costituzionali e che si avvalgono di un ampio sguardo comparativo. Si pensi alle critiche filangieriane al modello inglese di governo misto, pericolosamente esposto, agli occhi del filosofo napoletano, ad una possibile deriva monarchica: un modello che nella *Scienza della legislazione* è consapevolmente mediato dalla lettura di Blackstone e degli « scrittori del diritto pubblico di questa nazione » <sup>(25)</sup>.

Inizia lentamente a dischiudersi una dimensione costituzionale, sinora sconosciuta o ancora sommersa, sotto traccia, come sta avvenendo in terra toscana, nei coevi ed ancor segretissimi primi proponimenti costituzionali di Pietro Leopoldo <sup>(26)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Libro primo, *Delle regole generali della scienza legislativa*, Napoli, Stamperia Raimondiana, 1780. Citiamo dalla edizione critica diretta da Vincenzo Ferrone, vol. I, a cura di Antonio Trampus, Venezia, Centro Studi Stiffoni, 2004, *Introduzione*, p. 18.

<sup>(25)</sup> Ivi, vol. I, cap. XI, p. 107.

<sup>(26)</sup> B. SORDI, *L'amministrazione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 293 e ss.; A. TRAMPUS, *Storia del costituzionalismo italiano nell'età dei Lumi*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

Minime, ovviamente, le ricadute di tutto questo sugli insegnamenti giuridici. Le prime cattedre settecentesche di *gius pubblico* restano immerse in una indistinta filosofia morale, o vengono confinate nei confini tradizionali della « legge particolare », dello *ius patrium* <sup>(27)</sup>, unica casella nella quale, tra antichi statuti cittadini e nuova legislazione del principe, vengono veicolati, in un crescente rigoglio legislativo, quegli che — soprattutto nel resto di Europa — si definiscono gli ordini di polizia.

Non fanno eccezione, nonostante il titolo, gli *Iuris publici universalis sive juris naturae et gentium theoremata* di Giovanni Maria Lampredi, editi a Livorno tra il 1776 e il 1778, tributari in più punti delle opere di Pufendorf e Wolff. Si tratta di uno dei primi testi nel quale è possibile leggere una definizione del « diritto pubblico speciale » come « il modo in cui una società particolare si governa e la somma potestà si costituisce dal popolo » <sup>(28)</sup>.

Ma non è questo l'oggetto del volume e delle lezioni pisane da cui è scaturito. Non solo la trattazione trascende l'individualità del singolo ordinamento positivo; non solo i teoremi che si elaborano hanno taglio universalistico e sostanza filosofica, mirando a distinguere il giusto dall'ingiusto.

Quello che stenta ad emergere sono proprio i due rami contrapposti dell'ordinamento. Per essere più chiari, qui il problema non è ancora di confini, di identità contrapposte, quanto piuttosto di teoremi fondanti del diritto, di principi di diritto naturale, appunto, cui l'ordine civile deve conformarsi.

Sulla dicotomia continua a prevalere una direttrice discendente, dall'universale allo speciale, dalla filosofia morale al diritto, dal diritto naturale ad un diritto positivo, che è ancora in larga misura diritto comune, a carattere prevalentemente privatistico.

---

<sup>(27)</sup> I. BIROCCHI, *L'insegnamento del diritto pubblico nelle Università italiane nel XVIII secolo*, in *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle)*, a cura di J. Krynen, M. Stolleis, Frankfurt am Main, Klostermann, 2008, p. 54 e ss.

<sup>(28)</sup> G.M. LAMPREDI, *Iuris publici universalis sive juris naturae et gentium theoremata*, tomus I, Liburni, Falurnus, 1776. La citazione è tratta dalla volgarizzazione di Defendente Sacchi, *Diritto pubblico universale*, Milano, Silvestri, 1828<sup>2</sup>, vol. I, *Prolegomeno*, § 8, p. 34.

4. Fughe in avanti, prudenti marce indietro, eclettismo accentuato di linguaggi e di modelli convivono strettamente nello scorcio del secolo.

Sarà il triennio giacobino, aperto dalla trionfale campagna d'Italia di Bonaparte, ad innescare improvvise accelerazioni e a troncare questa insistita mescolanza di vecchio e nuovo.

La lingua politica italiana vive un epocale momento di trasformazione: un momento che un linguista del valore di Erasmo Leso ci ha restituito anni fa in un atlante di rara efficacia <sup>(29)</sup>. Fanno la loro comparsa nuove terminologie elettorali, parlamentari, amministrative, a definire i nuovi luoghi ed i nuovi strumenti del potere: costituzione, assemblee, codici, elezioni. C'è un'esplosione del pubblico, che si lega a nuovi lemmi: istruzione, opinione, spirito. Sta prendendo definitivamente corpo anche in Italia quella sfera pubblica in merito ai pubblici affari che il Settecento ha a lungo inseguito. In particolare, il concetto di costituzione, sin qui sostanzialmente marginale, fa il suo « vero ingresso nel lessico politico italiano », divenendo « una delle parole chiave del nuovo linguaggio rivoluzionario » <sup>(30)</sup>.

Non è il momento dei giuristi: è al contrario un momento di vorticoso alternarsi di politiche costituzionali, di esercizio concreto di potere costituente, da parte di un popolo che, sia pur sotto l'ombrello protettivo della « Costituzione della madre Repubblica francese » <sup>(31)</sup>, si dà finalmente « carattere politico » <sup>(32)</sup> e fa le prime esperienze di instaurazione di un nuovo ordine costituzionale.

---

<sup>(29)</sup> E. LESO, *Lingua e rivoluzione. Ricerche sul vocabolario politico italiano del triennio rivoluzionario 1796-1799*, Venezia, Istituto veneto di scienze, lettere e arti, 1991, spec. p. 281 e ss.

<sup>(30)</sup> L. MANNORI, *Costituzione. Note sulla emersione del concetto nell'Italia del Settecento*, in questo volume.

<sup>(31)</sup> *Progetto di costituzione della Repubblica napoletana presentato al Governo Provvisorio dal Comitato di Legislazione* (aprile 1799), ed. a cura di Federica Morelli e Antonio Trampus, Venezia, Centro Studi Stiffoni, 2008, p. 122.

<sup>(32)</sup> G. COMPAGNONI, *Discorso sui governi provvisori letto nella sessione dei 2 gennaio (1797) del Congresso Cispadano in Reggio*, ora in *Gli Atti del Congresso Cispadano nella città di Reggio: 27 dicembre 1796-9 gennaio 1797*, a cura di Vittorio Fiorini, Roma, Soc. Dante Alighieri, 1897, p. 163. Per una contestualizzazione, L. MANNORI, *Compagnoni, Giuseppe*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, il Mulino, 2013, vol. I, pp. 565-68.

Politiche bene espresse nelle opere più significative di questi anni, gli *Elementi di diritto costituzionale democratico* di Giuseppe Compagnoni<sup>(33)</sup>; il progetto di costituzione napoletana elaborato da Mario Pagano<sup>(34)</sup>.

Al valico del secolo, tra riforme e rivoluzione, il panorama pubblicistico si anima, si complica; si arricchisce del linguaggio costituzionale dei diritti, della divisione dei poteri, della rappresentanza, delle forme di governo<sup>(35)</sup>. Ma i rovesciamenti di fronte sono continui. Le vittorie della seconda coalizione aprono la strada ad una pesante restaurazione. Compagnoni ripara fortunatamente in Francia; Pagano, il 29 ottobre del 1799, muore sul patibolo. Di lì a poco, il 14 giugno del 1800, Marengo dischiude invece la porta, nella penisola, all'ordine napoleonico.

Non c'è dubbio: il napoleonico *terminer la révolution* produrrà assestamenti importanti nel *droit politique*. La costituzione rivoluzionaria è ormai alle spalle. Ci si incammina su sentieri lontani da quelli giacobini. Il *Tout devient droit public* con cui Portalis ha bollato, nello *spirito rivoluzionario*, «le désir exalté de sacrifier

---

(33) G. COMPAGNONI, *Elementi di diritto costituzionale democratico ossia Principi di giuspubblico universale*, Venezia, Giustino Pasquali, 1797, rist. anast. a cura di Italo Mereu, Milano, Spirali, 2008.

(34) *Progetto di costituzione della Repubblica napoletana*, cit., p. 122: «una Costituzione che assicuri la pubblica libertà e che, slanciando lo sguardo nella incertezza de' secoli avvenire, guardi a soffogare i germi della corruzione e del dispotismo, è l'opera la più difficile a cui possa aspirare l'arditezza dell'umano ingegno».

(35) «Ma questo bel nome (di cittadino) risorge ora fra noi accompagnato dagli alti diritti ch'esso annuncia; e la Costituzione che felicemente succede ad un sistema d'imbecille atrocità, lo consacra solennemente per la felicità del popolo di queste contrade. La libertà, l'eguaglianza, la sicurezza delle persone e delle fortune, vengono proclamate in essa stabilmente; e su questi sacri ed eterni fondamenti sorgeranno le auguste leggi che avremo quindinnanzi, le quali concorrendo ognuno di noi a formarle, perché ognuno di noi concorrerà a nominare a legislatori gli uomini degni della nostra fiducia, la sorte nostra assicureranno veracemente; e non avremo più che quelle leggi che i nostri veri bisogni comanderanno; e saranno giuste, e saranno dolci, e saranno tutte fondate sulla nostra libertà, e tenderanno tutte a conservarcela, e a conservarci con essa l'eguaglianza, e la sicurezza delle persone e delle fortune; e se accada giammai che alcuna non regga all'esperimento, non avremo desiderarne per lungo tempo l'emenda» (COMPAGNONI, *Discorso pronunziato il dì 2 maggio 1797 nell'Università di Ferrara all'apertura della nuova cattedra di diritto costituzionale democratico e giuspubblico universale*, in Id., *Elementi*, cit., pp. XXIV-XX).

violemment tous les droits à un but politique » <sup>(36)</sup>, ha lasciato spazio a *la maxime de tous le pays et de tous les temps: au citoyen appartient la propriété, et au souverain l'empire* <sup>(37)</sup>. Le *lois constitutionnelles et politiques* hanno avviato il loro incerto cammino verso il costituzionalismo liberale, ma sono ormai definitivamente attestate a disciplinare i rapporti tra governanti e governati e lo stesso *Code civil* resta — anche per Portalis — « sous la tutelle des lois politiques » <sup>(38)</sup>.

Cambia dunque di segno, ma non si arresta la prepotente emersione del polo pubblicistico, ormai incamminato verso il costituzionalismo liberale. Parimenti, un inedito linguaggio amministrativo soggettivizza organi e separa funzioni, aprendo il campo ad un'altrettanto inedita amministrazione generale dello Stato. Sta definitivamente emergendo un potere amministrativo che i giuristi sinora non hanno ancora qualificato come tale. Già tracciato in alcune scelte di sistema del costituzionalismo rivoluzionario, quel potere è ormai perfettamente visibile nei grandi manifesti normativi napoleonici, a partire dalla celebre legge del 28 piovoso anno VIII.

Anche di questa emersione, il Regno d'Italia sarà un laboratorio importante, per molti aspetti legato alla figura di Gian Domenico Romagnosi, uno straordinario poligrafo di transizione, dagli interessi enciclopedici, che spazia dal diritto penale, al diritto pubblico universale — ultima propaggine dell'indirizzo settecentesco di diritto naturale —, per lambire però, ormai a ridosso della Restaurazione, terreni nuovi come quelli della progettazione costituzionale e del diritto amministrativo, sondando nuove classificazioni ed articolazioni del diritto pubblico tra giusnaturalismo settecentesco e costituzionalismo liberale <sup>(39)</sup>. Un vero giurista della Restaurazione <sup>(40)</sup>, che ricuce e ricomponere eredità settecentesche, lasciati

<sup>(36)</sup> J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Paris, Confluences, 1999, p. 15.

<sup>(37)</sup> Ivi, p. 73.

<sup>(38)</sup> Ivi, p. 25.

<sup>(39)</sup> L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, I, *Il progetto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1984, spec. p. 29 e ss.

<sup>(40)</sup> L. LACCHE', *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in «Quaderni fiorentini», XXXIX (2010), pp. 186-95.

rivoluzionari e quelle prepotenti esigenze di moderazione che il ritorno degli antichi sovrani inevitabilmente porta con sé.

In particolare, le sue *Instituzioni di diritto amministrativo*, edite nel 1814 — opera nata da montaggi editoriali complessi ed ancora momento di trapasso tra lessici divergenti —, già isolano però, sin dal titolo — sul quale può vantare anche rispetto alla Francia, una sicura primogenitura — una nuova identità giuridica, costruendo un primo abbozzo sia di un soggetto istituzionale a cui si dà un nuovo nome — l'amministrazione pubblica, contraddistinta da una propria specifica struttura organizzativa —, sia di una nuova attività — « le azioni interessanti tutta una società politica, eseguite per autorità sovrana o propria o delegata sopra le materie appartenenti ed interessanti tutto il corpo politico o la sovranità medesima » <sup>(41)</sup> —: soggetto ed attività che pretendono e richiedono distinzione ed autonomia rispetto a legislazione e giurisdizione.

Si dischiudono problemi nuovi di competenza, di riparto, di confini, appunto, problemi enfaticizzati e complicati dalla scelta del modello del contenzioso amministrativo che poggia sulla sottrazione dell'amministrazione al sindacato giudiziario.

Ma, soprattutto, inizia a delinearsi, per usare un termine caro alla pubblicistica tedesca, un nuovo solido *Träger der Souveränität*; un pilastro pubblicistico destinato a consolidarsi, a rafforzarsi, ad ingrandirsi per tutto il corso del XIX e di buona parte del XX secolo.

5. La grande dicotomia non vive però soltanto di una crescente visibilità del polo pubblicistico, definitivamente emerso nel passaggio irreversibile tra la società di corpi e l'ordine individuale del diritto. Nei suoi esiti più intransigenti, la strada del *droit politique* neppure conduce alla grande dicotomia, conduce al contrario alla assoluta preponderanza del pubblico, alla sovranità assoluta di Rousseau, alla identità — e non alla distinzione — tra governo e popolo. « La città rousseauviana — ha scritto Pietro Costa

---

<sup>(41)</sup> G.D. ROMAGNOSI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Cesare Orena nella Stamperia Malatesta, 1814, § 1, p. 1 (citiamo dalla ristampa anastatica a cura di Ettore Rotelli, *Romagnosi 1814 « Instituzioni di diritto amministrativo »*, Bologna, il Mulino, 2014, p. 211).

in una densa pagina di sintesi — è assolutamente incompatibile con quella rappresentazione dicotomica dell'ordine socio-politico che si era fatta strada in Inghilterra e in Francia nel corso del Settecento: un ordine delle proprietà [...] che il sovrano conferma e rafforza ». Sono proprio « gli interessi individuali », per Rousseau, a minacciare « l'integrità della città ideale » (42).

La grande dicotomia, al contrario, è sospinta proprio dall'onda lunga della proprietà e della libertà, dall'onda lunga del progressivo riconoscimento dell'autonomia e dell'indipendenza del soggetto individuale; è sospinta dalla pretesa della società civile di distinguersi e separarsi da quello Stato (43) che ora si vuol costruire secondo « le leggi della libertà » (44).

Trova una sedimentazione normativa nelle grandi dichiarazioni, a partire dall'art. 17 della *Déclaration* del 26 agosto 1789, e soprattutto nel compiersi della codificazione civile, secondo i due modelli, il *Code civil* del 1804 e l'ABGB austriaco del 1811, che appartengono al diritto vigente dell'Italia di questi anni; l'Italia napoleonica prima; il Lombardo-Veneto poi (45), mentre in Prussia l'*Allgemeines Landrecht*, nel 1794, ancora coniuga e mescola pubblico e privato. Quella codificazione, sin dall'inizio, avvertita come statuto immodificabile dei diritti civili e come principale fondamento normativo dell'ordine costituzionale dei privati (46).

---

(42) P. COSTA, Civitas. *Storia della cittadinanza in Europa*, vol. I, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 538.

(43) In questo senso già la lucida indicazione di O. BRUNNER, *Land und Herrschaft*, trad. ital. a cura di Pierangelo Schiera, *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell' Austria medievale*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 174: « la consueta distinzione di diritto pubblico e privato acquista un senso preciso solo sul presupposto del moderno concetto di sovranità e della società civile, in quanto contrapposta allo Stato sovrano ».

(44) I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, 1797, in ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di Norberto Bobbio, Luigi Firpo, Vittorio Mathieu, trad. it. di Gioele Solari e Giovanni Vidari, Torino, Utet, 1965<sup>2</sup>, p. 505.

(45) R. FERRANTE, *Il problema della codificazione*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 277-78.

(46) L. LACCHÈ, *Il costituzionalismo liberale*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, cit., p. 296.

Trova infine le sue prime sedimentazioni teoriche negli alferi delle garanzie del mio e del tuo, da Kant a Portalis, a Constant <sup>(47)</sup>.

Sarà proprio Kant ad offrire, nel 1797, nei *Principi metafisici della dottrina del diritto*, dignità teoretica alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato; a utilizzare la distinzione come base sistematica della trattazione. Il suo celebre *postulato del diritto pubblico* <sup>(48)</sup> scolpisce il dovere morale di uscire dallo stato di natura per entrare in uno stato giuridico che sani le imperfezioni e le provvisorietà del primo, e sancisca definitivamente la garanzia del « mio e del tuo per mezzo di leggi pubbliche » <sup>(49)</sup>.

Saranno però soprattutto le pagine celeberrime del *System* di Federico Carlo di Savigny (un personaggio — si pensi a Baudi di Vesme o a Federigo Sclopis — che ha un immediato successo italiano <sup>(50)</sup>), ad elementarizzare tutto questo, nel 1840, per i giuristi continentali, riprendendo il filo degli antichi lemmi ulpiane, ma infondendovi i contenuti modernissimi dell'autonomia del soggetto individuale e gettando così le basi fondanti della grande dicotomia. Un *Sistema* — non per niente — *del diritto romano attuale* <sup>(51)</sup>.

Scriva Savigny: « se passiamo in rassegna l'intero diritto, distingueremo in esso due rami (*zwei Gebiete*): lo *Staatsrecht* (che

<sup>(47)</sup> B. CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*, Paris, Eymery, 1815, pp. 17-18: « L'universalité des citoyens est le souverain [...] Mais il ne s'en suit pas que l'universalité des citoyens [...] puissent disposer souverainement de l'existence des individus. Il y a au contraire une partie de l'existence humaine, qui, de nécessité, reste individuelle et indépendante, et qui est de droit hors de toute compétence sociale. La souveraineté n'existe que d'une manière limitée et relative. Au point où commence l'indépendance de l'existence individuelle, s'arrête la juridiction de cette souveraineté ». « Rousseau a méconnu cette vérité, et son erreur a fait de son contrat social, si souvent invoqué en faveur de la liberté, le plus terrible auxiliaire de tous les genres de despotisme ».

<sup>(48)</sup> KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 493.

<sup>(49)</sup> Ivi, p. 422.

<sup>(50)</sup> L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte: cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'Unità*, Roma, Carucci, 1984; ID., *Italianische Reise: Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma, Viella, 2000.

<sup>(51)</sup> Un titolo che programmaticamente suggeriva « l'esistenza di un autentico corto circuito fra passato e presente, fra soggettività degli antichi e individualismo dei moderni » (A. SCHIAVONE, Ius. *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005, p. 17).

Vittorio Scialoja, nel 1886, ancora traduce come *diritto politico*) e il diritto privato. Il primo ha per oggetto lo Stato ossia l'organica manifestazione del popolo; il secondo l'insieme dei rapporti giuridici, in cui ciascun individuo esplica la propria sua vita, dandole un particolare carattere »<sup>(52)</sup>.

Il BGB è ancora di là da venire; lo sono pure la scientificizzazione del diritto pubblico, la presa di distanza dalle scienze sociali, il metodo giuridico, la redazione di parti generali specificamente pubblicistiche, in grado d'incrinare quel primato romanistico-pandettistico, quasi inattaccabile per buona parte del XIX secolo.

La forma mentis del giurista continentale, a questo punto, può però iniziare a ritenere che i due rami del diritto, quei due territori così ben distinti da Savigny, appartengano ormai ad una bipartizione a priori del diritto — costituiscano le due facce della luna giuridica —; i due rami lungo i quali possono scorrere ed essere saldamente incanalate le più diverse contingenze.

Sarà il secondo Ottocento il momento della massima purezza della dicotomia. Il momento della massima compattezza delle due sfere. Il momento della massima nettezza dei confini. Lo Stato è comando, autorità; è unità rigida. Tanto rigida, che la costruzione al suo interno di diritti pubblici soggettivi non potrà che imboccare sentieri accidentati e problematici. Al polo opposto, dominano invece incontrastati la signoria della volontà, il diritto soggettivo, il contratto<sup>(53)</sup>.

Purezza, compattezza, semplicità tuttavia durano poco. Incombono le pesanti trasformazioni, che tanto impressionavano il Georges Ripert che citavo all'inizio.

Per tutto il corso del Novecento (da Kelsen a Duguit, sino a Gurvitch) la grande dicotomia sarà investita da un pesante fuoco di fila di decostruzione teorica. Crescono a dismisura le zone grigie, le terre di nessuno. Spunta il *tertium genus* del *droit social*. Si avvia la

<sup>(52)</sup> *Sistema del diritto romano attuale*, trad. ital. di Vittorio Scialoja, Torino, Ute, 1886, volume primo, § 9, p. 49.

<sup>(53)</sup> Su questi universi irriducibili, emblematica la riflessione di Federico Cammeo. Ho cercato di ricostruirla in *Le Pandette e il diritto amministrativo. Privato e pubblico nell'itinerario giuridico di Federico Cammeo*, in « Quaderni fiorentini », XXII (1993), pp. 205-277.

frammentazione disciplinare che rimescola continuamente le carte. Si intrecciano tumultuosamente privatizzazioni del pubblico e pubblicizzazioni del privato. Si fa strada, a innescare nuove trasversalità, una inedita indivisibilità dei diritti.

La grande dicotomia, così faticosamente creata, sta diventando ormai un confine di facile trapasso <sup>(54)</sup>.

---

<sup>(54)</sup> Al punto da spingere il giurista contemporaneo (con radicate e profonde competenze storiografiche) ad interrogarsi sul possibile congedo dal diritto pubblico. Emblematico D. GRIMM, *Das öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, Tübingen, Mohr, 2012, p. 57 e ss.



*Figure dell'esperienza*



ANTONIO CAPPUCCIO

« UNA ALEA LECITA ED ONESTA ».  
I CONTRATTI DIFFERENZIALI TRA EFFETTIVITÀ  
DEL MERCATO E LEGALITÀ NORMATIVA  
NELL'ITALIA LIBERALE

Mai come nella materia che ci occupa, il retto criterio è stato miseramente occupato ed offuscato da pregiudizi, da ignoranza, da leggerezze portanti a conclusioni precipitate, solo scusabili (lo riconosciamo per primi) per la profonda impressione che han potuto produrre disastri finanziari derivanti da disgraziate operazioni di Borsa e maneggi fraudolenti di speculatori senza coscienza [...]

U. NAVARRINI, voce *Contratti di Borsa*, in *Il Digesto Italiano*, vol. VIII, Torino, Ute, 1898-1900.

1. Verso la « realtà delle cose » e i « bisogni pratici »: le leggi 'speciali' del 1874 e 1876 sulla tassazione dei contratti di Borsa. — 2. La difficile ascesa: la prassi degli affari 'sull'alto e il basso'. — 3. Il forzato stallo: l'effettività dei 'giochi di Borsa'. — 4. L'agognato traguardo: la legalità dei contratti differenziali.

1. *Verso la « realtà delle cose » e i « bisogni pratici »: le leggi 'speciali' del 1874 e 1876 sulla tassazione dei contratti di Borsa.*

New York, 1922. Nella sua opulenta villa di Long Island, Jay Gatsby — all'anagrafe James Gatz —, milionario uomo d'affari dal passato misterioso, trascorre in solitudine le lunghe giornate estive. Ogni notte, però, quel luogo di silenzio e di pace apparente si trasforma in un palcoscenico lussureggiante: champagne, orchestre jazz e limousine. Poco distante, in una piccola casa presa in affitto per ottanta dollari al mese, abita Nick Carraway, un giovane operatore di Borsa del Middle West in possesso di una malandata Dodge

e di « a dozen volumes on banking and credit and investment securities », acquistati con la speranza di carpire « the shining secrets that only Midas and Morgan and Maecenas knew ».

Così lontani, così vicini. Sul filo della metafora, Gatsby e Carraway rappresentano altrettanti ‘modelli’ che circolano nella Borsa americana negli anni Venti del Novecento. In pieno proibizionismo, il primo alimenta il proprio ‘impero’ economico tramite spregiudicate speculazioni finanziarie e attività illegali, mentre il secondo insegue il sogno di ricchezza, Wall Street.

Il mondo della finanza, pericolosamente proteso verso il consumismo, resta sempre sullo sfondo delle pagine di *The Great Gatsby*, malgrado ciò il lettore è come investito da continue allusioni ad oggetti, luoghi, abitudini, vizi che ad esso si ricollegano:

Everybody I knew was in the bond business so I supposed it could support one more single man [...]; I knew the other clerks and young bond-salesmen by their first names and lunched with them in dark crowded restaurants on little pig sausages and mashed potatoes and coffee [...]; I was immediately struck by the number of young Englishmen dotted about; all well dressed, all looking a little hungry and all talking in low earnest voices to solid and prosperous Americans. I was sure that they were selling something: bonds or insurance or automobiles. They were, at least, agonizingly aware of the easy money in the vicinity and convinced that it was theirs for a few words in the right key [...] (1).

Non è il primo caso letterario americano in cui viene proposto il (falso) mito della Borsa ‘dispensatrice’ di denaro e successo. L’opera di Francis Scott Fitzgerald, infatti, reinterpreta un *tòpos* presente già in noti lavori di Mark Twain e Frank Norris, che a loro volta si erano ispirati ai romanzi « de mœurs boursières » apparsi Oltralpe nel secolo precedente grazie alle penne di Honoré de Balzac, Hector Malot, Pierre Zaccone, Alexandre Dumas ed Émile Zola (2).

---

(1) F.S. FITZGERALD, *The Great Gatsby*, New York, Charles Scribner’s sons, 1925. Ho utilizzato l’ed. London, Penguin, 2007, p. 35.

(2) Sul tema è specifico C. REFFAIT, *La Bourse dans le roman du second XIX<sup>e</sup> siècle. Discours Romanesque et imaginaire de la spéculation*, Paris, Honoré Champion, 2007. Più in generale, per le intersezioni tra romanzo e denaro, cfr. P. PELLINI, *L’oro e la carta. L’Argent di Zola, la ‘Letteratura finanziaria’ e la logica del naturalismo*, Fasano, Schena, 1996; H. GOMART, *Les opérations financières dans le roman réaliste. Lectures de*

La fortuna di questo genere risiede nella sua realtà: chiunque poteva sentirsi parte degli scenari descritti, far scivolare via lo sguardo dal foglio per catturare immagini, udire suoni, scorgere personaggi appena 'liberati' dalla lettura; soprattutto, illudersi di realizzare per sé la svolta economica e sociale della vita attraverso un semplice investimento borsistico <sup>(3)</sup>.

L'archetipo dello speculatore dissennato, di sovente ritratto alla maniera di un arrivista senza scrupoli, pronto a manipolare le regole del mercato e a gettarsi oltre gli steccati della legalità, nasce quindi nella Francia dell'Ottocento, ma attraversa indenne confini geografici e temporali. Attecchisce velocemente in Germania e Inghilterra, per merito di Thomas Mann, William Makepeace Thackeray, Charles Dickens, Anthony Trollope <sup>(4)</sup>; e indirettamente in Italia, dove tale *cliché* si annida qua e là in opere di più ampio respiro firmate da Giovanni Verga <sup>(5)</sup>, Federico De Roberto <sup>(6)</sup>, Luigi Capuana.

---

*Balzac et de Zola*, Paris, Honoré Champion, 2004; C. BRANCAGLIONI, *Sete di denaro nel teatro 'fin de siècle'*, in *Simbolismo e naturalismo: un confronto*, a cura di S. Cigada, M. Verna, Milano, Vita e Pensiero, 2006, p. 433 e ss.; C. CIANCIO, *Dalla fiducia nei mercanti alla fiducia nei mercati. Leggi e giustizia commerciale nel César Birotteau di Balzac*, in *Diritto di parola. Saggi di Diritto e Letteratura*, a cura di F. Casucci, Napoli, Esi, 2010, pp. 113-142; A. MAZZACANE, *Diritto e romanzo nel secolo della borghesia. Le Colonel Chabert di Honoré de Balzac*, in « Giornale di Storia costituzionale », 28 (2014), II, pp. 187-213; F. SPANDRI, *Romanzo e denaro: alcune riflessioni metodologiche sul caso francese*, in « Krypton », 2 (2014), pp. 24-29; *Letteratura e denaro: ideologie, metafore, rappresentazioni. Atti del XLI Convegno interuniversitario*, Bressanone, 11-14 luglio 2013, a cura di A. Barbieri, E. Gregori, Padova, Esedra, 2014.

<sup>(3)</sup> Nassim Nicholas Taleb riesce a cogliere la continuità storica di un simile atteggiamento, mettendo inoltre a nudo la causalità degli eventi che condizionano il mercato (*Foiled by Randomness. The Hidden Role of Chance in Markets and in Life*, New York, Texere, 2001). Lo stesso autore, poi, si sofferma sull'imprevedibilità di taluni avvenimenti che hanno causato lo « sconvolgimento della storia » della Borsa in *The Black Swan: the impact of the highly improbable*, New York, Random House, 2007. Sulle false certezze che pretendono di regolare i moderni sistemi economici si vedano anche le acute osservazioni di L. NAPOLEONI, *Rogue economics: Capitalism's New Reality*, New York, Seven Stories Press, 2008.

<sup>(4)</sup> Cfr., in proposito, G. SCARPELLI, *La ricchezza delle emozioni. Economia e finanza nei capolavori della letteratura*, Roma, Carocci, 2015, p. 198 e ss.

<sup>(5)</sup> Nella novella *Fra le scene della vita* il giocatore di Borsa incarna l'uomo privo di valori, perciò indegno a pronunciarsi davanti ad una tragedia familiare. « Sino a qual punto erano finte le lagrime del colpevole, lì, sotto gli occhi della moglie e dei figli, la sua

Basti pensare al giovane protagonista di *Rassegnazione*, combattuto tra l'amore per il padre e il risentimento che la sua condotta gli suscita:

Gli affari? Avevo l'esempio di mio padre. Ne avevano assorbito tutta la forza, tutta l'attività, tutto l'ingegno. Era stato forse un uomo libero lui, attanagliato dalle grosse speculazioni, dai grossi appalti, dai giuochi di borsa, sempre agitato dall'ansia di un tracollo e dalla crescente smania di guadagnare sempre più? [...] (7).

Seppur in ritardo rispetto a Francia, Germania e Inghilterra, nell'Italia liberale speculazioni, giochi di Borsa, azioni, effetti pubblici, concetti propri del lessico finanziario, divengono evidentemente familiari al repertorio dell'uomo comune. È uno dei segni che il capitalismo traccia sul corpo della Nazione, in balia di trasformazioni prodotte dall'industrializzazione (8).

Il diritto non sfugge al progresso, e si lancia in proficui ripensamenti dei preesistenti schemi giuridici, specie dopo gli anni

---

tenerezza, il suo orgoglio, le sue vittime, i suoi giudici primi e più inesorabili nel segreto della coscienza? Chi avrebbe potuto dirlo? Voi uomo di banca, che giuocate alla Borsa col sigaro in bocca delle partite di vita o di morte, e di rovina per altri mille che hanno fede soltanto nella vostra bella indifferenza?»: G. VERGA, *Fra le scene della vita*, in ID., *Don Candeloro e C.*, Milano, Treves, 1894. La citazione è tratta dall'edizione, per gli stessi tipi, del 1905, p. 223.

(6) Il potere annihilante del denaro e il culto degli affari finanziari accompagnano alcune figure chiave — donna Ferdinanda su tutte — nella tormentata vicenda degli Uzeda de *I Viceré*. « Tutti i suoi pensieri d'ogni giorno e d'ogni notte furono diretti a tradurre in atto il suo sogno. Appena in possesso di quelle miserabili sessant'onze mensili, ella cominciò a negoziarle, a darle in prestito contro pegno od ipoteca, secondo la solvibilità del debitore, scontando effetti cambiari, facendo anticipazioni sopra valori o sopra merci »: F. DE ROBERTO, *I Viceré*, Milano, Galli, 1894, di cui ho utilizzato l'edizione Roma, Newton, 1995, p. 57.

(7) L. CAPUANA, *Rassegnazione*, Milano, Treves, 1907. Ho consultato l'edizione Roma, Bulzoni, 2000.

(8) Per una lettura del corpo come « luogo di esistenza dei segni » cfr. F. MIGLIORINO, *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008. Si è soffermato sulle « Disparitäten, Brüche und Umwälzungen » che l'Europa ha fatto registrare in questa fase storica L. GALL, *Europa auf dem Weg in die Moderne: 1850-1890*, München-Wien, Oldenbourg, 1984. Una visione d'insieme è invece assicurata dall'ormai 'classico' E.J. HOBBSAWM, *The age of capitalism 1848-1875*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1975.

Settanta dell'Ottocento <sup>(9)</sup>. Nell'alveo del settore giuscommerciale, ad esempio, le questioni più discusse vanno dalle società commerciali alle mutue assicuratrici, passando per i titoli di credito, il fallimento, l'arresto per debiti, i c.d. atti unilateralmente commerciali, il contratto di trasporto, gli affari differenziali <sup>(10)</sup>.

Non siamo dinanzi ad un'unica, breve, stagione feconda; dissodamento, semina e raccolta richiedono tempi ed offrono prodotti differenti. In generale, poi, sulla durata di tale ciclo, e delle sue singole sequenze, incidono numerose variabili: la pervicace resistenza della prassi mercantile <sup>(11)</sup>; i marcati 'condizionamenti' dei

---

<sup>(9)</sup> A tal proposito si leggano le considerazioni di G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 143 e ss. Sulle metamorfosi dei singoli campi del diritto cfr. anche i contributi raccolti in *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, a cura di G. Cazzetta, Bologna, il Mulino, 2013.

<sup>(10)</sup> Sono sempre attuali le pagine di A. PADOA SCHIOPPA, *La genesi del Codice di commercio del 1882*, ora in ID., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, Led, 1992, pp. 157-203. Negli ultimi anni, la storia del diritto commerciale italiano, dall'Unità alla repubblica, ha beneficiato di importanti indagini, che ne hanno messo in luce vitalità e complessità. Tra gli studi più recenti si vedano P. GROSSI, *Itinerarii dell'impresa*, in « Quaderni fiorentini », 28 (1999), II, pp. 999-1038; ID., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, ad ind.; i contributi apparsi in C. ANGELICI, M. CARAVALE, L. MOSCATI, U. PETRONIO, P. SPADA, *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milano, Mondadori, 2008; F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerarii e figure fra Otto e Novecento*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio, F. Macario, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 161-204; ID., *L'impresa*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 438-445; *Tra imprese e istituzioni. 100 anni di Assonime. Le società per azioni*, a cura di A. Padoa Schioppa, P. Marchetti, vol. IV, Roma-Bari, Laterza, 2010; E. GALANTI, R. D'AMBROSIO, A.V. GUCCIONE, *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa. Dall'Unità d'Italia al 2011*, Venezia, Marsilio, 2012; i saggi raccolti in « *Afferrare... l'inafferrabile* ». *I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Otto e Novecento*, a cura di A. Sciumè, E. Fusar Poli, Milano, Giuffrè, 2013; A. MONTI, *Scienza giuridica e società di capitali nel primo Novecento italiano, tra realtà nazionale e suggestioni straniere. Spunti di ricerca*, in « *Italian Review of Legal History* », 1 (2015), pp. 1-17.

<sup>(11)</sup> Sul ruolo fondativo di tali pratiche, anche dopo l'avvio della codificazione, si veda A. PADOA SCHIOPPA, *Sulle fonti del diritto dell'economia in prospettiva storica*, in *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, a cura di L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, Egea, 2010, pp. 789-802.

sistemi degli altri paesi europei <sup>(12)</sup>; le spinte centrifughe di dottrina e giurisprudenza <sup>(13)</sup>; i contributi ‘tecnici’ di procuratori, avvocati, operatori finanziari, Camere di commercio <sup>(14)</sup>; le parziali strategie degli istituti di credito <sup>(15)</sup>; l’avvicendamento al potere tra Destra e Sinistra storica <sup>(16)</sup>; gli echi della pubblica opinione <sup>(17)</sup>.

In questo orizzonte, animato dalla tensione tra libertà individuale in sede contrattuale e superiori interessi collettivi <sup>(18)</sup>, si

<sup>(12)</sup> Cfr. J.W. FLUME, *Law and Commerce. The evolution of Codified Business Law in Europe*, in « Comparative Legal History », 2 (2014), pp. 45-83; A. MONTI, *La circulation de la pensée juridique dans le domaine du droit commercial (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, in *Le droit comparé au XXI<sup>e</sup> siècle. Enjeux et défis*, a cura di B. Fauvarque-Cosson, Paris, Société de législation comparée, 2015, pp. 139-150.

<sup>(13)</sup> Per questi aspetti si vedano GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 51 e ss.; PADOA SCHIOPPA, *Sulle fonti del diritto dell'economia*, cit., p. 796 e ss.; *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, a cura di G. Chiodi, Milano, Giuffrè, 2009, p. XII e ss.; i saggi ospitati nel volume dedicato a *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento* dei « Quaderni fiorentini », 40 (2011), segnatamente P. COSTA, *Pagina introduttiva. Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento* (pp. 1-17), M. MECCARELLI, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento* (pp. 721-745), A. SPINOSA, « *L'economia dei Codici moderni* ». *Legislazione e giurisprudenza nella dottrina italiana dell'Ottocento* (pp. 747-780), G. CAZZETTA, *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano* (pp. 781-812).

<sup>(14)</sup> Cfr. A. CANTAGALLI, *Avvocati, banche e imprese 1890-1940*, Bologna, il Mulino, 2010.

<sup>(15)</sup> Sul punto v. *Gli Istituti di emissione in Italia: i tentativi di unificazione 1843-1892*, a cura di R. De Mattia, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 6 e ss.; S. BAIA CURIONI, *Regolazione e competizione. Storia del mercato azionario in Italia (1808-1938)*, Bologna, il Mulino, 1995; N. COLAJANNI, *Storia della banca in Italia da Cavour a Ciampi*, Roma, Newton Compton, 1995, p. 9 e ss.; GALANTI, D'AMBROSIO, GUCCIONE, *Storia della legislazione bancaria*, cit., p. 3 e ss.

<sup>(16)</sup> Per l'analisi della situazione politico-istituzionale in questa fase di passaggio cfr. P. POMBENI, *La rappresentanza politica*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, a cura di R. Romanelli, Roma, Donzelli, 1995, pp. 73-124; I. PELLICCIARI, *Tra decidere e rappresentare: la rappresentanza politica dal XIX*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004.

<sup>(17)</sup> All'opinione pubblica è dedicato il numero monografico *Opinione pubblica. Storia, politica, costituzione dal XVII al XX secolo* del « Giornale di storia costituzionale », 6 (2003).

<sup>(18)</sup> « Tra otto e novecento la libertà individuale è sancita e tutelata nei codici civili e commerciali e da essa si trae il principio della conseguente libertà economica e commerciale, riconoscendo tuttavia che la legge per ragioni di pubblico interesse può

inserirono le leggi 14 giugno 1874 n. 1971 e 13 settembre 1876 n. 3326, ambedue sulla tassazione dei contratti di Borsa « anche quando abbiano per oggetto il solo pagamento delle differenze ». Il governo varò così la prima opera di riassetto normativo e fiscale del fenomeno speculativo in Borsa,

spinto dalle vive insistenze e dai voti di chi poteva in special modo essere interessato ad una razionale e tranquilla norma legislativa in proposito, che troncasse le oscillazioni della giurisprudenza e ad ogni modo s'informasse veramente alla realtà delle cose e ai bisogni pratici [...] <sup>(19)</sup>.

Nondimeno, misura e incidenza dell'azione elaborata da Marco Minghetti, e ripresa da Agostino Depretis, possono essere opportunamente afferrate soltanto se comparate all'esperienza francese pre e post napoleonica. Ben si comprende perché: la storia dei mercati borsistici degli Stati restaurati e del Paese appena unito si lega quasi cromosomicamente a quella transalpina <sup>(20)</sup>.

## 2. *La difficile ascesa: la prassi degli affari 'sull'alto e il basso'*

Come è stato dimostrato da recenti contributi, la Francia iniziò a confrontarsi con il problema giuridico della qualificazione-disciplinamento delle negoziazioni di Borsa durante i regni di Luigi XIV e Luigi XV <sup>(21)</sup>. In un contesto politico ed economico scosso

---

derogare a questo « canone fondamentale del nostro diritto ». Tra le possibili 'deroghe' Vidari, per esempio, nel 1882 (vigente il codice di commercio del 1865) annovera le operazioni finanziarie aventi ad oggetto la rendita pubblica, che potevano essere compiute solo dagli agenti di cambio accreditati e l'impiego dei fanciulli nelle fabbriche, che occorreva disciplinare»: A. MONTI, *La concorrenza sleale e gli esordi del diritto industriale nell'Italia liberale: verso una teoria generale della concorrenza?*, in « *Afferrare... l'inafferrabile* », cit., p. 128.

<sup>(19)</sup> U. NAVARRINI, voce *Contratti di Borsa*, in *Il Digesto Italiano*, vol. VIII, Torino, Utet, 1898-1900, p. 133.

<sup>(20)</sup> Si tratta di un legame molto profondo, che per tale ragione si pone su un piano parallelo rispetto alle ormai note ascendenze del modello codificatore e teorico-giurisprudenziale nostrano. Sull'influenza del *Code civil* in Italia è tornato di recente CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., *passim*.

<sup>(21)</sup> Per un più approfondito esame delle questioni giuridiche ed economiche attinenti alle speculazioni di Borsa nella Francia del Sette e Ottocento cfr. N. HISSUNG-CONVERT, *La spéculation boursière face au droit: 1799-1914*, Paris, L.G.D.J., 2009. Mi sia

dalla guerra della Lega d'Augusta e dal fallimento del sistema di Law <sup>(22)</sup>, gli affari differenziali attirarono infatti l'ostracismo istituzionale e la diffidenza sociale <sup>(23)</sup>. Era imprudente accettare che agenti di cambio <sup>(24)</sup> stipulassero compravendite di effetti pubblici <sup>(25)</sup> o merci senza esserne realmente in possesso. D'altro canto, si trattava di un costume assai diffuso <sup>(26)</sup>, in base al quale compra-

---

qui permesso rinviare anche al mio saggio « *La cupidité à poursuivre des gains immodérés et suspects* »: *le jeu de Bourse*, in *Jeux, sports et loisirs en France à l'époque moderne (16<sup>e</sup>-19<sup>e</sup> siècles)*, a cura di E. Belmas, L. Turcot, Rennes, PUR, 2016, in corso di pubblicazione.

<sup>(22)</sup> Tra gli studi dedicati a questa controversa figura e al suo progetto finanziario cfr., almeno, A.E. MURPHY, *John Law. Économiste et home d'État*, Bruxelles, Peter Lang, 2007, nonché, da ultimo, S. PARINI VINCENTI, *Mercato vs diritto: il caso John Law, financier or gambler?*, in « *Rivista di Storia del Diritto Italiano* », LXXXVIII (2015), pp. 203-226.

<sup>(23)</sup> Del medesimo avviso è F.A. GORIA, *Alle radici dei "contratti differenziali": l'evoluzione degli strumenti giuridici in ambito finanziario a partire dal caso francese (secc. XVIII-XIX)*, in *Regolare l'economia: il difficile equilibrio fra diritto e mercato dall'antica Roma alle odierne piazze finanziarie*, a cura di F.A. Goria, P. Rossi, Novara, RES, 2014, pp. 80-81.

<sup>(24)</sup> Per un primo approccio a funzione, ruolo e obblighi dell'agente di cambio nel XIX secolo cfr. J.M. DUFOUR, *Le parfait négociant ou code du commerce*, t. I, Paris, Collin, 1808, p. 87; J.M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, vol. I, Paris, Plon, 1856<sup>6</sup>, p. 139; A. BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial*, Paris, Ernest Thorin, 1876, p. 419; E. VIDAL, voce *Agents de change*, in *Dictionnaire du commerce de l'industrie et de la banque*, a cura di Y. Guyot, A. Raffalovich, t. I, Paris, Guillaumin, 1901, p. 94. Per il XVIII secolo, invece, si veda J.N. GUYOT, voce *Agents de change*, in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, t. I, Paris, Dorez, 1775, p. 503.

<sup>(25)</sup> « Ces valeurs sont appelées des effets publics: un grand nombre d'entre elle, étant émises par des Etats ou par de villes, ont bien un caractère public; d'autres sont émises par de grandes compagnies financières et ne présentent plus ce caractère public »: BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial*, cit., p. 394.

<sup>(26)</sup> Nonostante le casse reali fossero state svuotate dai costi delle imprese belliche, vi sono tracce di speculazioni « fictifs » operate da soggetti noti come *coullissiers*, che riunendosi in *rue Quincampoix* concludevano 'discutibili' transazioni sugli effetti pubblici senza essere in possesso dei relativi titoli. Lo ricorda R.T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. Du Dépôt et du séquestre, et des contrats aléatoires, commentaires des titres XI et XII, livre III du Code civil*, Paris, Hingray, 1845, p. 288. Nel *Répertoire* curato da Joseph-Nicolas Guyot si legge di una decisione che ebbe per protagonista addirittura un Controllore generale delle finanze francesi, il già citato scozzese John Law barone di Lauriston, condannato al pagamento

tori e venditori pattuivano in anticipo di non dare integrale esecuzione all'accordo, bensì limitarne l'oggetto alla sola liquidazione delle differenze tra il prezzo convenuto e quello effettivamente registrato nel giorno stabilito (27).

L'accusa di concorrere all'indebolimento della finanza pubblica attraverso l'artificiosa esposizione dei titoli di Stato continuò quindi ad aleggiare vorticosamente su tali pratiche anche nei decenni successivi (28). E a nulla servì rivendicare la loro appartenenza alla categoria dei *marchés à terme* (29). Lo attesta il preambolo di un *arrêt* del Consiglio del re datato 7 agosto 1785:

---

della somma di trenta mila lire in favore del maresciallo Victor-Marie d'Estrées per aver perso una scommessa « au sujet du cours que pourroit avoir dans cette année — 1720 —, le change avec Londres & Amsterdam »: J.N. GUYOT, voce *Gageure*, in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, t. XXVI, Paris, Panckoucke, 1779, p. 455. In generale, sull'assetto del sistema economico francese in questa delicata fase di transizione cfr. P. MURET, *La prépondérance anglaise (1715-1763)*, in *Peuples et civilisations*, a cura di L. Halphen, P. Sagnac, Paris, Presses Universitaires de France, 1949<sup>3</sup>, p. 121 e ss.; *Inseparabili: lo Stato, il mercato e l'ombra di Colbert*, a cura di D. Felsini, Soveria Mannelli, Rubettino, 2010; M.-L. LEGAY, *La banqueroute de l'état royal. La gestion des finances publiques de Colbert à la Révolution française*, Paris, EHESS, 2011, p. 54 e ss.; ID., *Histoire de l'argent à l'époque moderne. De la Renaissance à la Révolution*, Paris, Armand Colin, 2014. Approfondimenti preziosi si leggono nell'ormai classico F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme (XV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle). I, Les structures du quotidien: le possible et l'impossible*, Paris, Armand Colin, 1979.

(27) Cfr. C. ROMÉY, *Les opérations de Bourse*, in *Le marché financier français au XIX<sup>e</sup> siècle (volume 1. Récit)*, a cura di P.-C. Hautcœur, Paris, Publications de la Sorbonne, 2007, p. 139.

(28) Sempre attuale lo studio di C.P. KINDLEBERGER, *Manias, panics and crashes: a history of financial crises*, New Jersey, Wiley, 2005<sup>3</sup>, p. 59 e ss.

(29) In proposito, bisogna ricordare che a metà Settecento, all'interno delle Borse, si era ormai consolidata la distinzione tra due tipologie di compravendita: 'au comptant' e 'à terme'. La prima si perfezionava con la consegna del titolo dietro il contestuale pagamento di un prezzo, la seconda invece era caratterizzata da un differimento degli obblighi contrattuali. Quest'ultima, poi, si articolava ulteriormente in 'marchés libres' (o 'à prime') e 'fermes', a seconda che le parti si riservassero o meno — versando appunto un premio — la facoltà di rinegoziare l'accordo alla scadenza, modificando ad esempio l'ammontare dei titoli da trasferire o liberandosi anticipatamente dal vincolo. Si vedano P.J. PROUDHON, *Manuel du spéculateur à la Bourse*, Paris, Garnier Frères, 1857<sup>5</sup>, p. 80; M.G. MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. III, Paris, Guillaumin, 1862<sup>2</sup>, p. 373; BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial*, cit., p. 405.

Le roi est informé que, depuis quelque temps, il s'est introduit dans la capitale un genre de marchés ou de compromis, aussi dangereux pour les vendeurs que pour les acheteurs, par lesquels l'un s'engagea fournir, à des termes éloignés, des effets qu'il n'a pas, et l'autre se soumet à les payer sans en avoir les fonds, avec réserve de pouvoir exiger la livraison avant l'échéance, moyennant l'escompte: que ces engagements qui, dépourvus de cause et de réalité n'ont, suivant la loi, aucune valeur, occasionnent une infinité de manœuvres insidieuses, tendant à dénaturer momentanément le cours des effets publics, à donner aux uns une valeur exagérée et à faire des autres un emploi capable de les décrier, qu'il en résulte un agiotage désordonné, que tout sage négociant réprouve, qui met au hasard les fortunes de ceux qui ont l'imprudence de s'y livrer, détourne les capitaux de placements plus solides et plus favorables à l'industrie nationale, excite la cupidité à poursuivre des gains immodérés et suspects, substitue un trafic illicite aux négociations permises, et pourrait compromettre le crédit dont la place de Paris jouit à si juste titre dans le reste de l'Europe <sup>(30)</sup>.

Per reazione, in un breve torno d'anni, gli affari differenziali vennero comunemente — ma ancora non giuridicamente — etichettati con la maliziosa e provocatoria locuzione di '*jeux de Bourse*' <sup>(31)</sup>; per poi essere trasfigurati addirittura, a seguito dell'entrata in vigore del *Code pénal* del 1810, in scommesse illecite, « *paris sur la hausse*

---

<sup>(30)</sup> Il testo integrale dell'*arrêt* in questione, sollecitato dal ministro Charles-Alexandre de Calonne, si può leggere in F.A. ISAMBERT-DECRUSY, A.H. TAILLANDER, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, t. XXVIII, Paris, Belin-Leprieur, 1830, p. 71.

<sup>(31)</sup> La loro incontestabile natura aleatoria fu enfatizzata, peraltro, da Jean-Étienne Marie Portalis in occasione dell'esposizione del titolo sui contratti aleatori del progetto di Codice civile davanti al *Corps législatif*: « le jeu dégénère-t-il en spéculation de commerce: nous retombons dans la première hypothèse que nous avons posée; car, dès lors, si les obligations et les promesses présentent une intérêt assez grave pour alimenter une action en justice, elles offrent une cause trop vicieuse pour motiver et légitimer cette action. Il est des choses qui, quoique licites par elles-mêmes, sont prosrites par la considération des abus et des dangers qu'elles peuvent entraîner; conséquemment, si le jeu, sous le point de vue que nous l'envisageons, n'était pas déjà réputé mauvais par sa nature, il faudrait encore le réprouver par rapport à ses suites. Quelle faveur peuvent obtenir auprès des lois les obligations et les promesses que le jeu produit, que la raison condamne, et que l'équité désavoue? »: P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Paris, Videcoq, 1827, pp. 539-540. La prima parte dell'intervento di Portalis è citato anche da GORIA, *Alle radici dei "contratti differenziali"*, cit., p. 111. In generale, sulla possibilità di assumere il gioco a paradigma esplicativo del fenomeno giuridico si veda M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, Presse Universitaire de France, 1992, p. 113 e ss.

ou la baisse des effets publics »<sup>(32)</sup>. D'altronde, conferendo dignità penale a quei comportamenti che alteravano le dinamiche del mercato, lo Stato non si curava soltanto dei diritti dei cittadini, ma anche dell'erario<sup>(33)</sup>.

Dai lavori preparatori del Codice civile a quello penale, passando — quasi in sordina — attraverso il Codice di commercio del 1807<sup>(34)</sup>, sembra che il legislatore francese abbia comunque stentato

(32) Nel capitolo intitolato *Crimes et délits contre les propriétés* del progetto di Codice penale, presentato al Consiglio di Stato il 26 novembre 1808, trova significativamente posto il reato di « *Paris sur la hausse ou la baisse des denrées, marchandises, ou des effets négociable* » (cfr. il testo del progetto di Codice penale in J.G. LOCÉ, *La législation civile, commerciale, et criminelle de la France*, t. XXXI, Paris, Treuttel et Würtz, p. 42). Il fenomeno speculativo aveva assunto ormai proporzioni macroscopiche, tali da indurre il legislatore a rimeditare sulla liceità degli affari differenziali: « *Tous les paris qui auraient été faits sur la hausse ou la baisse des denrées, marchandises, ou des effets négociables, de quelque nature qu'ils soient, sont les délits, et seront punis des peines portées par l'art. 358: il le seront de celles portées par l'art. 359, s'ils ont été faits sur la hausse ou la baisse des grains, grenailles, farines, substances farineuses, pain, vin ou toute autre boisson* » (art. 360). L'articolo 361 precisava, poi, che per scommesse di tale specie si intendevano le compravendite 'allo scoperto' dei beni indicati, quindi non semplicemente dei titoli garantiti dallo Stato. Così, in occasione dei lavori per l'approvazione del progetto, l'estensione del divieto a « *denrées, marchandises* » attirò la ferma opposizione di una parte del Consiglio (Jacques-François Bégouen, Louis Joseph Faure e Pierre Florent Louvet). Fortunatamente per la circolazione delle merci, i loro accorati appelli finirono per convincere gli altri consiglieri. Con 237 voti favorevoli e 21 contrari, fu approvata la seguente stesura definitiva degli articoli 421 e 422: « *Les paris qui auront été faits sur la hausse ou la baisse des effets publics seront punis des peines portées par l'article 419* »; « *Sera réputée pari de ce genre, toute convention de vendre ou de livrer des effets publics qui ne seront pas prouvés par le vendeur avoir existé à sa disposition au temps de la convention, ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison* ». Per gli interventi in fase di discussione del progetto si rinvia a LOCÉ, *La législation civile, commerciale, et criminelle*, cit., pp. 17, 42. Cfr. altresì HISSUNG-CONVERT, *La spéculation boursière*, cit., p. 53 e ss.

(33) R. FERRANTE, *Il diritto penale dell'economia nell'età dei codici. Dall'illuminismo giuridico ai "nuovi reati"*, in R. BRECCIA, R. FERRANTE, M. FORTUNATI, R. SAVELLI, L. SINISI, *Itinerari in comune. Ricerche di storia del diritto per Vito Piergiovanni*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 75.

(34) Il *Code de commerce* non si occupa direttamente degli affari differenziali. Nel titolo rubricato *Des Bourses de commerce, agents de change et courtiers*, l'articolo 71 si limita a definire la Borsa, mentre il successivo precisa che « *le résultat des négociations et des transactions qui s'opèrent, détermine le cours du change, des marchandises, des assurances, du fret ou nolis, du prix des transports par terre ou par eau, des effets publics*

ad individuare il baricentro concettuale della materia, procedendo per tentativi anziché secondo un ponderato disegno regolatore. La conferma giunge da più fronti: Josep Pous Pagès, alla voce *Bourse* curata per l'*Encyclopédie moderne*, ricordava come nel 1824 gli interventi della polizia contro gruppi di speculatori fossero all'ordine del giorno <sup>(35)</sup>; la Camera dei deputati, nella seduta del 27 gennaio 1826, si trovava a discutere, ed appoggiare, una petizione presentata da Jourdain Ribouveau « tendait à provoquer des mesures répressives contre les marchés à terme » <sup>(36)</sup>; infine, la magistratura — sminuendo il tenore letterale degli articoli 421 e 422 del *Code pénal* — si domandava ostinatamente se esistessero affari differenziali (quindi 'fittizi', 'a vuoto', 'allo scoperto') non perseguibili, e sotto quali disposizioni privatistiche o giuscommercialistiche essi andassero eventualmente ricondotti <sup>(37)</sup>.

Sofferamoci su quest'ultima 'testimonianza', onde non incorrere in insidiosi fraintendimenti. Nell'economia delle decisioni consultate, i dubbi appena richiamati non celavano forme di velata

---

et autres dont le cours est susceptible d'être coté » (art. 72). Vengono, inoltre, autorizzati a compiere atti di commercio sia i sensali che gli agenti di cambio (art. 74), ma soltanto questi ultimi « ont le droit de faire les négociations des effets publics » (art. 76). Entrato in vigore a gennaio del 1808 — anno in cui viene anche posata la prima pietra del palazzo Brongniart dove trovano sede sia la Borsa che il Tribunale di commercio —, il Codice di commercio tace sulle diverse tipologie di transazioni di Borsa e sui meccanismi che sovrintendevano alla loro formazione. Il silenzio, però, non è casuale, anzi l'articolo 90 rinvia per la disciplina « relatif a la négociation et transmission de propriété des effets publics » a regolamenti da definirsi in un momento successivo. Ciò, almeno a mio avviso, trova spiegazione nel timore che scelte frettolose alterassero il già precario equilibrio delle rendite statali. Una preoccupazione che era stata portata in scena da Jacques Claude Beugnot e Jean-Baptiste Treilhard davanti al Consiglio di Stato, riunito per l'esame del progetto di Codice di commercio. Sul punto mi sia permesso rinviare ancora al mio saggio « *La cupidité à poursuivre des gains immodérés et suspects* », cit.

<sup>(35)</sup> J.P. PAGÈS, voce *Bourse*, in *l'Encyclopédie moderne ou dictionnaire abrégé des sciences, des lettres, des arts*, a cura di E.-M. Courtin, Paris, Au bureau de l'Encyclopédie, 1824, p. 584 e ss. L'interesse di Eustache-Marie Courtin verso alcuni argomenti di chiara impronta giuridica, nonostante l'opera si rivolgesse al grande pubblico, si spiega con la sua formazione professionale: egli infatti era stato magistrato e poi avvocato.

<sup>(36)</sup> L'intera discussione parlamentare può leggersi in H. METTETAL, *Le jeux de Bourse et la législation*, Paris, Dentu, 1882, p. 41 e ss.

<sup>(37)</sup> Cfr. HISSUNG-CONVERT, *La spéculation boursière*, cit., p. 130 e ss.

resistenza. Al contrario, essi davano voce al turbamento per l'insuccesso della 'campagna' repressiva condotta contro gli affaristi. Interrogarsi sui limiti applicativi delle regole penali, equivaleva a mettere in guardia la società dal rischio di deriva che avrebbe corso il tesoro pubblico in caso di tutela delle scommesse. Quel tesoro già parzialmente aggredito dai violenti ribassi delle rendite dovuti alle sconfitte militari in Spagna e al fallimento della politica di sostegno architettata dalla *Caisse d'amortissement* <sup>(38)</sup>. È per questo motivo che nelle aule di giustizia, agli inizi degli anni Venti, viene accolta la tesi della c.d. '*exception de jeu*', un compromesso tra effettività del mercato e interessi pubblici. Applicando l'art. 1965 del *Code civil* su « une dette du jeu ou le paiement d'un pari » <sup>(39)</sup> ai debiti originati da transazioni differenziali sugli effetti pubblici <sup>(40)</sup>, si negava agli agenti di cambio e ai committenti la possibilità di agire in giudizio per far valere i propri crediti <sup>(41)</sup>. E con l'obiettivo di rafforzare

---

<sup>(38)</sup> Per gli obiettivi perseguiti da questo istituto, riformato da Napoleone, si veda Z. KANG, *L'État constructeur du marché financier*, in *Le marché financier français*, cit., p. 163 e ss.

<sup>(39)</sup> Art. 1965, *Code civil*: « La loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu, ou pour le paiement d'un pari ».

<sup>(40)</sup> Per l'esame della dimensione codicistica riservata in Francia ai fenomeni ludici sia qui consentito rinviare al mio lavoro dal titolo '*Rien de mauvais*'. *I contratti di gioco e scommessa nell'età dei codici*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 89 e ss.

<sup>(41)</sup> « Ce n'est donc point un texte de loi; c'est la jurisprudence seule qui a fait rentrer les opérations de Bourse sous l'application de l'article 1965 »: N. SALZÉDO, *L'exception de jeu en matière d'opérations de bourse*, Paris, Poissy, 1880, p. 19. Evocata frequentemente sia nei repertori giurisprudenziali che nei commentari ottocenteschi è la sentenza del 9 agosto 1823 della *Cour royale de Paris*, in seguito confermata l'11 agosto 1824 dalla Corte di cassazione, nel giudizio tra il conte Forbin-Janson e l'intermediario Perdonnet. Qui la Corte argomenta a più riprese il nesso tra contratti a termine e fenomeni ludici: Cfr. J.B. SIREY, *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, t. XXIII, Paris, Herhan, 1823, pp. 262-266. Troplong ricorda che nello stesso giorno la Corte di Cassazione adottò un provvedimento analogo nel processo tra gli agenti di cambio Mussard, Augé, Sandriè e il committente Coutte: TROPLONG, *Le droit civil*, cit., p. 313. Un buon numero di decisioni, utile a saggiare il percorso di consolidamento dell'indirizzo, si trova citato nei lavori di alcuni giuristi della seconda metà dell'Ottocento: cfr., ad esempio, SALZÉDO, *L'exception de jeu*, cit.; METTETAL, *Le jeux de Bourse*, cit.; A. GODA, *De l'alea. Jeux, opérations de Bourse, loteries & tombolas, valeurs a lots, crédit foncier*, Paris, Delamotte, 1882; G.P. JANOLY, *Du jeu et du pari en droit français*, Paris, Larose et Forcel, 1882.

l'idea di una totale integrazione delle pratiche finanziarie in questione nelle norme sui fenomeni ludici, i tribunali estendevano ai '*jeux de Bourse*' il principio dell'irripetibilità delle somme versate (art. 1967) <sup>(42)</sup>. La sentenza della Corte di cassazione del 25 gennaio 1827, resa tra l'intermediario Gublin e Rouvière, è illuminante nella sua semplicità argomentativa:

attendu *en droit*, que si la loi n'accorde aucune *action* pour une dette de jeu, ou pour le paiement d'un pari, dans aucun cas, le perdant ne peut *répéter* ce qu'il a *volontairement* payé; et attendue que c'est lui seul — Gublin — qui a *provoqué* l'opération du *jeu à la hausse et à la baisse*, et qu'il a *volontairement* donné des effets *comme paiement à compte* sur la différence du cours [...]; Rejette, etc. <sup>(43)</sup>

Occorreva semmai stabilire in base a quale criterio fosse possibile discernere i negozi simulati dai regolari *marchés à terme*. A tale scopo, intorno agli anni Quaranta, la giurisprudenza elaborò il canone della 'serietà'. Rientrata la crisi borsistica dovuta alla rivoluzione del 1830 e all'insediamento di Luigi Filippo, era giunta l'ora che venissero considerati validi ed efficaci solo i contratti allo scoperto sui titoli pubblici per cui si poteva dimostrare la *solennità* della convenzione <sup>(44)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> Art. 1967, *Code civil*: « Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie ».

<sup>(43)</sup> La decisione è riprodotta in SIREY, *Recueil général des lois et des arrêts*, cit., t. XXVII, pp. 122-124.

<sup>(44)</sup> Con riferimento alle operazioni aventi ad oggetto esclusivamente effetti pubblici, il primo arresto in cui la Cassazione pone l'attenzione sulla 'serietà' delle intenzioni delle parti per distinguere gli affari fittizi da quelli reali risalirebbe al 30 novembre 1842: cfr. J. MARTRE, *Les marchés à terme et l'exception de jeu*, Toulouse, Marqueste, 1932, pp. 36-37. Per le negoziazioni relative ad altri beni o valori, invece, la stessa Cassazione aveva usato l'argomento della 'serietà' già a partire da metà degli anni Trenta: F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XXVII, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1877, p. 251. Come è stato osservato di recente, « nella sua opera sulla Borsa, pubblicata nel 1831, il Mollot, che non a caso era avvocato e consigliere legale della Compagnia degli Agenti di Cambio di Parigi, suggerì per primo il nuovo percorso da seguire [...]». Qualche anno dopo un altro avvocato, il Fremery si spinse ancora oltre, sostenendo che non si potesse in realtà parlare di *jeu de Bourse*, perché l'intermediazione degli agenti di cambio impediva di realizzare accordi che non fossero seri e perché le compravendite, per quanto realizzate anche allo scoperto, non avvenivano fra le stesse due parti, ma fra

Il compito di individuare l'intenzione primigenia dell'accordo attraverso i fatti dedotti in giudizio si rivelò, però, davvero arduo, e « une grande incertitudine régné dans la jurisprudence » (45). Esitazione che fu dappiù alimentata dalla mala fede di alcuni operatori finanziari, capaci di sfruttare ad arte il « soupçon de jeu » per sottrarsi all'adempimento di negozi svantaggiosi (46).

Avverso simili strategie processuali, i giudici opposero, di volta in volta, nuovi parametri di verifica della « volonté originaire » tanto dell'attore che del convenuto: dalla valutazione della congruità della somma impiegata in una singola transazione rispetto alle risorse personali dello speculatore alla presenza di eventuali garanzie concesse *a latere* di ciascun negozio, fino a giungere all'esame della contabilità dell'agente di cambio (47).

Ciò nonostante, eccessi e inganni, che l'ordinamento giuridico d'Oltralpe aveva tentato di contrastare in prima battuta attraverso la configurazione di un illecito penale e, successivamente, con il 'declassamento' giurisprudenziale dei contratti differenziali fittizi a giochi 'tollerati', condizioneranno ancora a lungo le Borse francesi (48). E non solo queste. L'*exception de jeu* campeggerà ad

---

più soggetti, venditori e compratori, ed erano quindi tutte reali»: GORIA, *Alle radici dei "contratti differenziali"*, cit., pp. 121-122.

(45) JANOLY, *Du jeu et du pari*, cit., p. 97.

(46) LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., p. 251.

(47) Una rassegna completa e ragionata dei diversi indirizzi interpretativi si legge in LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., p. 249 e ss.

(48) È sufficiente rilevare come i *jeux de Bourse* abbiano richiamato l'attenzione della dottrina per tutto l'Ottocento e nei primi decenni del Novecento, anche in ragione di una specifica, quanto controversa, legge del 28 marzo 1885 che « légalisa in France les marchés à terme, en écartant l'exception de jeu » (J.L. HALPÉRIN, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2004, p. 112). Tra le opere successive a questo importante intervento legislativo, i cui effetti solutori furono ampiamente dibattuti, si vedano G. FRÈREJOUAN DU SAINT, *Jeu et pari au point de vue civil, pénal et réglementaire*, Paris, Larose, 1893; M. QUENTIN, *L'exception de jeu a la Bourse du commerce*, Paris, Pedone, 1897; C. COULOUMA, *Le jeu de Bourse. Etude générale sur ses caractères, ses formes, sa réglementation*, Toulouse, Saint-Cyprien, 1903; S. TEODORESCO, *Du jeu et du pari en droit privé français*, Paris, Les Presses Universitaires de France, 1931; MARTRE, *Les marchés a terme*, cit. Per i lavori preparatori condotti dalla Commissione istituita il 14 febbraio 1882 al fine di proporre modifiche alla legislazione in materia di negoziazione dei valori mobiliari cfr. *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours*

esempio nelle aule di giustizia piemontesi, toscane e lombardo-venete <sup>(49)</sup>.

### 3. *Il forzato stallo: l'effettività dei 'giochi di Borsa'.*

Il Congresso di Vienna e la conseguente riorganizzazione geopolitica europea ebbero robusti riflessi sul processo di riforma degli apparati normativi delle monarchie restaurate nei territori italiani. Con tempi e percorsi tra loro indipendenti, vennero promulgati nuovi codici che, dietro una ostentata originalità, (mal)ce-larono la « nazionalizzazione » del sistema napoleonico <sup>(50)</sup>.

Di mascherata continuità si può altresì parlare con riferimento alle manovre regolatrici dei mercati borsistici adottate dagli Stati preunitari, pur nell'ambito di assetti organizzativi e patrimoniali decisamente eterogenei. Non dobbiamo immaginare 'piazze' animate da numerose transazioni e circolazione di cospicue somme di denaro. Edifici spesso provvisori, numero esiguo di intermediari, scarsi cambi, titoli del debito pubblico poco redditizi, connotano infatti le Borse di Genova, Torino, Firenze, Livorno, Milano, Venezia, Napoli — per citare le più attive —, le quali costituiscono altrettanti tasselli di un apparato economico-finanziario che prenderà compiuta forma dopo l'Unità <sup>(51)</sup>. Fino a tale data, pertanto, saranno i mercati esteri, specie quello transalpino, a dettare i 'valori' in campo.

---

*royales*, Paris, Bureau de la Jurisprudence générale, 1885, vol. IV, p. 25 e ss.; COULOUMA, *Le jeu de Bourse*, cit., pp. 131-168. Questi aspetti sono presi in esame anche da HISSUNG-CONVERT, *La spéculation boursière*, cit., p. 163 e ss.

<sup>(49)</sup> « Prima della unificazione legislativa, in Toscana come nelle Provincie Sarde, e nel Regno Lombardo-Veneto, la Giurisprudenza applicò ai contratti di borsa le norme relative al giuoco ogniqualvolta dalle circostanze di fatto non risultava trattarsi di compre e vendite effettive »: D. SUPINO, *I contratti a termine ed il progetto di legge per la tassa sul traffico dei titoli di Borsa*, in « Archivio giuridico », 12 (1874), p. 435.

<sup>(50)</sup> Cfr. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., *passim*.

<sup>(51)</sup> Con riferimento al periodo immediatamente successivo all'Unità, Stefano Baia Curioni scrive provocatoriamente: « si potrebbe concludere che la Borsa italiana è organizzata in modo tale da entrare in decadenza ancor prima di cominciare realmente a funzionare. E forse questa interpretazione non sarebbe molto fuorviante »: BAIÀ CURIONI, *Regolazione e competizione*, cit., p. 91.

Per i domini sabaudi quest'ultima circostanza è stata rimarcata in uno studio dedicato alla storia dell'istituzione genovese:

Le quotazioni della borsa di Parigi esercitavano una notevole influenza sulle borse di Torino e Genova, a causa del peso politico della Francia e della stretta dipendenza del credito piemontese da quello francese [...]. In tali condizioni, era opportuno che gli operatori delle borse di Genova e Torino conoscessero il più celermente possibile le quotazioni fatte a Parigi, così da evitare manovre speculative da parte di privati che le possedevano in anticipo rispetto alla massa degli operatori <sup>(52)</sup>.

Anche in Piemonte, insomma, la cattiva fama delle operazioni allo scoperto invitava gli 'onesti' mediatori e i privati cittadini ad attente riflessioni, onde scongiurare problemi giuridici ed economici. Secondo il direttore del giornale torinese *L'Opinione*, Giacomo Dina, «l'eccesso di credito e la confidenza nelle speculazioni» erano mali afflittivi di commercio e società. «Molti che non eransi occupati di Borsa», infatti, avevano deciso di avventurarsi nel gioco perché «accesi dall'immaginazione» di lauti guadagni. Da qui, una cascata di tracolli di piccoli investitori <sup>(53)</sup>.

Il legislatore, però, pare non abbia condiviso fino in fondo tali preoccupazioni, forse rassicurato dal modesto volume d'affari sviluppato dalle Borse locali <sup>(54)</sup>. Una scelta che attirò comunque la critica 'illustre' di Carlo Ilarione Petitti di Roreto, il quale nei suoi *discorsi* sulle strade ferrate confessava di serbare «gravi timori» al riguardo dell'abuso dei contratti a termine, e di biasimare «la debolezza od immoralità governativa» <sup>(55)</sup>.

---

<sup>(52)</sup> M. DA POZZO, G. FELLONI, *La Borsa valori di Genova nel secolo XIX*, Torino, Ite, 1964, pp. 10-11.

<sup>(53)</sup> G. DINA, *La crisi commerciale dello Stato Sardo*, Torino, Carbone, 1854, pp. 3-14.

<sup>(54)</sup> Nel quadro 'nazionale', la Borsa di Genova fu ciò nonostante «la più importante per tutto l'Ottocento; le valutazioni disponibili portano la sua quota a un terzo circa di tutti gli scambi azionari nelle borse italiane nel 1872; agli inizi del Novecento la percentuale era valutabile indicativamente intorno al 40%, ma negli anni successivi essa venne superata da Milano che già nel 1911-13 concentrava il 38% dei controvalori, seguita da Genova e Roma appaiate a quota 20%»: F. COLTORTI, *Borsa, territorio e sviluppo economico (1861-2011)*, in *Dall'Unità ai giorni nostri: 150 anni di borsa in Italia*, Roma-Milano, s.e., 2011, p. 81.

<sup>(55)</sup> C. ILARIONE PETITTI, *Delle strade ferrate italiane e del miglioramento di esse. Cinque discorsi*, Capolago, Tipografia e libreria elvetica, 1845, p. 463.

Giudizi a parte, bisogna d'altro canto ricordare che il non farsi carico di interventi *ad hoc* fu pur sempre bilanciato, per così dire, dall'adozione pedissequa nel Codice civile albertino del 1837 delle norme sui giochi e le scommesse del *Code civil* <sup>(56)</sup>.

Vita relativamente facile ebbe dunque la magistratura. Seguendo il sentiero tracciato dagli arresti francesi, Tribunali di commercio e Corti d'Appello disposero ripetutamente la nullità della negoziazione « simulata » dei titoli garantiti dallo Stato quando « [celavano] un gioco o scommessa » <sup>(57)</sup>. Gli argomenti stereotipi per saggiare l'effettiva intenzione delle parti furono:

l'essere fatto acquisto superiore alle forze conosciute dell'acquirente, l'esser questi estraneo a tal commercio, l'essersi servito di agenti di cambio o sensali preudenti anche parte attiva in simili affari, l'essere note tali contingenze al venditore <sup>(58)</sup>.

Al medesimo esito, ma confrontandosi con quei 'materiali' di diritto comune che la Restaurazione aveva ivi riesumato <sup>(59)</sup>, pervennero almeno in due occasioni i giudici del Granducato di Toscana, ove nel 1808 erano sorte le Borse di Firenze e Livorno <sup>(60)</sup>.

Nella causa Giovanni Battista Maldini contro Giuseppe Prato e Manasse Castro, il Tribunale di prima istanza fiorentino aveva rigettato le domande di questi ultimi, i quali non erano riusciti a

<sup>(56)</sup> Con specifico riferimento agli articoli 1999-2001 del Codice Civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna, mi sia permesso rinviare a '*Rien de mauvais*', cit., pp. 149-150.

<sup>(57)</sup> L'espressione è tratta dalla sentenza emessa il 7 ottobre 1853 dal Tribunale di commercio di Genova, ma di analoghe se ne leggono ad esempio in Corte d'Appello di Torino del 20 luglio 1854 e Corte d'Appello di Genova del 14 gennaio del 1858. Una compiuta rassegna degli arresti sardi in materia è presente nel repertorio compilato da Filippo Bettini: cfr. F. BETTINI, *Giurisprudenza degli Stati sardi. Raccolta generale progressiva di giurisprudenza, legislazione e dottrina*, Torino, Pomba, 1853, ma *ad annum*.

<sup>(58)</sup> Uno stralcio della decisione della Corte d'Appello di Torino del 30 agosto 1858 è riprodotto in BETTINI, *Giurisprudenza degli Stati sardi*, cit., questa volta però Torino, Ute, 1861, p. 164.

<sup>(59)</sup> Per il programma di codificazione civile nel Granducato si veda F. COLAO, *Progetti di codificazione civile nella Toscana della restaurazione*, Bologna, Monduzzi, 1999.

<sup>(60)</sup> COLTORTI, *Borsa, territorio e sviluppo*, cit., p. 80. Cfr. altresì *La Camera di commercio e la Borsa di Firenze. Profilo storico e documenti*, a cura di R. Ristori, Firenze, Olschki, 1963.

dimostrare la « veracità » della compravendita a termine avente ad oggetto « la obbligazione emessa nel 21 febbraio 1851 [...] per la consegna — entro il 31 marzo successivo — di 20 azioni della strada ferrata Leopolda » <sup>(61)</sup>. Dall'attività istruttoria era emerso che dietro la conclusa transazione, « la di cui materiale esistenza non era controversa », si celava un'alienazione « apparente », una mera scommessa: anzitutto, Prato e Castro mai avevano reclamato il rilascio dei titoli; in secondo luogo, gli stessi avevano fatto recapitare a Maldini un biglietto in cui si dicevano pronti a concordare le modalità di liquidazione delle differenze.

Attesoché non possa dubitarsi che, come verificasi in Francia in ordine all'art. 1965 del Codice civile, e così pure nella maggior parte degli Stati civilizzati, sia anco in Toscana proibita la scommessa di qualunque specie; mentre [...] è tuttora in pieno vigore la legge più speciale alla materia de' 4 gennaio 1776 la quale dispone che le scommesse di qualunque genere e somma sono proibite, invalidi e incapaci a produrre azione alcuna al vincitore <sup>(62)</sup>,

il magistrato adito non aveva indugiato oltre, dichiarando l'accordo « privo di ogni giuridico effetto » <sup>(63)</sup>.

Senza voler svilire la solidità del ragionamento posto alla base del verdetto, è lecito ipotizzare che su di esso abbia avuto qualche incidenza anche l'oggetto specifico della negoziazione. Nel Granducato, infatti, almeno da un decennio le vendite allo scoperto si orientavano sui titoli delle linee « a rotaje di ferro », nonostante gli sforzi opposti dal governo, la cui condotta suscitò il plauso persino del giurista Giovanni Carmignani <sup>(64)</sup>.

---

<sup>(61)</sup> La sentenza pronunciata il 25 luglio 1855 dal Tribunale di prima istanza di Firenze è integralmente trascritta in *Gazzetta dei Tribunali. Giornale politico-legale*, 7 (1855), Prima serie, 53, pp. 567-570.

<sup>(62)</sup> Ivi, p. 569.

<sup>(63)</sup> Ivi, p. 570.

<sup>(64)</sup> G. CARMIGNANI, *Apologia delle concessioni sovrane per le strade ferrate in Toscana*, Pisa, Nistri, 1846, specie p. 55 e ss. L'attenzione dell'Autore verso il reato di aggrottaggio, a cui di sovente la dottrina riconduceva i contratti differenziali, è messo in evidenza da Mario Montorzi, il quale ricorda anche un intervento di Carmignani sugli investimenti speculativi per la costruzione di ponti: cfr. M. MONTORZI, voce *Carmignani, Giovanni*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, vol. I, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 451-453.

Era toccato poi alla Corte regia di Lucca addentrarsi nel dedalo di « teorie del diritto romano colle modificazioni indotte dalla nostra giurisprudenza » per valutare se il negozio stipulato tra Beniamino Franklin e Giovanni Calovolo, nella qualità di rappresentante della ditta Tossizza e Sturnari, fosse servito o meno a « nascondere e palliare una scommessa sulla differenza » di cento 'cartelle' del Tesoro toscano <sup>(65)</sup>. L'assunzione delle prove non aveva sollevato criticità. L'organo giudicante si era limitato ad acquisire la ricevuta recante i termini dell'accordo <sup>(66)</sup>, rifiutandosi pure di procedere con « l'incidente testimoniale elevato » dall'appellante. Perché tanta determinazione? A giudizio della Corte, nessun elemento induceva a ritenere che le parti avessero inteso concludere un gioco di borsa, « riprovato dalla legge » e sprovvisto di azione « per costringere l'inosservante al pagamento del debito ». Al contrario, poteva dedursi che il patto fosse « serio e verace » dalla « specificazione delle cartelle » in vendita, dall'omessa indicazione di « un giorno certo a cui vi si sarebbe dovuto avere relazione per stabilire il corso dei fondi », e « dall'intervento della caparra » <sup>(67)</sup>. Per tali motivi, l'11 agosto venne confermata la sentenza di primo grado.

Le vicende codicistiche e finanziarie lombardo-venete furono invece più incerte. L'annessione all'Impero asburgico, subentrato alla dominazione napoleonica, portò all'estensione dell'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) <sup>(68)</sup>, che al § 1271 negava tutela ad

---

<sup>(65)</sup> La decisione resa l'11 agosto 1856 dalla Corte regia di Lucca può leggersi in *Annali di giurisprudenza. Raccolta di decisioni della Corte suprema di Cassazione, delle Corti regie di Firenze e di Lucca e dei Tribunali di prima istanza*, vol. XVIII, Firenze, Niccolai, 1856, pp. 1219-1228.

<sup>(66)</sup> Il biglietto recitava: « Noi fratelli Tossizza e Sturnari abbiamo ricevuto dal signor Beniamino Franklin lire 1000 toscane per caparra di cento cartelle di lire 1000 ognuna dei fondi del Tesoro toscano dei numeri qui appiè notati, l'importo delle quali si obbliga di pagare a 89 per cento, ossia a lire 890 per ogni cartella di lire 1000 nel corso del corrente anno, più gl'interessi al 5 per cento l'anno da oggi fino al pagamento; ed in caso di non adempimento si sottoporrà a tutti i danni e spese della rivendita di detti fondi. N. 25 Cartelle dal n. 12.425 al n. 12.449 e n. 75 dette dal n. 16.701 al n. 16.775. Si dichiara che all'estrazione di dette cartelle i numeri premiati saranno a vantaggio del signor a Franklin »: *ivi*, p. 1221.

<sup>(67)</sup> *Ivi*, pp. 1222-1223.

<sup>(68)</sup> Si vedano in proposito M.R. DI SIMONE, *L'introduzione del codice civile austriaco in Italia. Aspetti e momenti*, in EAD., *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli*

ogni sorta di gioco e di scommessa <sup>(69)</sup>. L'unico settore giuridico escluso dal rinnovamento nel segno della tradizione (austriaca) fu quello commercialistico, regolato fino al 1863 dal *Code de commerce*. In un certo senso, quindi, la Restaurazione non rappresentò una cesura per le istituzioni finanziarie del regno, ove rimasero in vita le Borse di Milano e Venezia, inaugurate entrambe nel 1808 in piena *francisation* <sup>(70)</sup>.

Diversamente da quanto si possa credere, però, la sopravvivenza formale non assicurò stabilità e prosperità alle due piazze, dominate durante la prima metà dell'Ottocento da contraddizioni e squilibri. In tema di contratti, ad esempio, ufficiosamente si ammettevano soltanto quelli 'a contanti', vale a dire immediatamente esigibili: « in Milano, a Trieste, a Venezia, a Vienna ogni contratto marcato nel listino [...] è sempre accompagnato dalla tradizione della carta di credito e preceduto dal versamento dell'effettivo capitale » <sup>(71)</sup>. Più che di un divieto, si trattava di una scelta imposta dai ceti mercantili, tendenzialmente inclini a forme meno oscillanti di investimento. Gli agenti e i sensali si erano semplicemente adeguati.

Qualcosa cambiò, malgrado lo spauracchio del « fantasma » della scommesse <sup>(72)</sup>, nei primi anni Quaranta. Milano e Venezia iniziarono a far segnare una timida reazione alla consuetudine dello scambio 'a contanti' per merito dell'immissione nel mercato delle azioni delle società ferroviarie, impegnate nella progettazione e costruzione di moderne strade ferrate e di raccordi tra le preesi-

---

XVIIIX), Milano, Giuffrè, 2006, p. 159 e ss.; *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa. Atti del Convegno Internazionale*, Pavia 11-12 ottobre 2002, a cura di P. Caroni, E. Dezza, Padova, Cedam, 2006.

<sup>(69)</sup> Per approfondimenti sia permesso rinviare a 'Rien de mauvais', cit., pp. 131-137.

<sup>(70)</sup> Sulla Borsa milanese cfr. BAIA CURIONI, *Regolazione e competizione*, cit., p. 43 e ss.; mentre, per quella veneziana si veda il recente lavoro di A. BERNARDELLO, *Venezia nel Regno Lombardo-Veneto. Un caso atipico (1815-1866)*, Milano, FrancoAngeli, 2015, p. 37 e ss.

<sup>(71)</sup> La citazione di questo breve passo, estratto dal quotidiano *L'Eco della Borsa* del 12 febbraio 1837, si legge in BAIA CURIONI, *Regolazione e competizione*, cit., p. 76, a cui si rinvia per altre testimonianze dello stesso tenore.

<sup>(72)</sup> Ivi, p. 81.

stenti (73). Tuttavia, la scarsa produzione giurisprudenziale sugli affari differenziali attesta che il processo di erosione dei vecchi costumi non fu rapido (74).

Caso davvero singolare è infine quello delle Due Sicilie, ove il governo demandò ai tribunali in via residuale l'onere di fronteggiare la crescita del fenomeno speculativo. Gli articoli 1837-1839 sul gioco e la scommessa, praticamente tradotti dal francese all'interno delle *Leggi civili* del 1819 (75), e le disposizioni di portata generale su attività, obblighi e responsabilità di agenti e sensali ospitate nelle *Leggi di eccezione per gli affari di commercio* dello stesso anno, non furono le sole 'armi' consegnate alla società per difendere la Borsa partenopea e le casse dei Borbone da avidi affaristi (76). Il legislatore meridionale regolò infatti la materia con altri interventi, distanti tra loro diciotto anni ma in linea con le rispettive azioni ministeriali in campo monetario e finanziario. Due gli obiettivi: estinguere il debito pubblico ereditato dal 'decennio' e far riconquistare credibilità allo Stato nel circuito europeo.

Il primo impulso giunse grazie al decreto 18 maggio 1824 n. 1064 (77). L'allora ministro delle finanze, Luigi de' Medici, persuadeva Ferdinando I a varare un testo in grado di scoraggiare i « debitori di partite iscritte sul gran libro » a ricorrere « al mezzo

---

(73) BERNARDELLO, *Venezia nel Regno Lombardo-Veneto*, cit., p. 14 e ss. Conferme si trovano anche nella voce « *Borsa (giuoco e scommessa di)* » curata da Antonio Francesco Falconetti per l'*Enciclopedia italiana e dizionario della conversazione*, vol. IV, Venezia, Tasso, 1841, p. 910: « Abbiamo sotto gli occhi il giuoco che s'è fatto sulle azioni della Strada ferrata da Venezia a Milano ».

(74) Invero, in numerose opere di fine Ottocento si leggono affermazioni sull'esistenza di una consolidata giurisprudenza lombardo-veneta — senza che ne vengano mai forniti diretti riferimenti — che avrebbe considerato i contratti differenziali sui fondi pubblici alla stregua dei giochi non tutelati. Lo spoglio dei più noti repertori non ha prodotto, tuttavia, apprezzabili risultati. Allo stato della ricerca, infatti, non mi è stato possibile consultare direttamente decisioni sui giochi di Borsa emesse dai tribunali del Regno Lombardo-Veneto.

(75) Per l'esame degli articoli 1837-1839 delle *Leggi civili* del 1819 cfr. CAPPUCIO, '*Rien de mauvais*', cit., pp. 138-146.

(76) Alla storia della piazza di Napoli è dedicato il lavoro di M.C. SCHISANI, *La Borsa di Napoli (1778-1860). Istituzione, regolazione e attività*, Napoli, Esi, 2001.

(77) Cfr. *Collezione delle leggi e de' decreti reali del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, Stamperia reale, 1824, pp. 262-264.

illegale di attaccare i loro contratti come non produttivi di alcuna azione, perché riconducibili a' termini di una scommessa » (78). Per far ciò, le operazioni differenziali erano autorizzate a condizione che la scadenza non eccedesse la fine del mese seguente la sottoscrizione (79), e che, entro il medesimo termine, le parti provvedessero alla consegna « del prezzo o degli estratti d'iscrizione ».

E in caso di violazione di tali precetti? Nessun gioco di Borsa, bensì un vero e proprio reato: i contraenti venivano processati per bancarotta semplice e puniti, ai sensi dell'art. 320 delle *Leggi penali*, con il secondo grado di prigionia e l'interdizione dal commercio di valori per un periodo variabile dai due ai cinque anni (80).

Alla prova dei fatti, però, neanche la minaccia di pene talmente severe riuscì ad incidere sulla prassi invalsa tra gli speculatori, i quali seguitarono ad osservare le loro vecchie liturgie. Lo constatarono, amaramente, tanto la Corte Suprema di giustizia di Napoli, nelle premesse agli arresti del 5 agosto 1826 e del 19 giugno 1828 (81), quanto l'opinione pubblica (82).

I giorni, i mesi e gli anni passarono senza che il mercato fittizio

(78) Così recita il preambolo del succitato decreto.

(79) Ivi, art. 1. Stando all'art. 2, però, « quante volte la scadenza della compra vendita è convenuta alla fine di un mese, s'intende ad essa aggiunto di diritto il termine de' dieci giorni del mese seguente, che gli agenti di cambio, secondo l'uso della piazza, impiegano alla liquidazione delle partite messe in liquidazione ». Con un secondo decreto, n. 1370 del 14 dicembre 1824 (*Collezione delle leggi e de' decreti*, cit., pp. 510-511), questo termine di dieci giorni fu poi ridotto a cinque.

(80) Ivi, art. 6. È opportuno precisare che nella versione definitiva delle *Leggi penali* non furono accolte norme specifiche sui contratti differenziali sugli effetti pubblici, che erano state invece inserite, esemplate sul modello napoleonico del 1810, nella prima stesura del progetto di codice penale dell'agosto del 1815 (art. 315): cfr. D. NOVARESE, *Istituzioni e processo di codificazione nel Regno delle Due Sicilie. Le "leggi penali" del 1819*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 224 della quinta tavola.

(81) Cfr. F. ALBISINNI, *Giurisprudenza civile ossia raccolta con ordine cronologico delle decisioni emesse dalla Corte Suprema di giustizia in Napoli*, vol. II, Napoli, Fibreno, 1849, p. 479; vol. III, Napoli, Fibreno, 1852, pp. 274-275.

(82) Nel 1830, un gruppo di negozianti napoletani aveva avviato una vera e propria crociata contro le vendite 'a vuoto'. L'anno seguente il *vessillo* era passato a Benedetto Altamura, futuro direttore del *Giornale del commercio*, il quale aveva sottoposto al ministro delle finanze, Giovanni D'Andrea, un dettagliato progetto di riforma sulla liquidazione delle operazioni 'a respiro'. Per un più approfondito esame di queste proposte si veda SCHISANI, *La Borsa di Napoli*, cit., pp. 105-109.

facesse segnare un trend negativo. Nella seduta della Consulta generale del 29 gennaio 1941, riunita per l'esame del regolamento sugli agenti di cambio, l'avvocato siciliano Gaetano Scovazzo metteva perciò in guardia il consesso dalle disastrose conseguenze che « il credito nazionale » continuava a subire a causa della « smodata speculazione sulle cifre », della « volubilità del gioco » (83).

Venne così l'ora del decreto 3 dicembre 1842 n. 7941 (84), teso — come è ammesso candidamente nel preambolo — ad « ovviare — ancora — a' danni [...] dalle vendite a vuoto ». Questa volta il governo, percorrendo la via del compromesso, o presunto tale, preferì sanzionare la malafede delle parti considerandoli alla stregua di puri scommettitori:

Le vendite a termine delle iscrizioni sul gran Libro [...], ed ogni altra vendita di effetti pubblici senza la consegna o il deposito effettivo dei titoli, saranno reputate scommesse a' termini dell'articolo 1837 delle *leggi civili* (85).

Fu l'ennesimo, infruttuoso, tentativo. « Gli abusi a vece di diminuire andarono crescendo » (86).

Facendo proprio leva su tale pretesto, appena qualche settimana dopo la transizione plebiscitaria dell'ex regno delle Due Sicilie verso « la grande famiglia italiana » (87), il Luogotenente generale

(83) Le considerazioni di Scovazzo sono trascritte in una nota del traduttore, Luigi Sampolo, dell'opera di V. MARCADÉ, P. PONT, *Spiegazione teorico-pratica del Codice napoleone*, vol. I, Napoli-Palermo, Pedone Lauriel, 1865, p. 255.

(84) *Collezione delle leggi e de' decreti reali del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, Stamperia reale, 1842, pp. 290-291.

(85) Art. 1. Il decreto poneva sullo stesso piano, considerandole quindi semplici scommesse, anche le negoziazioni a termine di derrate, se concluse « senza la indicazione della qualità e del luogo della esistenza delle medesime » (art. 3).

(86) Lo ricorda Giuseppe Pisanelli, che pronuncia questa 'accusa' contro i provvedimenti borbonici durante la seduta antimeridiana del 18 maggio 1865 in seno alla Commissione per la revisione dei codici: cfr. *Processi verbali delle sedute della Commissione speciale nominata con r. decreto del 2 aprile 1865 al fine di proporre le modificazioni di coordinamento delle disposizioni del codice civile e le relative disposizioni transitorie a mente della legge di detto giorno*, Torino, Stamperia reale, 1866, p. 467.

(87) Sono le parole tratte dal preambolo del *Decreto col quale si convocano per il giorno 21 ottobre 1860 i Collegi elettorali onde eleggere i Deputati all'Assemblea per pronunziare il voto di unione al Regno d'Italia* del 5 ottobre 1860 n. 233, in *Raccolta degli atti del governo dittatoriale e prodittatoriale in Sicilia*, Palermo, Lao, 1861, pp. 433-436.

per le province napoletane si occupò tosto della questione. Su insistenza del ministro delle finanze Antonio Scialoja, egli firmava il provvedimento con cui venivano abrogati i decreti del '24 e del '42 e legalizzate « le contrattazioni di effetti pubblici e delle derrate [...] a termine per qualunque scadenza » (88). E che esso fosse considerato tra gli interventi « urgenti », lo si ricava dalla relazione di accompagnamento alla bozza ministeriale (89).

D'altronde, in una sua opera risalente al 1840, Scialoja aveva già espresso grosse riserve sui « mezzi ugualmente immorali » con cui « i governi » — ma l'allusione era a quello borbonico — avevano provato a « palliare quest'inconvenienti » (90). In tempi non sospetti, l'economista aveva ipotizzato che sarebbe stato « vanto della scienza il far un giorno svanir questi abusi », sicché, trovatosi alla guida del dicastero delle finanze, si era prontamente adoperato per porvi « efficace rimedio » (91).

Insomma, in questo tornante della storia, il variegato popolo delle Borse 'regionali' si presentava allineato ai cancelli dell'Unità, sicuro di poter proseguire nell'attività di trasferimento di titoli secondo quelle consuetudini mai dismesse.

#### 4. *L'agognato traguardo: la legalità dei contratti differenziali.*

Giunse poi il momento di « tradurre in atto il magnifico concetto dell'unificazione legislativa » (92). Fra le proposte vagliate dalla Commissione per la revisione dei codici, ai fini del presente contributo, se ne segnalano due, dei senatori Federico Sclopis e Pasquale Stanislao Mancini:

---

(88) Art. 2, d.lgt. 31 dicembre 1860, in *Atti governativi per le provincie napoletane raccolti dall'avv. Giuseppe d'Ettore. 25 giugno a 31 dicembre 1860*, Napoli, Fibreno, 1861, pp. 468-469.

(89) « Non dovendo quindi ulteriormente indugiarsi a correggere disposizioni eccezionali, che così grandemente si oppongono a' bisogni del commercio, alle regole della giustizia, ed alla coscienza e moralità pubblica, il referente [...] non esita a presentare alla Vostra approvazione uno schema di decreto »: cfr. *ivi*, p. 467.

(90) A. SCIALOJA, *I principj della economia sociale*, Napoli, Palma, 1840, p. 318.

(91) *Ivi*, pp. 319-320.

(92) Si veda il discorso dell'8 aprile 1865 del Guardasigilli Giuseppe Vacca dinanzi alla Commissione per la revisione dei codici: *Processi verbali delle sedute della Commissione speciale*, *cit.*, p. 15.

1. Se la legislazione italiana non avrebbe potuto spingersi fino a reprimere in qualche parte i colpevoli contratti di Borsa.
2. Se a fronte delle agiate controversie sui giuochi di Borsa non si potrebbe con un'applicazione espressa del principio che nega l'azione per le obbligazioni nascenti da giuoco o scommessa assolutamente impedirli <sup>(93)</sup>.

La discussione si esaurì nell'intervento del presidente Giovanni Battista Cassinis, appoggiato da Giuseppe Pisanelli. Con prosa sicura, dopo aver reso « omaggio al generoso intendimento » dei proponenti, egli sosteneva come non si potesse « altrimenti e più efficacemente provvedere » ai giochi di Borsa di quanto si fosse inteso fare con l'esaminando progetto di Codice civile, nella parte in cui disciplinava i giochi e le scommesse <sup>(94)</sup>. Semmai, l'incombenza andava rimessa — precisava Cassinis — alla giurisprudenza, alla legge penale, « e più ancora a quel miglioramento sociale, che è conseguenza della civiltà e della moralità dei costumi » <sup>(95)</sup>.

Ma il giurista piemontese non si trincerò dietro una sterile contrapposizione dialettica, al contrario prese posizione sulle alternative storicamente imposte in Francia e nei territori delle monarchie restaurate, sforzandosi di evidenziarne i difetti. Contro « il mezzo di circondare il contratto a termine di speciali forme e garanzie », ovvero la soluzione adottata Oltralpe agli inizi del Settecento, evocava gli « incagli dannosi [recati] al commercio » da questa rigidità <sup>(96)</sup>. All'ipotesi di una « assoluta » ed indistinta proibizione opponeva invece il diritto dei cittadini ad ottenere « lecite utilità ». Infine, alla determinazione tramite apposita norma « di certi criteri coi quali [...] distinguere il contratto a termine dal giuoco di Borsa » rispondeva che nessuna legge civile poteva perse-

---

<sup>(93)</sup> Ivi, p. 465.

<sup>(94)</sup> Per i lavori preparatori sulle disposizioni relative ai giochi e alle scommesse cfr. CAPPUCCIO, *Rien de mauvais*, cit., p. 155 e ss., a cui si rinvia anche per la stesura definitiva degli artt. 1802-1804 del Codice civile del Regno d'Italia (pp. 161-166).

<sup>(95)</sup> *Processi verbali delle sedute della Commissione speciale*, cit., pp. 465-467.

<sup>(96)</sup> Ivi, p. 466: « Sono innumerevoli le disposizioni ivi date a tal fine sin dal principio del secolo scorso; basti citare gli editti del dicembre 1705, dell'agosto 1708, del maggio 1713, e così successivamente sino al 1726, coi quali, assoggettandosi tali contratti ad infinite cautele, si credette di togliere ogni possibilità di frode e di abuso ».

guire tal obiettivo « senza incorrere nel pericolo d'impedire una lecita e onesta contrattazione » (97).

La partita tornò dunque ad essere giocata tutta nelle aule di giustizia, poiché persino il Codice di commercio del 1865 aveva disertato l'argomento (98). Agli organi giudiziari, legittimati dagli interpreti del dibattito parlamentare e forti di quella tradizione legislativa che, dal 1804, continuava a riservare ai fenomeni ludici uguale trattamento, non restò che riproporre adesivamente il vecchio adagio della 'serietà'. A rigore di tale principio, l'indagine sull'intenzione dei contraenti consentiva di qualificare correttamente ogni operazione, onde applicare all'occorrenza gli artt. 1802-1804 del Codice civile. Per la qual cosa, il Tribunale di Genova, quelli di commercio di Milano e Messina, nonché la Cassazione di Firenze, nel periodo compreso tra 1866 e il 1874, si espressero quasi all'unisono (99).

È a questo punto che riemergono dal passato indecisioni sugli elementi idonei a formare il probò convincimento dei magistrati. La Corte d'Appello di Genova non andò oltre il classico accertamento del possesso dei titoli venduti e della corrispondente somma per

---

(97) *Ibidem.*

(98) Nel commentare l'art. 31 del Codice di commercio del 1865, dedicato ai commercianti falliti e ai pubblici mediatori interdetti o sospesi dalla Borsa, Luigi Borsari scrive: « I fondi pubblici, dei quali è nota la perpetua oscillazione, sono il precipuo oggetto e la materia elastica e malleabile delle operazioni di borsa. Altri specula sull'aumento, e altri sul ribasso: [...] amendue giuocano una partita e possono ingannarsi, ma infine corrono una alea lecita ed onesta, e fanno quello che tutti i mercanti sogliono in faccia ad eventualità che l'ingegno scandaglia — *mercatores consueverunt futura pronosticari* — senza poterle dominare. Né il *mercato a termine* può dirsi immorale ed illecito »: L. BORSARI, *Codice di commercio del Regno d'Italia annotato*, parte prima, Torino, Ute, 1868, p. 117.

(99) Sulle prime pronunce in tal senso proferite dai tribunali francesi cfr. *supra*. Per una nutrita casistica giurisprudenziale italiana, « sulle orme di quella di Francia », cfr. E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, vol. III, Milano, Hoepli, 1889<sup>3</sup>, p. 539, nonché F. TEDESCHI, *Dei contratti di Borsa detti differenziali in Italia e all'estero*, Milano, Bocca, 1897, pp. 100-104, ove sono riprodotti lunghi passi delle decisioni assunte dal Tribunale di Genova del 4 giugno 1866, dalla Cassazione di Firenze del 17 febbraio 1868, dal Tribunale di commercio di Milano dell'8 maggio 1874, e dal Tribunale di commercio di Messina del 10 marzo 1874, sentenze — quasi tutte — peraltro consultabili per esteso, e con annotazioni, nei coevi periodici giuridici.

acquistarli <sup>(100)</sup>. Il giudice di secondo grado torinese si soffermò sulle « possibilità finanziarie » degli scommettitori e sui riflessi di una garanzia ulteriore, nella fattispecie un pegno, accordata dall'acquirente <sup>(101)</sup>. Mentre quello napoletano ostentò maggiore flessibilità, dichiarandosi disposto a vagliare « ogni genere di prova [...], non escluse le presunzioni semplici [...] ed i testimoni » <sup>(102)</sup>.

Nel frattempo, però, sul versante finanziario l'Italia iniziava progressivamente a coprire le distanze che la separavano dalle altre nazioni dell'Europa occidentale, sebbene la sua marcia fosse rallentata dal divario Nord-Sud <sup>(103)</sup>. Sull'onda di questo ciclo espansivo, gli speculatori riuscivano a ritagliarsi ampi margini di manovra, determinando tra il 1870 e il 1873 un vigoroso rialzo dei corsi. Nella sola piazza milanese, il listino registrava crescite esponenziali dei suoi valori: « il fronte azionario, da due titoli [passò] a venti [...], obbligazionario — da sei — [...] a 13 » <sup>(104)</sup>. Genova sviluppava « un complesso annuale di operazioni (ad una partita) di tre miliardi di lire », Torino « un miliardo e mezzo », Firenze « un miliardo », e fra tutte le restanti Borse complessivamente « al massimo due miliardi » <sup>(105)</sup>.

L'entusiasmo contagiò anche molti enti associativi. Così, in occasione del terzo congresso nazionale delle Camere di commercio svoltosi a Napoli dal 30 giugno al 9 luglio 1871, venne elaborato un documento con cui si esortava l'autorità competente a riconoscere piena validità — « secondo le consuetudini commerciali » — ai contratti allo scoperto.

L'assemblea insisté sugli apprezzabili vantaggi apportati al mercato dei valori da simili negozi, sia sul fronte nazionale che internazionale, ragione per cui bisognava « togliere ogni dubiezza » suscitata

<sup>(100)</sup> La sentenza della Corte d'Appello di Genova del 5 agosto 1870 può leggersi in « Gazzetta dei Tribunali », 23 (1871), 1, p. 42 e ss.

<sup>(101)</sup> Per il testo della decisione della Corte d'Appello di Torino del 4 febbraio 1871 v. *ibidem*, p. 172 e ss.

<sup>(102)</sup> Cfr. l'arresto della Corte d'Appello di Napoli dell'8 luglio 1868, in « Annali della giurisprudenza italiana », 2 (1868), p. 662 e ss.

<sup>(103)</sup> V. CASTRONOVO, *Storia economica d'Italia. Dall'Ottocento ai giorni nostri*, Torino, Einaudi, 2006, p. 10 e ss.

<sup>(104)</sup> BAIA CURIONI, *Regolazione e competizione*, cit., p. 101 e ss.

<sup>(105)</sup> I dati sono stati elaborati da DA POZZO, FELLONI, *La Borsa valori di Genova*, cit., pp. 75-76.

in proposito dalla magistratura <sup>(106)</sup>. L'unanimità dei consensi fu tuttavia raggiunta dopo una lunga sessione, durante la quale si avvicendarono il relatore, Alberto Errera, e altri sette autorevoli componenti, avvocati e docenti universitari in materie economiche e giuridiche (Carlo Lozzi, Annibale Mari, Vincenzo Picardi, Celestino Guariglia, Luigi Frojo, Angelo Incagnoli e Giuseppe Carnazza Puglisi) <sup>(107)</sup>. Non furono tutti interventi di grande spessore, ma nel complesso ci aiutano a mettere a fuoco le radici di quella frattura ideologica sulla liceità dei contratti differenziali che nel ventennio successivo separerà gli economisti dagli operatori del diritto <sup>(108)</sup>.

Dal canto suo, lo Stato rispondeva con l'affrettata fondazione delle Borse di Cuneo (1871), Chieti (1872) e Messina (1873) <sup>(109)</sup>, la promulgazione di nuovi regolamenti interni <sup>(110)</sup>, e soprattutto l'istituzione, il 27 marzo 1872, di una Commissione parlamentare per lo studio dell'ordinamento delle Borse e delle transazioni ivi concluse <sup>(111)</sup>. Quest'ultima, presieduta da Angelo Villa-Pernice, nello stesso anno della sua nomina consegnava al Ministero dell'agricoltura, industria e commercio una proposta articolata in quattro punti principali: restrizione dell'accesso ai parquet; accrescimento delle prerogative degli agenti di cambio; incremento dei poteri di controllo dei Sindacati sugli aspiranti mediatori; riconoscimento e tutela di scambi sulle differenze <sup>(112)</sup>.

---

<sup>(106)</sup> Cfr. *Atti del terzo Congresso delle Camere di commercio del Regno d'Italia*, Napoli, De Angelis, 1871, p. 108 e ss.

<sup>(107)</sup> Ivi, pp. 111-155. Alcuni di questi, negli anni a seguire, torneranno ad occuparsi dei giochi di Borsa in occasione della partecipazione a commissioni legislative o della stesura di opere scientifiche di più ampio respiro. Si vedano, ad esempio, per Carnazza Puglisi, gli *Atti della Commissione incaricata di studiare le modificazioni del Codice di commercio del Regno d'Italia*, parte II, Firenze, Stamperia reale, 1872, p. 113 e ss.; per Errera, si rinvia al suo studio dal titolo *Le nuove istituzioni economiche nel secolo XIX*, Milano, Treves, 1874, p. 149 e ss.

<sup>(108)</sup> Cfr. *infra*.

<sup>(109)</sup> BAIA CURIONI, *Regolazione e competizione*, cit., p. 102.

<sup>(110)</sup> I cui testi si trovano raccolti in appendice al lavoro di D. SUPINO, *Le operazioni di Borsa secondo la pratica, le legge e l'economia politica*, Torino, Bocca, 1875, p. 175 e ss.

<sup>(111)</sup> Ivi, p. 9, in nota.

<sup>(112)</sup> Per approfondimenti cfr. BAIA CURIONI, *Regolazione e competizione*, cit., pp. 112-115.

Tutto lasciava presagire un'imminente riforma, che però fu procrastinata a causa dell'avvicendamento alla presidenza del Consiglio dei ministri tra Giovanni Lanza e Minghetti. Toccò, perciò, alla XII legislatura dare risposta alle pressioni sociali ed economiche con cui si reclamava una decisa inversione di rotta sui contratti a termine<sup>(113)</sup>. La spregiudicata manovra fu compiuta, non inaspettatamente, con un provvedimento di natura fiscale, la l. 14 giugno 1874 n. 1971<sup>(114)</sup>, fatto seguire da un regolamento applicativo (r.d. del 6 settembre successivo n. 2175)<sup>(115)</sup>. A giudizio di molti, l'obiettivo immediato era stato quello di placare gli animi, e una norma eccezionale appariva meno invasiva di un organico riordino: « è il consenso che il padre dà al figlio per le nozze non volute, ma non potute impedire, per evitare mali maggiori »<sup>(116)</sup>. A mio avviso, invece, si trattò di un'acuta strategia nell'ottica dell'anelato pareggiamento di bilancio. Da un lato, si dava al commercio quanto esso 'pretendeva', dall'altro si assicurava all'erario una fonte preziosa di sostegno<sup>(117)</sup>.

In effetti, l'articolo 1 assoggettava a « tassa di bollo » ogni compravendita borsistica su merci e derrate, nonché sulle rendite del debito pubblico, oltre che di azioni e obbligazioni nazionali ed estere. Il valore dell'imposta era proporzionale a quella del titolo da trasferire, con una forbice compresa tra una e quindici lire (art. 2). Quanto ai requisiti prescritti per i negozi ad esecuzione differita, se ne individuavano due: presenza obbligatoria di un « pubblico me-

---

<sup>(113)</sup> Il progetto di legge fu presentato da Minghetti alla Camera dei deputati il 27 novembre 1873, ma il dibattito fece slittare l'approvazione di oltre sei mesi. Il primo saggio di commento al testo fu firmato d'allora giovane David Supino per l'Archivio giuridico, su invito del direttore Filippo Serafini, che nel dare alle stampe il numero della rivista contenente il saggio in questione si dichiarava fiducioso in un prossimo « riconoscimento assoluto dei contratti a termine »: SUPINO, *I contratti a termine ed il progetto di legge*, cit., pp. 439-444, e p. 425 per la nota di Serafini.

<sup>(114)</sup> Cfr. *Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia*, vol. 42, Firenze, Stamperia reale, 1874, p. 1345 e ss.

<sup>(115)</sup> In *Collezione celerifera delle leggi, dei decreti e delle istruzioni e circolari*, Firenze, presso gli Editori, 1874, p. 1217 e ss.

<sup>(116)</sup> L'efficace metafora è di TEDESCHI, *Dei contratti di Borsa*, cit., p. V.

<sup>(117)</sup> Da ultimo, sulla politica fiscale dei governi della Destra storica v. G. DE LUCA, A. MOIOLI, *La politica finanziaria italiana negli anni della Destra storica (1861-76) e dell'età giolittiana (1901-14)*, in *La evolución de la Hacienda Pública en Italia y España (siglos XVIII-XXI)*, Alacant, Publicacions de la Universitat d'Alacant, 2015, p. 21 e ss.

diatore » e trascrizione degli estremi dei contraenti e dell'operazione su appositi « foglietti o libretti bollati » (art. 3). Il rispetto della forma era peraltro richiesta *ad substantiam* dall'articolo 4, che concedeva espressamente un'azione giudiziale in favore di quanti avessero sottoscritto contratti aventi ad oggetto « il solo pagamento delle differenze »<sup>(118)</sup>.

Dal raffronto con i sistemi vigenti in Francia, Germania e Austria, quello italiano ne usciva comunque a testa alta. Fatta eccezione per una normativa ginevrina del 29 febbraio 1860, con la manovra del 1874 il nostro Stato si assicurò un vantaggio di uno, dieci o addirittura vent'anni nella corsa verso il definitivo sdoganamento degli affari sulle differenze<sup>(119)</sup>. Che l'operato di Minghetti fosse stato molto apprezzato anche dall'opposizione, ci viene confermato due anni dopo, quando, nonostante la 'rivoluzione' parlamentare e l'ascesa della Sinistra storica, il nuovo primo ministro, Agostino Depretis, decise di non interrompere i lavori per la revisione della disciplina del '74 appena avviati dalla compagine uscente.

Il 13 settembre 1876 furono, quindi, emanati la legge n. 3326 e il relativo regolamento<sup>(120)</sup>. Poche, in apparenza, le modifiche apportate, ma di sicuro impatto giuridico ed economico. Preservando la finalità originaria, venne assicurata la tassazione di tutte le operazioni, che diventava a quota fissa e meno onerosa (art. 2). Gli agenti di cambio ottenevano il diritto di contrattare direttamente tra loro, senza l'ausilio del « pubblico mediatore » (art. 3). La soglia massima della multa irrogabile in caso di infrazioni fiscali scendeva

---

(118) *Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti*, cit., p. 1347.

(119) Secondo un costume assai diffuso a fine Ottocento, buona parte dei lavori monografici sui contratti differenziali contiene un certo numero di pagine sulla comparazione dei vari ordinamenti, con non rare incursioni nei sistemi americani e asiatici. Si vedano, ad esempio, V. GIUSTINIANI, *La efficacia legale dei contratti a termine*, Bari, Giusti, 1879, p. 33 e ss.; TEDESCHI, *Dei contratti di Borsa*, cit., p. 59 e ss.; A. JODICE, *Intorno ai limiti giuridici della speculazione sulle differenze*, Napoli, Priore, 1909, p. 56 e ss. Da questi studi apprendiamo che il Cantone di Ginevra, pur mantenendo in vigore l'impianto codicistico napoleonico anche dopo l'annessione alla Confederazione svizzera, aveva inteso distinguere espressamente i contratti differenziali dalle semplici scommesse già nel 1860, con una legge del 29 febbraio. Affini a quella italiana del 1874, ma successive, sono invece la spagnola del 12 marzo 1875, austriaca del primo aprile 1875, francese del 28 marzo 1885, tedesca del 22 giugno 1896.

(120) *Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti*, cit., vol. 48, p. 2244 e ss.

da tremila a cinquecento lire (art. 5). Infine, l'uso dei foglietti bollati era ora previsto solo *ad probationem*, facendo salva sempre e comunque l'efficacia dell'atto e la connessa tutela (art. 4).

I giuristi coevi gli serbarono positiva accoglienza. Forse, non tutti furono d'accordo sulla scelta del mezzo — una legge finanziaria <sup>(121)</sup> —, ma i giudizi di Ercole Vidari, David Supino, Giovanni Grillo, Oscar Bassano, conversero quantomeno su un punto essenziale, ossia che il mercato ne avrebbe tratto importanti benefici <sup>(122)</sup>.

La « famosa » <sup>(123)</sup>, « eterna » <sup>(124)</sup>, « vexata » <sup>(125)</sup>, « ultrasecolare » <sup>(126)</sup> questione dei contratti differenziali poteva dirsi ormai sopita? No! I buoni propositi del legislatore liberale si infransero contro il muro issato dalla giurisprudenza, che continuò quasi imperterrita ad applicare il paradigma della ludicità <sup>(127)</sup>:

La legge — affermava la Corte di Cassazione di Torino nella causa Carrara e Albertazzi contro Giaccone — non ha derogato all'art. 1802 del Codice civile, e non ha riconosciuto i contratti aventi per oggetto il solo pagamento delle differenze; ma ha inteso soltanto di stabilire la presunzione che i contratti a termine stipulati nelle forme da essa prescritte, non nascondono giochi di Borsa <sup>(128)</sup>.

---

<sup>(121)</sup> « Ma i giudicati di sopra riportati giovano a dimostrare che ratrovandosi il riconoscimento dei contratti a termine proclamato in sede non propria e come per inciso in legge finanziaria, ha dato luogo a commenti ed interpretazioni sulla sua applicabilità ed estensione. La utilità quindi d'insinuarlo in un art. del Codice di commercio è più che evidente, come già erasi da parecchi scrittori fatto osservare »: GIUSTINIANI, *La efficacia legale dei contratti*, cit., p. 40.

<sup>(122)</sup> Cfr. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 543; SUPINO, *Le operazioni di Borsa*, cit., p. 75; G. GRILLO, osservazioni alla sentenza Corte di Cassazione di Torino, 22 agosto 1878, in « Il Filangieri », 4 (1879), pp. 9-10; O. BASSANO, *Le operazioni di Borsa: cenni e proposte*, Livorno, Vannini, 1885, p. 15.

<sup>(123)</sup> GRILLO, osservazioni alla sentenza Corte di Cassazione di Torino, cit., p. 9.

<sup>(124)</sup> VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 544.

<sup>(125)</sup> R. AGOSTI, *Contratti differenziali od a termine*, in « Il Filangieri », 34 (1909), p. 2.

<sup>(126)</sup> D. SUPINO, *La questione ultrasecolare dei contratti differenziali*, in « Il diritto commerciale e la parte generale delle obbligazioni », 46 (1927), p. 212.

<sup>(127)</sup> VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 545.

<sup>(128)</sup> Corte di Cassazione di Torino del 22 agosto 1878, in « Il Filangieri », 4 (1879), pp. 9-12. Incuranti della lettera delle leggi del 1874 e 1876, molti giudici, di diversi gradi e parti del Regno, conservarono l'orientamento consolidatosi ante riforma. Oltre alla citata sentenza del Supremo magistrato torinese, si vedano: Tribunale di Messina del 24 agosto 1875, Corte d'Appello di Messina del 30 agosto 1877, Corte

A stretto giro, inoltre, fu la polemica scientifica economisti-giuristi, e nell'ambito di questa categoria tra civilisti e giuscommercialisti, a rimettere in discussione addirittura la liceità di alcune forme speculative. Un confronto esemplare si svolse nelle pagine dell'annata 1896 della rivista *La Riforma sociale*, che vide protagonisti, da una parte, un libero docente di diritto commerciale dell'Ateneo genovese e, dall'altra, un allora giovanissimo economista dell'Università di Torino. Sarebbe stato sufficiente citare i titoli dei loro contributi per svelare, senza timore di smentita, le conclusioni a cui addivennero (Umberto Pipia firmò *Contro i contratti differenziali*, mentre Luigi Einaudi *A favore...*), ma non è stata la felice scelta di sintesi, né la fortunata 'convivenza' editoriale, a richiamare l'interesse della storiografia<sup>(129)</sup>. Il merito indiretto di questi lavori, al di là della valenza di idee e argomenti ivi espressi, è probabilmente quello di aver ricondotto il tema-problema alle sue remote fondazioni, superando presunzioni legislative o giurisprudenziali: è giusto che un ordinamento preservi e tuteli gli interessi di affaristi — immorali (Pipia) / avveduti (Einaudi)<sup>(130)</sup>? La scienza si divide<sup>(131)</sup>.

Tra 'rialzi' e 'ribassi' dei prezzi, scatenati dalla crisi interna-

---

d'Appello di Genova del 10 dicembre 1878, Corte d'Appello di Firenze del 24 aprile 1880. Negli stessi anni, furono invece minoritarie le decisioni conformi alla nuova disciplina: Tribunale di commercio di Messina del 20 settembre 1878, Corte d'Appello di Palermo del 12 aprile 1880, Tribunale di commercio di Genova del 21 gennaio 1881. Un duro attacco ai detrattori delle speculazioni venne comunque dalla dottrina giuscommercialistica. Basti pensare ad alcune pagine consegnate da Umberto Navarrini a *Il Digesto italiano*, che oggi ci appaiono come il 'manifesto' per l'affrancazione sociale dei contratti differenziali a cavaliere tra Otto e Novecento. Proseguendo nella 'difesa' citata in epigrafe al presente contributo, l'autore scriveva: «[...] donde furono turbate profondamente, specie in questi ultimi tempi, l'economia privata e la pubblica. Ed il giudizio sereno è, quindi, sparito; si son fantasticate operazioni che non esistono, si è ravvisato in contratti che fuori del locale della Borsa si fanno ogni momento senza pure sollevare una protesta qualche cosa di tenebrosamente diretto alla frode ed alla spogliazione del più onesto: si è preso come essenza della speculazione di Borsa ciò che non ne è se non l'abuso deplorato e deplorabile e l'elemento dissolvente [...]. La speculazione di Borsa, in sé e per sé, nulla contiene di anormale, nulla che essenzialmente la differenzi dalla speculazione commerciale, in genere, vertente su altri rami dell'umana attività» (NAVARRINI, voce *Contratti di Borsa*, cit., p. 159 e ss.).

<sup>(129)</sup> BAIA CURIONI, *Regolazione e competizione*, cit., p. 29 nota.

<sup>(130)</sup> U. PIPIA, *Contro i contratti differenziali*, vol. V, p. 345 e ss.; L. EINAUDI, *A favore dei contratti differenziali*, vol. VI, p. 407 e ss.

zionale (1907), dalla regia delle banche d'affari e dalla svalutazione monetaria legata alla Grande guerra, bisognerà attendere la legge 20 marzo 1913 n. 272 per la riforma delle Borse prima che l'attenzione della nostra dottrina si orienti verso contenuti e aspetti differenti <sup>(132)</sup>.

Da qui in avanti si assisterà ad un radicale cambiamento di prospettiva, in base al quale le 'piazze' acquisteranno il centro del palcoscenico finanziario, divenendo contenitori istituzionali di cruciali operazioni capitalistiche, termometro dello sviluppo di ciascuna area geografica. Saranno chiamati in causa altri strumenti, saperi, linguaggi. La competizione si sposterà gradualmente su un piano globale, con cui i sistemi interni — e in seguito sovranazionali — dovranno costantemente dialogare <sup>(133)</sup>. La metamorfosi coinvolgerà

---

<sup>(131)</sup> Dopo il 1896, fiorino numerosi altri studi che mantennero in vita la polemica. Per la posizione favorevole, si segnalano: TEDESCHI, *Dei contratti di Borsa*, cit., p. 18 e ss.; P. CASINI, *Contratti a termine e differenziali secondo le leggi italiana e francese*, in « Il Foro italiano », 25 (1900), p. 8; T. SANFELICI, voce *Gioco e scommessa*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. VII, parte I, Milano, Società editrice libraria, 1903, p. 630; AGOSTI, *Contratti differenziali*, cit., p. 7; JODICE, *Intorno ai limiti giuridici della speculazione*, cit., p. 31. Per quella contraria: S. ANASTASIO, *I contratti differenziali*, Caserta, Marino, 1898, p. 21; C. MANENTI, *Del giuoco e della scommessa dal punto di vista del diritto privato romano e moderno*, Appendice ai §§ 757-762 di Ch.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, Palm, 1796-1830, trad. it. *Commentario alle Pandette*, Milano, lib. XI, Società editrice libraria, 1903, p. 727 e ss.

<sup>(132)</sup> Tra i motivi emergenti di confronto vi fu, pressante, quello dei contratti differenziali su divise estere: F. VASSALLI, *La pretesa nullità dei contratti differenziali e i contratti differenziali su divise*, Roma, Tipografia del Senato, 1925; M. ROTONDI, *Contratti a termine e differenziali sui cambi*, in « Rivista di diritto commerciale », 23 (1925), p. 183 e ss., Id., *Contratti differenziali su divise estere*, ivi, 25 (1927), p. 580 e ss.; C. VIVANTE, *Il commercio fittizio dei cambi*, ivi, p. 281 e ss.; C. PAOLA, *I contratti a termine e differenziali di fronte al diritto comune e alla legge sulle Borse del 20 marzo 1913 n. 272*, in « Il Foro italiano », 51 (1926), p. 4 e ss.; V. SALANDRA, *Il cosiddetto commercio fittizio dei cambi*, in « Rivista di diritto commerciale », 26 (1928), p. 97 e ss.

<sup>(133)</sup> Ed è per questo motivo che il crollo di Wall Street (1929), la seconda guerra mondiale, il boom economico degli anni Sessanta, lo smantellamento del Blocco sovietico, avranno effetti a cascata su tutti i mercati borsistici; la ragione per cui l'Unione Europea si farà carico di garantire la libera circolazione dei capitali all'interno dei territori degli Stati aderenti. Un fuggevole sguardo al nostro presente, ad esempio, ci permette di ricordare che, per fronteggiare la flessione dei listini di Borsa (2008), appena quattro anni fa il Parlamento europeo ha imposto precise restrizioni sulle « vendite allo scoperto » e sui « contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di

anche il contratto differenziale, che accetterà di essere liquefatto in ‘centomila’ identità (*future, swap, option* <sup>(134)</sup>). Rimanendo in fondo sempre lo stesso, come era accaduto in passato, quando era stato costretto a rinnegare il proprio io (*paris ‘sur la hausse ou la baisse’*), o ad alienarsi in altri corpi (giochi e scommesse). D'altronde, per dirla con le parole di Luigi Pirandello,

La vita non conclude. E non sa di nomi, la vita. Quest'albero, respiro tremulo di foglie nuove. Sono quest'albero. Albero, nuvola; domani libro o vento: il libro che leggo, il vento che bevo. Tutto fuori, vagabondo <sup>(135)</sup>.

---

inadempimento dell'emittente (*credit default swap*)» (Reg. UE 14 marzo 2012 n. 236). Una scelta in linea con quanto era stato già determinato da alcuni governi nazionali. In Francia, l'AMF (Autorité des Marchés Financiers), ente di controllo dei mercati e dei valori mobiliari, il 19 settembre 2008 aveva deciso di vietare temporaneamente lo *short selling* di tipo ‘*naked*’ — in pratica le vendite ‘allo scoperto’ — su azioni di banche e compagnie assicurative. Lo stesso aveva fatto la Consob (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa) in Italia, intervenendo tre volte nel solo mese di ottobre del 2008: la delibera n. 16645 aveva bandito le negoziazioni di *short selling*, anche ‘*covered*’ — precedute da un prestito titoli —, autorizzando le cessioni di azioni di banche e imprese di assicurazioni solo se assistite dalla disponibilità e dalla proprietà (requisiti entrambi necessari) dei titoli; con la n. 16652 il vincolo era stato esteso « a tutte le azioni quotate nei mercati regolamentati italiani »; ed infine, la n. 16670 aveva prorogato tali misure sino al 31 dicembre 2008. Infine, la BaFin (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) si era allineata più tardi, il 18 maggio 2010, inibendo inoltre le speculazioni sui titoli di debito emessi da Stati sovrani dell'area euro.

<sup>(134)</sup> Per un recente esame sulle nuove forme di contrattazione a termine cfr. F. CAPUTO NASETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2011; G. BELLÌ, *Gli investimenti in prodotti finanziari derivati con funzione speculativa*, in *Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Spagna e Italia*, Atti del convegno tenuto a Bologna l'11-12 aprile 2013, Padova, Cedam, 2014, p. 19 e ss.; ID., *I contratti in strumenti finanziari derivati: nuove strategie di copertura del rischio o dissennata speculazione?*, in « Jus civile », 10 (2015), p. 577 e ss.

<sup>(135)</sup> L. PIRANDELLO, *Uno, nessuno e centomila*, Firenze, Bemporad, 1926, in ID., *Tutti i romanzi*, vol. II, Milano, Mondadori, 1949, p. 901.



GIOVANNI CHIODI

UN PIONIERE DELLA GIUSTIZIA CONTRATTUALE:  
LORENZO MOSSA E I CONTRATTI DI ADESIONE

1. Contratto e impresa nel primo Novecento: le sfide di Lorenzo Mossa. — 2. L'avvio di una strategia. — 3. Anni Venti: dalle prolusioni ai saggi critici. — 4. Contratti di adesione, contratti-tipo e diritto corporativo. — 5. Dopo il codice civile: un impegno per il futuro.

1. *Contratto e impresa nel primo Novecento: le sfide di Lorenzo Mossa.*

Lorenzo Mossa, nel panorama del primo Novecento italiano, occupa una posizione centrale, come grande teorico dell'impresa e del lavoro <sup>(1)</sup>. Cultore del diritto commerciale per molti aspetti antesignano e innovatore, egli lo è anche per il fatto di aver costantemente e ripetutamente condotto una riflessione sul fenomeno dei contratti di adesione lungo tutto l'arco della sua carriera scientifica: quella « sua costante sensazione [...] dell'importanza degli atti in massa » già colta da un osservatore attento come Tullio Ascarelli <sup>(2)</sup>. In questa attenzione continua per i problemi nuovi che,

---

<sup>(1)</sup> P. GROSSI, *Itinerarii dell'impresa*, in « Quaderni fiorentini », 28 (1999), pp. 999-1038; ID., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 191-208. Il contributo di Mossa giuslavorista è valorizzato da G. CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica* (1999), in ID., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 171-287. Il progetto corporativo di Mossa è diffusamente analizzato da I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 340-359, 393-406 e, per l'impresa, specialmente pp. 406-454.

<sup>(2)</sup> T. ASCARELLI, *Lorenzo Mossa*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », XI (1957), p. 738.

nella società capitalistica del primo Novecento, poneva la contrattazione collettiva e di massa, non c'è tuttavia solo un aspetto quantitativo da sottolineare, ma anche qualitativo. Lorenzo Mossa si presenta infatti come un vero pioniere della giustizia contrattuale. Ciò ne fa, anche a questo riguardo, una figura eccentrica nel dibattito scientifico italiano del tempo, per ricchezza di idee e respiro europeo. La cronologia degli scritti nei quali si possono trovare cenni al tema va dal 1919 fino alla sua ultima stagione di studio. Il problema dei contratti di adesione, inoltre, oltre che presente, è sempre parte, nel pensiero mossiano, di una riflessione più ampia. È, in particolare, il segmento di un discorso che prende le mosse dall'impresa. Proprio per il fatto di essere un frammento all'interno di un discorso più vasto, il contributo di Mossa è interessante: esso travalica il semplice dato tecnico, contiene spunti ricostruttivi più generali, aperture su altri temi, visioni nuove del rapporto tra diritto civile e commerciale, sui criteri in base ai quali costruire un diritto commerciale più adatto alla civiltà moderna, sul ruolo del diritto corporativo, sulla sua concezione del diritto privato. Per Mossa, i contratti di adesione costituiscono uno dei problemi fondamentali del diritto commerciale moderno, per usare il titolo della prolusione pisana del 1926, perché essi sono contratti d'impresa, e l'impresa è il soggetto giuridico intorno al quale, nella sua idea, dovrebbe ruotare il nuovo diritto commerciale. Proprio in quanto tali, i contratti di adesione reclamano una disciplina diversa da quella dei contratti individuali. La questione ancora irrisolta, sollevata da questo nuovo modo di contrattare, cattura l'attenzione di Mossa. Lo dichiara lui stesso, nel testo appena citato: «l'abuso della posizione di superiorità economica della impresa è denunciato, per decenni, dagli scrittori, senza che la giurisprudenza o la legge abbiano saputo o potuto annullarlo o attenuarlo»<sup>(3)</sup>. Abuso di potere economico e autonomia privata: Mossa colpisce nel segno, va

---

(3) L. MOSSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale* (1926), in Id., *L'impresa nell'ordine corporativo*, con prefazione di G. Bottai, Firenze, G. C. Sansoni, 1935, p. 26. I «problemi che fanno capo alla necessità di tutelare la massa dei consumatori di fronte alle grandi imprese organizzate» costituiscono «i problemi odierni del diritto commerciale» anche per T. ASCARELLI, *Natura e posizione del diritto commerciale* (1947), in Id., *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 145.

direttamente al cuore della questione, non la ignora, non la rimuove. Come conciliare il principio liberale e l'autonomia privata, di cui Mossa resta fautore, con le disuguaglianze materiali e le asimmetrie di potere? Il traguardo è la giustizia sociale e quindi un diritto privato sociale. Davanti a quello che sembra un ossimoro, un luogo di strategie antagoniste <sup>(4)</sup>, il giurista sardo-pisano affronta una sfida. Esamineremo gli scritti di Mossa da questa particolare angolatura, per scoprire quali erano le ragioni dell'*impasse* e quali scenari di tutela si potevano aprire per i consumatori.

## 2. *L'avvio di una strategia.*

Nel 1919, in un articolo di grande spessore teorico su problemi di forma e dichiarazione della volontà negoziale <sup>(5)</sup>, Mossa, allora professore nell'università di Camerino <sup>(6)</sup>, arriva a una conclusione dirimpente: ritiene infatti che il giudice abbia il potere di annullare le clausole di un contratto d'adesione, formalmente accettate con la sottoscrizione di un documento, ma effettivamente non volute dall'aderente. L'impostazione di questo contributo giovanile è decisamente volontarista: Mossa costruisce infatti una tutela basata sulla ricerca della reale intenzione del dichiarante. Fuori dai casi di veri e propri accordi di cartello, « coalizioni di tutti i commercianti di un determinato ramo sulle condizioni di contratto esageratamente particolaristiche », rispetto alle quali ritiene ammissibile parlare addirittura di vera e propria « violenza » nell'accettazione del contratto, « è necessario — egli scrive — accordare al cliente una pronta tutela, la quale si può fondare puramente sulla manifestazione di volontà dello stesso nella sottoscrizione del formulario » <sup>(7)</sup>. Per ottenere

---

<sup>(4)</sup> Nel senso spiegato da P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 88. Per i significati del lemma 'sociale': ID., *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber (1895-1911)*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), p. 277, e ora ID., *Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche*, Bern, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, p. 9.

<sup>(5)</sup> L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, in « Rivista del diritto commerciale », XVII (1919), I, pp. 414-460.

<sup>(6)</sup> A. MATTONE, *Mossa, Lorenzo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, II, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 1392-1395.

<sup>(7)</sup> MOSSA, *La documentazione*, cit., p. 452.

questo obiettivo, è indispensabile che il diritto commerciale prenda atto della differenza tra « sottoscrizione di un comune documento, di scarsa portata e le cui condizioni sono punto per punto convenute tra le parti » e « sottoscrizione del formulario, nel quale la portata della convenzione non è facilmente misurabile ed i singoli punti non sono affatto preparati da una discussione delle parti per l'accettazione »<sup>(8)</sup>.

La ricerca di strumenti di tutela si orienta dunque, in questa fase, nella direzione di garantire una interpretazione del contratto conforme alla volontà dell'aderente, superando le regole del diritto civile generale, abbandonando le rigidità tradizionali e uscendo dalla logica individualistica, per tenere conto della differente struttura dei contratti predisposti unilateralmente dai commercianti, le cui clausole non sono oggetto di trattativa individuale. La diversità dei contratti di massa rispetto ai contratti individuali non conduce alla negazione dello schema contrattuale. Come vedremo anche in altri contributi, per Mossa il contratto è ancora e sempre deve essere lo strumento imprescindibile a disposizione dei privati per disporre liberamente del proprio patrimonio. Il giurista sardo è un deciso contrattualista ad oltranza. Le tesi negazioniste di Léon Duguit non lo trovano concorde<sup>(9)</sup>. Di fronte alla contrattazione di massa, che anche Mossa ritiene ineliminabile dalla moderna economia capitalistica, invece che discettare sul declino del contratto, occorre preoccuparsi di come difendere la libertà del volere e la giustizia del contratto, per adeguarlo ai valori di buona fede, giustizia, socialità. Si spiega dunque il fatto che egli non provi alcuna remora a giustificare quella parte di giurisprudenza che considera non accettate le clausole stampate a caratteri minuscoli o scritte in modo ambiguo, assumendo che, nei contratti di adesione, la sottoscrizione del formulario non significa accettazione in blocco di tutte le clausole scritte nel documento. Una conclusione, questa, con la quale Mossa entrava in rotta di collisione con l'opinione comune della dottrina italiana. Ne emerge il ritratto di un giurista che, pur muovendosi all'interno di una prospettiva non solo contrattualistica ma anche consensualistica, non esita a superare regole tradizionali e

---

<sup>(8)</sup> Ivi, p. 453.

<sup>(9)</sup> *Infra*, § 5.

basilari, di cui avverte la relatività: una di queste è quella secondo cui la sottoscrizione del documento implica sempre accettazione integrale del suo contenuto. Una regola fondamentale del diritto privato, posta a presidio della certezza dei traffici commerciali. Una regola che, nella dottrina commercialistica, era stata ribadita da Cesare Vivante (10).

Venendo ai rimedi concreti, Mossa, per la precisione, propone di distinguere tra clausole essenziali e clausole accessorie del contratto: le prime riguardanti punti negoziati come il prezzo, le seconde concernenti altri aspetti del rapporto, regolati spesso in modo vessatorio per l'aderente. Queste ultime erano le clausole sulle quali il cliente solitamente sorvolava, firmando il testo senza leggerle o senza capire il loro senso (11). Partendo da questo dato di fatto, Mossa sviluppa una proposta di tutela a quel tempo anomala, almeno nel panorama nazionale, affermando che al giudice si deve consentire di annullare clausole formalmente sottoscritte, ma che effettivamente non siano state lette. Se viceversa le clausole sono state lette, il giudice dovrà ricostruirne il senso secondo l'intenzione del cliente e non del commerciante. C'è un limite, tuttavia, alle operazioni interpretative, perché quando la clausola è formulata in

---

(10) C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, I, Milano-Napoli-Pisa, Ulrico Hoepli Editore-Libraio, 1885, n. 23, p. 51; ID., *Trattato di diritto commerciale*, III, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1899, n. 1340, p. 346. Compatta la civilistica: v. ad es. L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II, Milano, Società Editrice Libreria, 1917<sup>2</sup>, p. 304, e, nello stesso anno del progetto ministeriale del libro quarto delle obbligazioni, F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, Casa Editr. Dott. Eugenio Jovene, 1940, p. 359. Sulla stessa linea V. SALANDRA, *I contratti di adesione*, in « Rivista del diritto commerciale », XXVI (1928), I, p. 523; F. CARNELUTTI, *Studi sulla sottoscrizione*, ivi, XXVII (1929), I, pp. 524-525.

(11) Il pensiero di Mossa presenta delle affinità con quello di G. DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1905, in part. pp. 201-217, che presta il fianco ad obiezioni serie, come quelle sollevate da Maurice Hauriou, alle quali l'autore replicherà nell'articolo *De la nature juridique des « contrats d'adhésion »*, in « Revue trimestrielle de droit civil », 9 (1910), pp. 503-541. Dereux, autore ben conosciuto in Italia — un suo saggio importante viene anche tradotto sul periodico di Sraffa e Vivante (*Sulle concezioni tedesca e francese del contratto*, in « Rivista del diritto commerciale », VII (1909), I, pp. 249-267) — viene non a caso accomunato a Mossa nella confutazione di SALANDRA, *I contratti di adesione*, cit., p. 522. La distinzione tra clausole essenziali e accessorie è presente anche nella dottrina germanica, ancor più cara a Mossa (nt. 13).

modo chiaro oppure è stata preceduta da una trattativa specifica, il giudice non può che intenderla così come è scritta. Vi sono però altre aperture. Mossa, infatti, ritiene che il formulario debba essere sempre interpretato secondo gli accordi orali precedenti alla sottoscrizione del documento, « anche contro la sua lettera, perché se le parti espressamente non hanno dichiarato di modificare i precedenti patti, non si può ritenere che esse lo abbiano fatto con la sottoscrizione o la sommaria lettura del documento »: i patti orali prevalgono su quelli scritti. Inoltre, per determinare la volontà di chi sottoscrive il formulario, è ammissibile tenere conto dell'uso, con la precisazione, tuttavia, che per uso deve intendersi quello effettivamente corrente tra i commercianti e i loro clienti <sup>(12)</sup>.

Mossa dimostra, in questo contributo, centrato sull'interpretazione, di conoscere altre prospettive. Giuristi tedeschi avevano proposto soluzioni più oggettive, ritenendo che il giudice, più che accertare la 'vera' volontà del sottoscrittore di un formulario, dovesse esercitare un più penetrante potere di controllo sul contenuto delle clausole, che poteva arrivare fino al punto di invalidare clausole inique, riprovando « tutto ciò che tutela esageratamente, senza un corrispettivo per l'altra parte, i particolaristici interessi di una parte, ovvero ciò che è oggettivamente iniquo » <sup>(13)</sup>. La proposta non lascia indifferente Mossa, che l'approva, con immediata condivisione. Egli ritiene però che si tratti di una prospettiva da sola non sufficiente « a regolare giustamente il rapporto », e quindi non tale da eliminare la tutela secondo la volontà dell'aderente. È quindi la *giustizia* del rapporto che a Mossa interessa salvaguardare, sfruttando tutte le tecniche a disposizione dell'interprete. Al punto da chiudere il suo intervento con un'altra affermazione controcorrente: si dovrà ritenere che, di fronte a un formulario, ogni eventuale errore del cliente

---

<sup>(12)</sup> Per tutte queste argomentazioni: MOSSA, *La documentazione*, cit., pp. 453-454.

<sup>(13)</sup> Il riferimento è al denso scritto di un avvocato di Monaco, Julius SIEGEL, *Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde*, in « Archiv für die civilistische Praxis », 111 (1914), pp. 1-134, in part. pp. 80-99, e a A. DÜRINGER, M. HACHENBURG, *Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (mit Ausschluss des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Zweiter Bd., Mannheim und Leipzig, J. Bensheimer, 1910<sup>2</sup>, pp. 40-44.

sia sempre scusabile <sup>(14)</sup>. Nel 1919, dunque, Mossa si presenta come un giurista che non si accontenta di denunciare il fenomeno dei contratti di adesione, sulla scia di illustri precedenti, quali, per rimanere a quelli da lui spesso rievocati, la prolusione di Sraffa o il saggio di Thaller <sup>(15)</sup>. Qui siamo oltre la mera presa d'atto di un difetto di funzionamento del mercato concorrenziale, delle promesse mancate dell'uguaglianza formale, dei pericoli per la libertà contrattuale. Il discorso prende una piega ben più concreta e propositiva, che va alla ricerca di strumenti di intervento a favore dei sottoscrittori dei formulari nei principi generali del contratto, senza timore di dissacranti e innovative ricostruzioni <sup>(16)</sup>. Allo stesso tempo, il diritto commerciale, nel regolare i rapporti di massa e non i micro-scambi individuali, è chiamato a superare l'astrattezza del diritto civile e l'indifferenza alle disparità che regnano nei rapporti sociali <sup>(17)</sup>.

Lo sguardo di Mossa è attentissimo alle vicende germaniche e

<sup>(14)</sup> MOSSA, *La documentazione*, cit., p. 455.

<sup>(15)</sup> A. SRAFFA, *La lotta commerciale*, Prolusione letta il dì 11 gennaio 1894 nell'Università di Macerata, Pisa, Enrico Spoerri Editore-Librario, 1894; E. THALLER, *De l'attraction exercée par le Code civil et par ses Méthodes sur le Droit commercial*, in *Le Code civil. 1804-1904. Livre du Centenaire*, Paris, Dalloz, Arthur Rousseau Éditeur, 1904 (rist. Paris, Dalloz, 2004), pp. 223-243, in part. pp. 238-239. Sulla prima: A. MONTI, *Angelo Sraffa. Un 'antiteorico' del diritto*, Milano, Egea, 2011, pp. 61-71. Nello stesso periodo v. anche le denunce di C. VIVANTE, *Le nuove influenze sociali nello studio del diritto commerciale*, in « *Monitore dei tribunali* », XXXV (1894), pp. 729-731 (« norme diffidenti e repressive che gli imprenditori impongono ai loro clienti per forza di codici, di consuetudini o di contratti »: p. 730); ID., *I difetti sociali del codice di commercio*, in « *Monitore dei tribunali* », XL, s. II-v. II (1899), p. 343, e soprattutto ID., *Le nuove influenze sociali nel diritto privato*, Discorso inaugurale letto nel giorno 8 novembre 1902, Roma, Tipografia Fratelli Pallotta, pp. 9-10. Vivante vede tre possibili interventi riequilibrativi: norme imperative (pp. 9-10), contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni (pp. 11-12), contrattazione attraverso i sindacati (pp. 13-18) o le cooperative (pp. 18-19). Sui rimedi prospettati in questo intervento v. R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 53-56.

<sup>(16)</sup> La doppia dimensione di Mossa, osservatore e costruttore al tempo stesso, è messa in risalto molto bene da I. STOLZI, *Gli equilibri e i 'punti di vista': 'interno' ed 'esterno' nella rappresentazione della dinamica corporativa. Un'ipotesi di dialogo tra Lorenzo Mossa e Widar Cesarini Sforza*, in M. SBRICCOLI, P. COSTA ET AL., *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 227-228.

<sup>(17)</sup> Per adoperare un'espressione di P. CARONI, *Quelle continuité dans l'histoire du droit commercial?*, in *Le droit commercial dans la société suisse du XIX<sup>e</sup> siècle*, Fribourg Suisse, Éditions universitaires, 1997, p. 5.

alla discussione sui contratti di adesione, ben più vivace che in Italia. Ne traiamo una significativa conferma da uno scritto successivo, che contiene un ulteriore cenno ai contratti di adesione e ai mezzi per difendere i singoli contro gli squilibri del mercato. Si tratta del saggio *Studi su gli usi commerciali* del 1922, nel quale Mossa, dopo aver constatato il sempre maggiore proliferare di usi sbilanciati a favore degli interessi dei commercianti <sup>(18)</sup>, sostiene che il giudice ha il potere di non applicare usi commerciali non corrispondenti a giustizia: « quando l'uso è ingiusto perché offende il senso di giustizia, con una mancata conciliazione di interessi, o col prevalere di egoismi di classe o categorie, non può applicarsi, senza una precisa volontà della parte », con l'ancor più spiazzante precisazione che il suo riferimento non è « ai principî di giustizia contenuti nell'ordinamento positivo, anche dispositivo », ma « ai principî di giustizia viventi entro la sfera, generale o particolare, degli interessati all'esistenza dell'uso » <sup>(19)</sup>.

Un'affermazione di anti-positivismo che non poteva non colpire, anche nell'universo giuscommercialistico. Una formula che, non a caso, risulterà poco gradita ad Alberto Asquini <sup>(20)</sup>. Completa il quadro un ulteriore affondo contro gli abusi contrattuali delle imprese, che Mossa inserisce anche in questo contributo <sup>(21)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> Cfr. già VIVANTE, *I difetti sociali*, cit., p. 342; A. SRAFFA, *La riforma della legislazione commerciale e la funzione dei giuristi*, in « Rivista del diritto commerciale », XI (1913), I, p. 1018. Sul fenomeno: TETI, *Codice civile e regime fascista*, cit., pp. 71-72.

<sup>(19)</sup> L. MOSSA, *Studi sugli usi commerciali*, in « Rivista del diritto commerciale », XX (1922), I, p. 576; Id., *I problemi fondamentali*, cit., p. 22 (dove parla di « eliminazione » da parte del giudice degli usi contrari alla buona fede).

<sup>(20)</sup> Cfr. nt. 54.

<sup>(21)</sup> « La libertà contrattuale è minacciata dalle coalizioni e dai cartelli che mirano, con manovre e con mezzi adatti quali i formulari e gli usi, ad imporre la loro volontà assoluta. La reazione dell'ordinamento giuridico contro queste imposizioni, che per noi sono una *violenza* di nuova natura, è fortunatamente in corso. O per la iniquità dei patti, o per il carattere monopolizzatore dei commercianti che impongono la loro volontà, si guarda a difendere il singolo che ha contrattato dalla oppressione economica e dallo sfruttamento giuridicamente mascherato » (MOSSA, *Studi sugli usi*, cit., p. 563). In nota, l'autore cita lo studio fresco di stampa di Hans Carl NIPPERDEY, *Kontrabierungszwang und diktierter Vertrag*, Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1920.

### 3. *Anni Venti: dalle prolusioni ai saggi critici.*

La seconda tappa di questo viaggio è costituita dalle riflessioni degli anni Venti, ricche di interventi significativi alla ricerca di mezzi di tutela contro la disparità di potere contrattuale nei rapporti con le imprese. Il nucleo fondante di tutti è la richiesta a gran voce di un aumento dei poteri del giudice. Il giudice è veramente, per Mossa, l'organo del nuovo diritto privato 'sociale'. Questo filo conduttore emerge con evidenza nella prolusione sassarese, dedicata al diritto del lavoro, ma con considerazioni che hanno una portata più generale (22). Il dato che colpisce maggiormente anche chi si propone di ricavarne indicazioni per l'interpretazione di contratti diversi da quello di lavoro è infatti l'esaltazione che Mossa fa dell'attività del giudice, preferita (in questo momento) a quella del legislatore: i numerosi poteri che gli assegna, che travalicano ampiamente i confini dettati dalle regole del diritto comune, e lo autorizzano non solo a dichiarare nulli patti ingiusti, ma anche a operare la revisione del contratto (23). Nel testo è contenuta anche una requisitoria (la prima di tante) contro il diritto romano di cui è imbevuto il diritto civile dei contratti e contro quella che, in un libro conclusivo più tardo, Mossa chiamerà, la « leggenda del diritto

---

(22) L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*. Discorso inaugurale della R. Università di Sassari per l'anno accadem. 1922-23, Sassari, Stamperia della Libreria Italiana e Straniera, 1923. Condivido la lettura intelligente che di questo scritto e di altri interventi di Mossa dà CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro*, cit., pp. 550-562, alle cui pagine rimando.

(23) MOSSA, *Il diritto del lavoro*, cit., pp. 12-13 (corsivi miei): « La garanzia della generalità, del più debole contro lo *schiacciamento* contrattuale delle imprese, è domandata dagli scrittori, ma non può consistere nello intervento legislativo, che può eludersi e potrebbe ostacolare lo sviluppo dei contratti, nuocendo agli interessi generali del commercio e della società. Si rende indispensabile l'intervento del giudice, che non può essere eliminato dalle clausole di arbitrati, perché esse non sono che un anello della catena che si salda sulla libertà del contraente. Al giudice deve attribuirsi la facoltà di *modificare* il contratto secondo le esigenze della giustizia, e di rifiutare validità a tutti i patti *ingiusti*, dettati dall'interesse unilaterale e sfruttatorio di una parte, senza alcun riguardo per l'interesse dell'altra. Il risultato al quale si deve giungere è l'applicazione di regole giuste per un contratto ingiusto, e non la semplice e primordiale invalidità assoluta del contratto, da riservarsi a casi estremi ».

privato che col crescere dello stato diventa diritto pubblico » (24). Temi che diverranno correnti nelle successive meditazioni.

Vista in tale contesto, la prolusione pisana del 1926 può essere intesa come l'apice di un discorso del tutto in linea con le precedenti riflessioni di Mossa (25). È ancora il giudice ordinario, secondo Mossa, il soggetto più idoneo a proteggere gli aderenti contro le insidie dei commercianti. La soluzione migliore per colpire efficacemente « l'abuso della posizione di superiorità economica della impresa », ripetutamente denunciato, ma mai risolto dalla giurisprudenza o dalla legge, è infatti da ricercarsi nell'interpretazione del contratto attuata dal giudice, più che in speciali norme imperative di legge. Mossa, stavolta, guarda alle soluzioni della prassi giudiziale in prospettiva rovesciata rispetto al saggio del 1919. La sua attenzione, cioè, è polarizzata da quella parte di giurisprudenza che, fedele al principio liberale della forza obbligatoria del contratto, rifiuta di concedere al giudice il potere di annullare singole clausole vessatorie: « la giurisprudenza è affascinata dall'idea del contratto e della libertà contrattuale, sino al punto di non vedere che bene spesso la libertà di questi contratti è nominale e retorica » (26).

Mossa dunque continua a sostenere la necessità di un inter-

---

(24) L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il codice civile del 1942*, I, *Il libro del lavoro. L'impresa corporativa*, Milano, Società Editrice Libreria, 1942. Per gli altri passi: MOSSA, *Il diritto del lavoro*, cit., pp. 9-10.

(25) MOSSA, *I problemi fondamentali*, cit. Il messaggio innovatore di questo scritto è evidenziato da GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, cit., pp. 1008-1015; STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., p. 420; A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economia*, in « Rivista delle società », 53 (2008), p. 650.

(26) MOSSA, *I problemi fondamentali*, cit., p. 27. Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali del periodo sulla validità delle clausole vessatorie nei contratti di adesione mi permetto di rinviare a G. CHIODI, *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. XXVII-XXXIII, 125-139. Anche ad altro proposito, Mossa accusa la giurisprudenza « liberale » di « infecondo spirito di neutralità » (espressione notata da STOLZI, *Gli equilibri*, cit., p. 236), perché « non ha considerato i valori economici e la realtà sociale », perché « non ha suggellato i principi fondamentali di giustizia ben viventi in quel tempo ». Ciò costituisce una « colpa », molto più che se i giudici non avessero applicato la legge. Questi passi — tratti da *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale ed il codice sociale* [1943], in « Rivista del diritto commerciale », XLIII (1945), I, p. 63 — restituiscono l'idea che Mossa aveva della responsabilità e della missione produttiva della giurisprudenza.

vento giudiziale di controllo del contenuto contrattuale, criticando quella parte di giurisprudenza che chiude ancora gli occhi di fronte agli abusi delle imprese, in nome della libertà contrattuale.

Anche nel 1926, inoltre, Mossa ritiene opportuno sfatare l'opinione comune, favorevole più all'aumento di norme imperative nella disciplina dei singoli tipi contrattuali che al ricorso all'opera discrezionale del giudice <sup>(27)</sup>.

L'idea è sempre quella di un giudice che corregga gli squilibri contrattuali attraverso l'interpretazione. Mossa non precisa ulteriormente il suo pensiero, nel quale sembra ora di scorgere una tensione più oggettiva che in passato: è l'iniquità del formulario, infatti, ad attirare la sua attenzione, più che la reale intenzione dell'aderente. Il confronto con la prolusione sassarese conforta questa lettura del suo pensiero.

Egli richiama ancora in modo netto la necessità di distinguere tra contratti di impresa rivolti ad una generalità di utenti e conclusi attraverso formulari predisposti dai commercianti, e contratti ordinari: i primi reclamano una disciplina diversa e differenziata rispetto ai secondi, proprio per il fatto di essere destinati a una pluralità disorganica di singoli. Voler regolare indistintamente i due fenomeni è un errore, pretendere di risolvere il problema con il « lasciar fare della giurisprudenza liberale » è un porsi fuori dalla strada della storia, è chiudere gli occhi di fronte alla nuova realtà economica <sup>(28)</sup>.

---

<sup>(27)</sup> « È vano, forse, domandare aiuto alla legge, la quale non può disciplinare l'immensità delle insidie dei formulari, e dovrebbe limitarsi a suggerire rimedi analoghi a quelli che già la giurisprudenza ha a sua disposizione. Si è detto che la giurisprudenza deve intervenire a favore del debole contro il forte e si è fatta della romantica senza contenuto giuridico. Invece, nella via dell'interpretazione, può forse ripararsi alle iniquità del formulario. E soprattutto si può distruggere un accordo, nel quale una violenza di nuovo genere è esercitata dalla impresa » (MOSSA, *I problemi fondamentali*, cit., p. 27). I limiti delle norme inderogabili, già avvertiti da DEREUX (*De la nature juridique*, cit., pp. 534-535) e in Italia rilevati da Messina, Galizia, Carnelutti (v. i testi cit. a nt. 101), sono ribaditi da T. ASCARELLI, *Problemi preliminari nella riforma del diritto commerciale*, in « Foro italiano », 62 (1937), IV, c. 34.

<sup>(28)</sup> « Il parallelismo tra contratti di impresa e contratti ordinari è nocivo e inespessivo. L'impresa è in particolari condizioni di contratto e la sua controparte, infine, non è il singolo, ma una pluralità, per quanto disunita, di singoli. Col considerare l'organizzazione del traffico di una determinata impresa, si potrà più facilmente pervenire a risolvere una questione sinora insolubile. La conciliazione degli interessi dell'im-

Non manca un riferimento esplicito al progetto di codice di commercio del 1925, nel quale il legislatore era intervenuto con un primo tessuto di norme inderogabili, previste in relazione a determinati tipi contrattuali, allo scopo di privare di efficacia singole clausole abusive. Si tratta, però, per Mossa, di un rimedio frammentario, incompleto e in quanto tale non esauriente.

Nel 1927, l'idea di tutela di Mossa appare finalmente chiara e precisa. L'occasione del nuovo intervento è importante: il professore pisano prende direttamente di mira il citato progetto di codice di commercio, formato dalla commissione presieduta da Mariano D'Amelio, che viene passato al setaccio di una lettura complessivamente negativa <sup>(29)</sup>. Mossa, innanzitutto, constata nuovamente la separazione tra diritto civile e diritto commerciale: « il moderno diritto si separa, non meno di quello che lo ha preceduto, dal diritto privato generale ». L'*autonomia* del diritto commerciale è un segno distintivo dei tempi moderni, che « con l'accentuarne i caratteri uniformi e mondiali accrescono i caratteri distintivi del diritto commerciale », al punto che « il diritto civile, anche se influenzato, a un dato momento, dagli istituti e dai contratti commerciali, viene distanziato dalle nuove ondate che trascinano innanzi il diritto commerciale » <sup>(30)</sup>. Se tale è la « tendenza moderna » del diritto commerciale, il progetto, sotto questo punto di vista, la rispecchia e guadagna quindi l'approvazione di Mossa che, invece, è decisamente critico riguardo alla struttura del codice. La scena avrebbe dovuto essere occupata dall'impresa, « la forza moderna più operosa del diritto commerciale » <sup>(31)</sup>. Il progetto, invece, non ruotava ancora del tutto intorno al concetto di impresa <sup>(32)</sup>. Se così fosse stato, esso

---

presa e della comunità deve finalmente compiersi, e non è certamente compiuta col lasciar fare della giurisprudenza liberale » (MOSSA, *I problemi fondamentali*, cit., pp. 27-28).

<sup>(29)</sup> L. MOSSA, *Saggio Critico sul Progetto del nuovo Codice di Commercio*, in « Annuario di diritto comparato e di studi legislativi », I (1927), pp. 170-263.

<sup>(30)</sup> Ivi, p. 179.

<sup>(31)</sup> Ivi, p. 181.

<sup>(32)</sup> Tagliente e ruvido, ma come al solito trasparente e coerente, Mossa ribadirà il giudizio negativo in un saggio del 1941 che, per le critiche portate al libro quinto del codice civile, aveva ricevuto da Asquini il veto di pubblicazione sulla « Rivista del diritto commerciale », dove comparve solo nel 1946: « L'aurora di questo diritto dell'impresa

non avrebbe trascurato di regolare i contratti di adesione, che erano i più importanti contratti di impresa. I compilatori vengono pertanto accusati, per questa lacuna grave, di aver confessato tacitamente la loro impotenza ovvero la loro incapacità di risolvere un problema che incombeva da decenni.

Mossa innanzitutto rivendica energicamente la disciplina al codice di commercio e non al codice civile, poiché si tratta « di un fatto essenzialmente commerciale »<sup>(33)</sup>. Lamenta poi la carenza nel progetto di norme sull'interpretazione dei contratti posti in essere dalle imprese attraverso formulari<sup>(34)</sup>. Non tutti i contratti commerciali, quindi, né tutti i contratti delle imprese, ma solo i « contratti delle imprese col pubblico, conchiusi a mezzo dei formulari »: è questo il problema al quale il codice doveva dare una risposta precisa. A questo riguardo, Mossa compie un'altra osservazione importante. Si tratta, a suo avviso, di distaccarsi da una visuale prettamente individualista. L'interpretazione dei contratti di adesione, infatti, « va compiuta al lume degli interessi della impresa, unica contraente da un lato, e della generalità considerata nell'insieme dei contraenti dall'altro lato »<sup>(35)</sup>. Il giudice, quindi, deve considerare non gli interessi dei singoli contraenti, ma quelli della generalità di essi: « è solamente nei confronti della generalità che può dirsi se il contratto è equo od iniquo »<sup>(36)</sup>. Mi sembra, quindi,

---

noi l'avevamo vista splendere quando i riformatori del codice di commercio, nel progetto del 1925, lo cullavano ancora nella decrepita culla dell'atto di commercio » (*Contributo al diritto dell'impresa ed al diritto del lavoro*, in « Archivio di studi corporativi », XII (1941), p. 77, e con qualche variante in « Rivista del diritto commerciale », XLIV (1946), I, p. 114). Sulla vicenda: TETI, *Codice civile e regime fascista*, cit., pp. 242-243 nt. 126.

<sup>(33)</sup> MOSSA, *Saggio Critico*, cit., p. 187.

<sup>(34)</sup> « Il problema è, a parer nostro, un problema di validità del negozio, in quanto è un problema di interpretazione » (*ibidem*).

<sup>(35)</sup> Sulla differenza tra interessi della collettività e interessi di categoria cfr. S. RODÒTA, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 maggio 1969, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 88-89.

<sup>(36)</sup> MOSSA, *Saggio Critico*, cit., p. 188. Coerente a se stesso, quando Mossa, nel 1940, partecipa al convegno pisano sui principi generali del diritto, presenta una regola di interpretazione dei contratti predisposti dalle imprese, così formulata: « Nell'interpretazione degli accordi o contratti precostituiti dalle imprese l'interesse comune dei

del tutto opportuno presentare Mossa come un convinto assertore dell'uso della buona fede come « strumento di controllo di una operazione economica »<sup>(37)</sup> e farne risaltare la posizione originale, e perciò singolare, nel dibattito del suo tempo<sup>(38)</sup>.

Il rimedio proposto da Mossa consiste nel potere giudiziale di dichiarare nulle le clausole inique o, per usare il lessico specifico, contrarie a buona fede<sup>(39)</sup>. La logica dalla quale si pone ora Mossa non è più volontaristica, ma oggettiva. Il grimaldello è il principio di buona fede, clausola generale comune al diritto civile e commerciale, ma presente anche nelle riflessioni dei teorici del giusliberismo<sup>(40)</sup>.

Tecnicamente audace, per l'uso correttivo dell'equità e della buona fede, la proposta, come precisa Mossa, non si estende fino al punto di dotare il giudice anche del potere di revisione del contratto: « non si ammette il potere di rivedere o modificare il contratto per parte del giudice »<sup>(41)</sup>. In altri termini, una volta dichiarata la nullità

soggetti e quello della generalità sono considerati insieme a quello proprio della vitalità e della fortuna dell'impresa » (L. MOSSA, *Regole fondamentali della vita del diritto*, in *Studi sui principî generali dell'ordinamento giuridico fascista*, a cura della Facoltà di giurisprudenza e della Scuola di perfezionamento nelle discipline corporative della R. Università di Pisa, Pisa, Arti grafiche Pacini Mariotti, 1943, p. 371, *Contratto*. III).

<sup>(37)</sup> Per usare il lessico di RODOTÀ, *Condizioni*, cit., p. 90, cioè « strumento di difesa dei consumatori contro le imposizioni delle grandi imprese » (ID., *Ipotesi sul diritto privato*, in *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, il Mulino, 1971, p. 20).

<sup>(38)</sup> La riflessione di Mossa segna, a mio avviso, una discontinuità nell'uso della clausola di buona fede nel dibattito post-unitario, poiché essa non serve a ribadire l'intangibilità della volontà delle parti o a difendere i confini del diritto civile individuale e, pur essendo impiegata come strumento di controllo della giustizia del contratto, non esclude l'intervento di norme imperative, nell'ambito di una articolata serie di tutele a favore dei consumatori. Su questi temi è fondamentale G. CAZZETTA, *Codificazione ottocentesca e paradigmi contrattuali: il problema del lavoro* (2009), in ID., *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 163-188, specialmente pp. 180-188.

<sup>(39)</sup> « Il sistema che noi proponiamo consiste nel dichiarare nulle le clausole dei contratti-formulari delle imprese, che ledono in modo inusitato e contro la buona fede, gli interessi della generalità dei contraenti » (MOSSA, *Saggio Critico*, cit., p. 188).

<sup>(40)</sup> È rivelatore MOSSA, *Trattato*, cit., p. 89: « Come fonte di diritto sono concepiti i bisogni del traffico, e tutto il diritto si vuole dominato dalla regola generale della buona fede. L'adeguazione degli interessi in collisione nei diversi rapporti costituisce un pernio del diritto libero ».

<sup>(41)</sup> MOSSA, *Saggio Critico*, cit., p. 188.

della clausola iniqua, il giudice potrà eventualmente colmare la lacuna ricorrendo alle comuni fonti di integrazione del contratto: il contratto stesso, il diritto legale, l'uso commerciale. Mossa, quindi, fa marcia indietro rispetto alle sue precedenti posizioni, avvertendo forse l'audacia estrema della sua strategia. In ogni caso, ancora una volta, egli si dimostra favorevole ad ampliare i poteri del giudice. La tutela dell'aderente è compito del giudice ordinario <sup>(42)</sup>, nell'ambito dell'interpretazione del contratto: attività ermeneutica che, sul piano delle categorie civilistiche, a dire il vero, è intesa in senso lato, comprendendo poteri di interpretazione in senso stretto, di invalidazione e di correzione dell'accordo.

La proposta, oltre che poco ortodossa rispetto alle tecniche elaborate dalla dottrina di quel periodo — basterebbe ricordare, a tal proposito, l'affermazione lapidaria di Alfredo Ascoli, secondo il quale « la buona fede non può far sì che il contratto non sia stato stipulato con tutte le sue clausole » <sup>(43)</sup> — lo era anche sotto altri punti di vista. Mossa non era un legalista. Le sue simpatie (o, per meglio dire, le sue aperture) nei confronti del diritto libero erano note. La soluzione da lui proposta, tuttavia, non cadeva in un ambiente favorevole a svilupparla. Le critiche, infatti, arrivarono puntuali, e da un commercialista non solo autorevole ma anche politicamente integrato nel regime, come Alberto Asquini <sup>(44)</sup>, che scrisse una risentita replica alle pungenti osservazioni del professore pisano: « Non occorrono commenti per intendere che questa è una *formula buona solo per un codice di diritto libero*. Ma noi non crediamo neppure possibile trovare un'altra formula *generale* da sostituire a quella proposta da Mossa. Il problema prospettato da

---

<sup>(42)</sup> « Basta una semplice norma di interpretazione, come quella proposta, a portare l'equilibrio nelle contrattazioni delle imprese, formando poi per sé stessa come il centro di un sistema di interpretazione che dottrina e giurisprudenza possono ben costruire lentamente, con la continua esperienza » (*ibidem*).

<sup>(43)</sup> A. ASCOLI, *Contratto fatto su modulo a stampa. Uso e consuetudine derogatoria*, in « Rivista di diritto civile », III (1911), p. 111. La buona fede, quindi, in questa accezione, conduceva a un risultato diametralmente opposto a quello immaginato da Mossa e serviva a rafforzare il principio della forza obbligatoria dei contratti (secondo la volontà delle parti), invece che a limitarlo.

<sup>(44)</sup> V. ora C. MONTAGNANI, *Il fascismo "visibile". Rileggendo Alberto Asquini*, Prefazione di G. Cottino, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

Mossa ammette, a nostro avviso, solo soluzioni legislative limitate ai diversi tipi di contratto: assicurazione, trasporto, pegno, vendita, ecc., come ne danno esempio le legislazioni straniere e il nostro progetto per il nuovo codice di commercio »<sup>(45)</sup>.

Il pangiudizialismo di Mossa si infrangeva contro lo statalismo rocchiano di Asquini, difensore del potenziamento del diritto commerciale attraverso l'aumento di norme inderogabili, e ostile all'uso di clausole generali gestite dalla giurisprudenza, vissuto come un radicalismo pericoloso e arbitrario<sup>(46)</sup>.

E infatti, nel progetto di codice di commercio del 1925, non mancavano norme inderogabili a tutela degli aderenti dettate per singoli tipi contrattuali. Nel contratto di trasporto di cose, ad esempio, troviamo sancita l'inderogabilità delle norme sulla responsabilità del vettore, « salvo per i trasporti eseguiti a tariffe speciali adeguatamente inferiori alle tariffe ordinarie » (art. 448). Nel contratto di assicurazione, il mancato pagamento del premio assicurativo alla scadenza non determinava la risoluzione immediata del contratto (art. 466), e la clausola di rinnovazione tacita del contratto non poteva avere effetto che di anno in anno, salva comunque la

---

<sup>(45)</sup> A. ASQUINI, *Codice di commercio, codice dei commercianti o codice unico di diritto privato?*, in « Rivista del diritto commerciale », XXV (1927), I, p. 515, anche in *Id.*, *Scritti giuridici*, v. I, Padova, Cedam, 1936, pp. 25-48. Negli *Scritti*, cit., p. 37 nt. 2, è da notare una sfumatura semantica: « formula buona solo per creare, non per risolvere le questioni ». Lo scritto, come ricorda P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in « Quaderni fiorentini », 28 (1999), p. 244 nt. 85, nella versione pubblicata in *Bollettino dell'Istituto di diritto comparato annesso alla R. Università Commerciale di Trieste*, II, Padova, Cedam, 1928, conteneva una postilla (p. 92) in cui il tono di Mossa era definito « messianico ». La replica di Mossa si trova nel suo *Trattato*, cit., p. 60: « Invano si vollero ridurre al silenzio i suoi fautori, bellamente chiamati: messia del diritto dell'impresa. Il progetto era stato colpito nel cuore e non era più che un ricordo storico ».

<sup>(46)</sup> Si possono ricordare, allora, anche i dubbi e le rigidità di SALANDRA, *I contratti di adesione*, cit., p. 525 (« male peggiore di quello che si vuole evitare, perché la funzione del giudice ne verrebbe eccessivamente ampliata ») e p. 530 (significativamente anche contro Staub e Düringer-Achenburg). Ma altresì, in piena temperie corporativa, le riserve di A. GRECHI, *Proprietà e Contratto nella evoluzione sociale del diritto del lavoro*, Firenze, Casa Editrice Poligrafica Universitaria del Dott. Carlo Cya, 1935, p. 145. Ancora F. FERRARA JR., *Lorenzo Mossa*, in « Rivista di diritto civile », III (1957), p. 380, osserva: « Certo l'impostazione è pericolosa. La giustizia sociale che si invoca appare un concetto vago e suscettibile di diversi apprezzamenti ».

facoltà di disdetta fino a trenta giorni prima della scadenza, nonostante qualsiasi patto contrario (art. 471).

Nel replicare ad Asquini nel 1928, tuttavia, Mossa difenderà fermamente la soluzione giudiziale, precisando ancora di non aver inteso conferire al giudice anche un potere di revisione, ma solo di interpretazione del contratto: « solo per questa via può ritrovarsi il valore del contratto; può rinvenirsi il contenuto essenziale. La libertà contrattuale deve finalmente salvaguardarsi dal prepotere delle imprese. Ed è nella strada maestra della interpretazione, di questa squisita opera del giudice, che il valore del formulario va ricercato. La conciliazione degli interessi è sempre presente in quest'opera, che avvicina il giudice al legislatore, pur senza conferirgli un potere di revisione del contratto » (47).

I due giuristi rimanevano distanti: Mossa favorevole a un intervento generale che facesse perno sul giudice e sulle sue valutazioni; Asquini contrario a controlli giudiziali e decisamente schierato per soluzioni legislative, caso per caso, tipo per tipo, tramite norme specifiche di natura imperativa e di diritto commerciale. In realtà, vi era un più ampio contrasto di fondo tra Mossa e Asquini, nel concepire il diritto e le sue fonti. Per Asquini era imprescindibile il ricorso a norme imperative di diritto commerciale che, come tali, costituivano un limite e un argine insuperabile anche per la normazione corporativa: « la infrangibile subordinazione del nuovo diritto contrattuale corporativo al diritto codificato dallo stato » come fattore di ordine e certezza (48). Asquini avversava le tendenze

---

(47) L. MOSSA, *Per il nuovo codice di commercio*, in « Rivista del diritto commerciale », XXVI (1928), I, p. 32.

(48) ASQUINI, *L'unità del diritto commerciale*, cit., p. 52. Questo limite posto da Asquini alla normazione corporativa è ricordato da G. FERRI, *Alberto Asquini giurista*, in « Rivista del diritto commerciale », LXIII (1965), I, p. 419, e sottolineato da TETI, *Codice civile e regime fascista*, cit., p. 107; STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., pp. 417 e 418-419 per la differente posizione di Mossa; G. COTTINO, *L'impresa nel pensiero dei Maestri degli anni Quaranta*, in « Giurisprudenza commerciale », XXXII (2005), I, pp. 10-11. Lo stesso Giuseppe Ferri, brillante allievo di Asquini, nel 1940, approverà l'uso di questa tecnica di protezione del contraente debole nel progetto di codice di commercio approntato sotto la direzione dello stesso Asquini. Cfr. G. FERRI, *L'impresa nel sistema del progetto del codice di commercio*, in « Diritto e pratica commerciale », XIX (1940), I, p. 201: « occorre pertanto non solo richiedere una maggiore evidenza delle clausole

centrifughe sia dei contratti-tipo sia del diritto corporativo, accentuando la supremazia del diritto commerciale statale. Mossa, invece, riteneva che il giudice potesse assolvere una funzione importante di garanzia, nel sindacato sull'equilibrio contrattuale <sup>(49)</sup>, anche perché aveva una visione più complessa dell'ordinamento giuridico <sup>(50)</sup>.

La preferenza di Asquini per interventi legislativi, più che giudiziali, tesi a incidere sul contenuto dei contratti di adesione e, a monte, dei contratti-tipo, traspare anche dal saggio sull'unità del diritto commerciale <sup>(51)</sup>, pubblicato nel 1931 anche nella raccolta di studi in onore di Cesare Vivante che, nella fase ultima della sua carriera si era intensamente occupato di contratti di adesione, contratti-tipo e di diritto corporativo <sup>(52)</sup>.

I c.d. contratti-tipo (contratti normativi contenenti le condizioni generali di contratto che le imprese intendono osservare nei loro contratti individuali) ponevano seri problemi, che erano sotto

---

più importanti contenute nel formulario, ma soprattutto fissare nel codice una serie di norme inderogabili da parte dell'imprenditore. Questo sistema è stato appunto seguito per il contratto di assicurazione, per i contratti di trasporto, per il contratto di somministrazione ».

<sup>(49)</sup> Sul contrasto tra Mossa e Asquini circa la struttura del codice di commercio v. TETI, *Codice civile e regime fascista*, cit., pp. 91-99; CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile*, cit., pp. 242-244; COTTINO, *L'impresa*, cit., pp. 7-12.

<sup>(50)</sup> A conferma delle due diverse visioni del diritto, si consideri quanto ha occasione di scrivere Mossa, in un passo lucidamente rivelatore: « generalità di regole dominanti e senza casuistica, sono invece i contrassegni del codice sociale. Un codice è, tanto più sociale e rivoluzionario, quanto meno è perfetto, quanto più è generale, e quanto meno è tecnico » (MOSSA, *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale*, cit., p. 72). V. invece A. ASQUINI, *Diritto commerciale*, a. a. 1936-1937, Roma, Gruppo dei Fasci Universitari dell'Urbe Editrice - S.A. Vibo, [1937], p. 37: « la giustizia che garantisce l'ordine sociale è la giustizia che ha una base certa nel diritto positivo, non la giustizia 'di gomma elastica', che l'interprete può soggettivamente preferire secondo le sue tendenze ». Il brano conferma la distanza tra Mossa e Asquini, che depura e nella sostanza « sterilizza » le aperture al sociale di Mossa, come rileva in modo convincente CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro*, cit., pp. 564-569, 566.

<sup>(51)</sup> A. ASQUINI, *L'unità del diritto commerciale e i moderni orientamenti corporativi*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, II, Roma, Società Editrice del « Foro italiano », 1931, pp. 521-545 e in « Il diritto del lavoro », V (1931), I, pp. 9-20, anche in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Padova, Cedam, 1936, pp. 49-70.

<sup>(52)</sup> V. gli scritti cit. a nt. 116.

l'occhio di molti altri cultori della materia. Asquini, in questo intervento, manifesta infatti la preoccupazione che i contratti-tipo, soprattutto quelli unilaterali, conclusi cioè da associazioni di categoria rappresentanti i medesimi interessi, destinati a valere anche nei confronti di categorie contrapposte non sindacalmente organizzate (come i consumatori <sup>(53)</sup>), vengano considerati, in maniera troppo disinvolta, come veri e propri usi commerciali, cioè fonti del diritto opponibili a tutti gli interessati indipendentemente dalla conoscenza e dal loro consenso, e pone alcune precise condizioni per arginare il fenomeno. Sottolinea inoltre che i contratti-tipo non possono derogare alle norme imperative di diritto commerciale e ai principi di ordine pubblico, questi ultimi, tuttavia, da non intendersi « come un sentimento di giustizia sociale, ben difficilmente afferrabile », come egli precisa con il dichiarato intento di contrapporsi a Mossa, troppo sensibile alle « vedute di certe correnti scientifiche di sfondo giuridico naturalistico largamente sviluppate nella letteratura germanica » <sup>(54)</sup>. A questo proposito, è lo stesso Asquini a manifestare la sua preferenza per una maggiore torsione imperativa del diritto commerciale <sup>(55)</sup>: una legge commerciale, come sottolinea, « tradizionalmente anche troppo dispositiva » <sup>(56)</sup>. Mentre Mossa, in altri termini, guardava anche al giudice come garante dell'equilibrio contrattuale, Asquini rimaneva convinto che il problema fosse me-

---

<sup>(53)</sup> Sulla distinzione tra contratti-tipo unilaterali e bilaterali (derivata da Hueck e Lotmar, e adottata in Italia da Carnelutti e Messina), e sui relativi problemi giuridici, si può fare riferimento al coevo studio di SALANDRA, *I contratti di adesione*, cit., che contiene una utile messa a punto alle pp. 507-515 (§§ 11-13). Cfr. anche ID., *Manuale di diritto commerciale*, v. II, Bologna, Dott. Cesare Zuffi Editore, 1950<sup>2</sup>, pp. 19-20. Il diritto corporativo ne avrebbe, di lì a poco, sviluppato la disciplina inaugurata dalla legge Rocco del 1926.

<sup>(54)</sup> ASQUINI, *L'unità del diritto commerciale*, cit., p. 56.

<sup>(55)</sup> « Ma sono pienamente d'accordo con quanti reclamano *de jure condendo* dalla legge commerciale un maggiore contenuto *imperativo*, perché la preoccupazione legislativa del dogma della libertà, giustificabile in una economia individualistica, diviene una colpevole abdicazione in un'economia retta da potenti forze organizzate, come è l'economia moderna. Il miglior modo di valorizzare i contratti-tipo, sia sul terreno strettamente contrattuale, sia su quello degli usi commerciali è quello di impedirne gli abusi col dare un più energico contenuto volitivo e imperativo alla legge commerciale » (*ibidem*).

<sup>(56)</sup> Ivi, p. 59.

glio risolubile con interventi legislativi, eventualmente anche più incisivi, come nel caso dell'esistenza di veri e propri monopoli, per i quali si poteva dunque optare per un regolamento legale imperativo, come nei trasporti ferroviari, o per un controllo amministrativo sulle condizioni generali di contratto, come nel campo assicurativo, confidando sulle sanzioni amministrative nel caso di inosservanza nei singoli contratti individuali delle condizioni preventivamente approvate <sup>(57)</sup>. Negli anni Trenta, come vedremo, a questo quadro vennero apportate significative aggiunte dal diritto corporativo.

Si può ritenere che l'opzione per il giudice sia stata ispirata a Mossa anche dalle sue predilette letture degli autori tedeschi: riferimenti non mancano, nel corso delle sue opere, al dibattito in corso nell'ambiente scientifico germanico caratterizzato, come è noto, dal protagonismo dei tribunali e dall'impiego delle clausole generali dei §§ 138 e 242 BGB <sup>(58)</sup>. A lettore così onnivoro e attento non poteva sfuggire l'orizzonte che queste prospettive schiudevano anche all'interprete italiano.

Ne traiamo ulteriore conferma dal programma del corso di diritto commerciale pisano del 1929-30, che è uno schema illuminante, perché dimostra lo spazio anche didattico che Mossa intendeva offrire al tema dei formulari e dell'interpretazione dei contratti

---

<sup>(57)</sup> *Ibidem*. Il § 14 del citato saggio di SALANDRA, *I contratti di adesione*, pp. 515-522, riassume utilmente i vari tipi di intervento legislativo e amministrativo previsti dalla legislazione speciale. Cfr. in seguito anche la disamina accurata di Ascarelli, negli scritti cit. *infra*, nt. 77.

<sup>(58)</sup> Tra gli autori presenti nella sua biblioteca non manca uno dei padri del diritto dell'economia, J.W. Hedemann, con opere quali *Deutsches Wirtschaftsrecht. Ein Grundriss*, Berlin, Junker und Dünnhaupt Verlag, 1939 (di cui v. in particolare le importanti riflessioni sulle condizioni generali di contratto, pp. 296-305), ma anche *Das Bürgerliche Recht und die neue Zeit*, Jena, Gustav Fischer, 1919. Sul personaggio, da ultimo, v. F. MAZZARELLA, *Percorsi storico-giuridici dell'impresa. Dall'« enterprise » all'« Unternehmen »*, Palermo, Carlo Saladino Editore, 2012, pp. 93-99. Tra le letture di Mossa compaiono anche la monografia di L. RAISER, *Das Recht der allgemeinen Geschäfts-Bedingungen*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1935, e il saggio di A. KÖTTGEN, *Zur Lehre von den Rechtsquellen des Wirtschaftsrechts*, in *Festschrift Justus Wilhelm Hedemann zum sechzigsten Geburtstag am 24. April 1938*, Hrsg. R. Freister, G.A. Löning, H. C. Nipperdey, Jena, Frommannsche Buchhandlung Walter Biedermann, 1938, pp. 353-367.

di impresa <sup>(59)</sup>. Poiché inoltre questa parte è solo sfiorata e non sviluppata nel suo *Diritto commerciale*, pubblicato in due parti nel 1937, lo schema redatto nel 1929-30 è essenziale per comprendere appieno il significato dell'insegnamento pisano. Si avverte ancora una volta la carica riformista di Mossa, che non si accontenta di segnalare il problema della tutela del contraente debole di fronte alle imprese, ma afferma che la ricerca di mezzi concreti di protezione, stanti le lacune del diritto positivo, è « necessità del diritto commerciale » e dovere inderogabile della dottrina e della giurisprudenza <sup>(60)</sup>. Ammette, tuttavia, che non vi è accordo sulle strade da percorrere. È da escludere senz'altro che il giudice possa rifiutarsi di intervenire, asserendo che il contratto è formalmente perfetto e validamente concluso con l'accettazione: chi opta per questa soluzione, osserva causticamente Mossa, dimostra di essere suggestionato dalla logica individualistica, che non può funzionare per i contratti in serie. I rimedi devono essere trovati su altri piani. Innanzitutto, su quello dell'interpretazione. Ecco dunque Mossa riproporre il criterio dell'interpretazione delle clausole secondo la volontà dell'aderente: interpretazione soggettiva, dunque.

Ma non è tutto. Mossa infatti ammette chiaramente anche il potere del giudice di *annullare* le clausole contrarie alla buona fede, « nel senso che opprimono l'interesse del singolo, senza una ragione di protezione per l'interesse dell'impresa » <sup>(61)</sup>. In questa materia, peraltro, egli afferma che il problema più delicato non riguarda tanto il potere di *annullamento*, che gli appare scontato, quanto quello di *revisione* del contratto. Che anche questo secondo potere, ben più invasivo nei confronti dell'autonomia privata e contrario alla concezione classica e civilistica del contratto, si debba viceversa ammettere è conclusione del tutto logica per Mossa <sup>(62)</sup>, che non ragiona sulla

---

<sup>(59)</sup> L. MOSSA, *Programma del corso di Diritto Commerciale per l'anno 1929-30 nella R. Università di Pisa*, Pisa, Nistri-Lischi, 1933, pp. 42-44.

<sup>(60)</sup> Ivi, p. 42.

<sup>(61)</sup> Ivi, p. 43.

<sup>(62)</sup> V. anche L. MOSSA, *Diritto commerciale*, Parte prima, Milano, Società Editrice Libreria, 1937, p. 276: « nell'interpretazione la opera del giudice è preziosa, perché non solamente fissa il contenuto reale, e gli effetti giuridici del negozio, ma può spingersi sino a integrarlo [...] se non addirittura a modificarlo ». A p. 410, un'altra significativa ammissione: « L'impugnativa del contratto per il divario tra dichiarazione e

base della concezione civilistica (individualistica) del contratto, come scrive lui stesso, ma del contratto tra impresa e consumatori, esclusi i contratti tra imprenditori, che a suo avviso si pongono su un piano di presunta parità di potere. Anche per questi contratti, tuttavia, alla fine gli appare configurabile un potere di revisione del giudice, qualora sia accertato lo « schiacciamento » (termine squisitamente mossiano) di un'impresa ai danni di un'altra, soprattutto se piccola <sup>(63)</sup>.

Possiamo concludere questa fase densa di risposte concrete con un accenno al progetto del 1931 sul contratto di assicurazioni, che si collega bene con quanto constatato finora. Un prodotto notevolissimo di tecnica legislativa che, per quanto concerne il nostro tema, offre preziose conferme della sensibilità e della competenza con la quale il professore pisano trattava il tema dei contratti di adesione <sup>(64)</sup>. Sofferamoci essenzialmente sulle tecniche di tutela dell'assicurato. Notiamo che Mossa conserva l'attitudine tipica di articolare una pluralità di piani di tutele, che comprende norme che impongono vincoli di forma e di trasparenza (una novità), norme inderogabili (già presenti nel progetto di codice di commercio del 1925), norme interpretative, e si estende fino ad ampliare i poteri del giudice, come rimedio ulteriore rispetto a

---

realtà, non ha contropartita, in diritto attuale, a favore dell'assicurato. Le polizze sono dichiarate inimpugnabili, per quanto siano possibili equivoci o inganni, l'impossibilità di leggere spesso non è considerata ragione di impugnabilità. Ora è noto il sistema di stampare, in modo ultraminuto e inavvertibile, le clausole d'assicurazione. A mettere sull'avviso i contraenti, si dispone da parte di altre leggi, la necessità di enunciare in maniera inequivocabile, a caratteri manifesti, le clausole più importanti per l'assicurato. Il rimedio alle clausole eccessive, non sta tanto in codeste modalità, quanto nella affermata *rivedibilità delle clausole* ». V. già Id., *Compendio del diritto di assicurazione*, Milano, Giuffrè, 1936, p. 18 e p. 50.

<sup>(63)</sup> MOSSA, *Programma*, cit., p. 44. Di « schiacciamento giuridico » Mossa parla anche in *Diritto del lavoro*, cit., p. 12; Id., *Principii del diritto economico*, I. *Nozione e presupposti e scopi del diritto dell'economia* (1934), in Id., *L'impresa nell'ordine corporativo*, cit., p. 89. Di « schiacciamenti tragici » scrive in Id., *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale*, cit., p. 74 (come già osservato da STOLZI, *Gli equilibri*, cit., p. 237).

<sup>(64)</sup> L. MOSSA, *Saggio legislativo sul contratto di Assicurazione*, in « Archivio di studi corporativi », II (1931), pp. 203-275. L'annesso progetto di legge fu utilizzato in Messico: A. ASQUINI, *Lorenzo Mossa* (1957), in Id., *Scritti giuridici*, III, Padova, Cedam, 1961, p. 43.

quello approntato dalle norme imperative, secondo la tipica attitudine mossiana di ampliare lo spettro delle fonti del diritto, includendovi anche la giurisprudenza.

Questa stratificazione di interventi è particolarmente palese nell'articolo VI del progetto, specificamente dedicato alla condizioni generali del contratto di assicurazione <sup>(65)</sup>.

Nel commento al progetto, Mossa compie osservazioni molto interessanti per capire il suo metodo di lavoro. Dichiarò innanzitutto che le leggi speciali sul contratto di assicurazione, a partire da quella tedesca del 1908, hanno inaugurato delle tecniche di tutela del contraente debole che sono poi state applicate ad altri contratti di massa <sup>(66)</sup>. Il primo sistema è quello delle regole cogenti, che Mossa chiama « sistema coattivo compatto » <sup>(67)</sup>. Si può dunque imporre alle parti un determinato contenuto contrattuale. Le sanzioni, in caso di violazione, possono essere diverse. La sanzione della nullità assoluta è la più frequente: le clausole contrarie sono colpite da nullità, in quanto illecite. Contro questa forma di « dirigismo contrattuale » — per usare la nota formula di Louis Josserand <sup>(68)</sup> —

---

<sup>(65)</sup> « Nessuna clausola di nullità o di decadenza può considerarsi valida se non è in caratteri evidenti sulla polizza sottoscritta dal contraente. Nessuna clausola che impone obblighi per il contraente o assicurato, oltre quelli di legge, può considerarsi valida, quando pure non sia di per sé nulla, se non è giustificata dalle necessità dell'impresa, ed a condizione che non sia iniqua. Le clausole ingiustificate o inique sono nulle o possono adeguarsi all'esercizio dell'impresa e all'equità. Nel caso di divergenza tra condizioni generali d'impresa e polizza si applicano le clausole più favorevoli al contraente » (MOSSA, *Saggio legislativo*, cit., p. 254).

<sup>(66)</sup> Per una visione d'insieme: L. RAISER, *La libertà contrattuale oggi* (1959), in Id., *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, a cura di C.M. Mazzoni, trad. it. di *Die Ausgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten*, Kronberg im Taunus, Athenäum Verlag, 1977, a cura di M. Graziadei, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 49-69, specialmente pp. 64-65.

<sup>(67)</sup> MOSSA, *Saggio legislativo*, cit., p. 208.

<sup>(68)</sup> L. JOSSERAND, *Le contrat dirigé*, in *Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence*, 1933, Chronique, pp. 89-92, trad. it. *Considerazioni sul contratto "regolato"*, in « Archivio giuridico "Filippo Serafini" », IV s., XXVIII (1934), pp. 3-21, da contestualizzare e coordinare con gli altri numerosi contributi sul tema del civilista lionese, secondo le linee interpretative fornite da J.-P. CHAZAL, L. Josserand et le nouvel ordre contractuel, in « Revue des contrats », 2003, p. 325 e ss.; Id., *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain*, Colloque sur la pensée de Josserand, Lyon, 21-22 mars 2013 (on line: SciencesPo, École de droit).

che limita fortemente la libertà contrattuale delle parti (e in particolare delle grandi imprese), Mossa non ha nulla da obiettare, a differenza degli interlocutori d'oltralpe. Ritiene però che il legislatore non debba escludere altre forme di tutela. La più dirompente è quella della clausola generale di salvaguardia, usata dalla legge svedese e proposta anche da Hans Adler nel suo progetto di legge sulle assicurazioni <sup>(69)</sup>. Essa consiste nel potere concesso al giudice di valutare se gli obblighi ulteriori previsti dalle parti nell'esercizio della loro libertà contrattuale siano giustificati alla luce degli interessi dell'impresa e degli assicurati, con la possibilità di dichiarare nulle le clausole inique e di procedere alla revisione del contratto (come nella legge svedese). Siamo dunque sul piano del controllo giudiziario del contenuto del contratto. Mossa, naturalmente, accede a questa idea più di avanguardia e coerente con il suo progetto di diritto privato sociale.

#### 4. *Contratti di adesione, contratti-tipo e diritto corporativo.*

Negli anni Trenta prende forma una differente soluzione del problema della tutela dei consumatori affidata ai contratti-tipo conclusi dalle categorie organizzate sindacalmente, agli accordi economici collettivi e alle norme corporative, visti come fonte di un nuovo diritto equo, in sostituzione oppure in alternativa agli usi <sup>(70)</sup>. La nuova via interseca inevitabilmente anche il diritto commerciale e i suoi cultori <sup>(71)</sup>, dando vita ad un ventaglio di posizioni articolate e non del tutto coincidenti. Il dibattito corporativo coinvolge, come è ben noto, anche Lorenzo Mossa, che vi partecipa con il rango di protagonista <sup>(72)</sup>. È del 1930 il manifesto a favore del modernismo

---

<sup>(69)</sup> MOSSA, *Saggio legislativo*, cit., p. 209.

<sup>(70)</sup> Il fenomeno, dominante negli anni Trenta, è opportunamente registrato da GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 213-214; 235-238, 251-252.

<sup>(71)</sup> STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., pp. 4-7, 303, 393. Della stessa studiosa, v. anche l'ottima sintesi *Lo Stato corporativo*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 497-503.

<sup>(72)</sup> MOSSA, *Contributo*, cit., p. 111: « Nelle affermazioni corporative l'impresa formava come un fiume per il passaggio di idee e di istituti che i giuristi tradizionali stentavano ad accogliere ».

giuridico, uno degli scritti che meglio riassumono la sua visione pluralistica dell'ordinamento giuridico e la sua adesione sincera agli ideali del modernismo giuridico. In questo intervento dall'andamento rapsodico molti spunti di pensiero già espressi — ad esempio: la funzione creativa della giurisprudenza; l'identità tra principio corporativo e pensiero giuridico sociale; la natura 'privatistica' del diritto del lavoro, « diritto privato sociale che reclama la inviolabilità dei principi di giustizia sanciti nel diritto collettivo, ma permette la libera adattabilità delle normazioni individuali al diritto assoluto così rivelato » (73) — si saldano alla nuova tematica del corporativismo.

Mossa sottolinea la distinzione tra il diritto civile e gli altri rami del diritto privato (diritto del lavoro, diritto commerciale, diritto dell'economia) e rileva, per nulla sgomentato, che il diritto civile è sceso dal piedistallo: « non si può parlare oggi di diritto civile come generale diritto privato, di fronte alla espansione del diritto commerciale e alla imponenza del diritto del lavoro » (74). Ciò accade anche perché diritto del lavoro e diritto commerciale presentano caratteristiche distinte dal puro diritto civile. Parti di un diritto privato nuovo, che per Mossa è da configurarsi come un diritto privato sociale, questi diritti attuano una « trasformazione del diritto privato » destinata a riflettersi anche sul diritto civile, il quale « trasmette i suoi dogmi e riceve dai nuovi rami del diritto ordinamenti, metodi, e quel senso di socialità che costituisce l'eccellente mezzo per il mutamento, almeno sostanziale, delle regole del diritto » (75).

Quali ripercussioni ha il diritto corporativo sul diritto dei contratti? Prima di tutto, la normazione corporativa può incidere sugli usi, ma anche sulle condizioni generali di contratto, sui prezzi, quindi sul contenuto del contratto, prima lasciato esclusivamente alla libera determinazione delle parti. Mossa lo avverte chiaramente:

---

(73) L. MOSSA, *Modernismo giuridico e diritto privato*, in « Archivio di studi corporativi », I (1930), pp. 259-282, e in ID., *L'impresa nell'ordine corporativo*, cit., pp. 29-55, p. 47. Sul valore del sintagma: GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 102-108; STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., p. 352 nt. 159.

(74) MOSSA, *Modernismo giuridico*, cit., p. 48.

(75) Ivi, p. 54.

« tra il contratto individuale e la vera codificazione, si pone dunque la normazione economica, quale fonte di norme, ma eventualmente di obblighi » (76).

L'analisi è puntuale, come puntuale, negli stessi anni, è quella di Tullio Ascarelli (77), che coglie nella legislazione speciale e nel diritto corporativo uno spostamento epocale di asse, che porta in evidenza la categoria al posto dell'individuo e comporta una disciplina dell'attività economica « dettata dalle stesse categorie interessate sotto il controllo dello Stato, tutore degli interessi generali e, attraverso di essi, di quelli dei consumatori » (78). Il che significa porre su basi nuove anche un problema come quello dei contratti di adesione (79). Questa prospettiva strategica, peraltro, come avverte

---

(76) Ivi, p. 53.

(77) T. ASCARELLI, *I contratti commerciali e il criterio distintivo dei vari contratti*, in « Rivista del diritto commerciale », XXXI (1933), I, pp. 98-101; Id., *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, ivi, XXXII (1934), II, pp. 1-39; Id., *Alcuni aspetti del diritto commerciale nello stato corporativo*, in « Diritto e pratica commerciale », XIV (1935), I, pp. 269-285; Id., *L'importanza dei criteri tecnici nella sistemazione delle discipline giuridiche e il diritto agrario*, in *Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario tenuto in Firenze nei giorni 21, 22 e 23 Ottobre 1935* (a cura del Segretario Generale del Congresso), Firenze, Tipografia Editrice Mariano Ricci, 1935, pp. 102-114; Id., *Appunti di diritto commerciale. Introduzione*, Roma, Società Editrice del « Foro italiano », 1936<sup>3</sup>, pp. 20-32, 87-93; Id., *Problemi preliminari nella riforma del diritto commerciale*, in « Foro italiano », 62 (1937), IV, cc. 25-36, in part. c. 34. In questi contributi, Ascarelli afferra il tentativo delle leggi speciali e del corporativismo, nel quadro di un'economia organizzata e diretta dall'alto, di offrire una risposta ai problemi della grande impresa e (anche) della tutela del consumatore nei contratti-tipo e di adesione, superando gli schemi individualistici del diritto civile e commerciale, attraverso l'estensione dei contratti collettivi anche alla materia economica e le norme corporative. In questo itinerario, lo studio sulla funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale (1934) assume un rilievo fondamentale, contenendo gli spunti che Ascarelli svilupperà nei successivi saggi.

(78) ASCARELLI, *Alcuni aspetti*, cit., p. 272.

(79) ASCARELLI, *Problemi preliminari*, cit., pp. 33-34. Sul contributo complessivo di Ascarelli è fondamentale il ritratto di P. GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)* (1997), ora in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 335-382, in part. pp. 338-340, 346-349, 357-359. Da ultimo, v. il profilo di M. STELLA RICHTER, *Ascarelli, Tullio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, cit., pp. 108-111. Sul pensiero ascarelliano

chiaramente Mossa, oltre a rendere più dinamico e pluralistico l'ordinamento, include tra i suoi scopi la difesa dell'autonomia privata, che la normazione corporativa non può soffocare: « l'autonomia privata è legge angolare della società, e la normazione economica non può sopraffarla, mentre può ben dettare principi o norme inderogabili »<sup>(80)</sup>. È logica, in questo contesto, la ripresa di uno spunto spesso tematizzato da Mossa, riguardante la grande dicotomia pubblico-privato: « il fatto genetico della normazione non importa, d'altronde, passaggio dal diritto privato al pubblico, e non cancella quel potere privato di disposizione giuridica che è la chiave del diritto privato »<sup>(81)</sup>. Se è dunque inevitabile, da un canto, l'intervento dirigitico dello Stato nell'economia, d'altra parte non vi può essere annientamento della libertà contrattuale dei privati. « Si domanda in verità una organizzazione dell'economia, non già per sopprimere lo spirito dell'individuo, ma per elevarlo e nobilitarlo »<sup>(82)</sup>, proclamerà chiaramente nella prima conferenza di Santander nel 1934. Se per un verso « questa disciplina dell'organizzazione economica è immancabile »<sup>(83)</sup>, essa non smarrisce i connotati

---

riguardo ai rapporti tra diritto commerciale e diritto corporativo ha scritto valide considerazioni TETI, *Codice civile e regime fascista*, cit., pp. 102-103, 135-139 (una sintesi delle tappe del corporativismo a pp. 81-89). V. inoltre U. BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato. Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in « Quaderni fiorentini », 29 (1999), pp. 323-328; GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, cit., pp. 1022-1023; ID., *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 252; STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., specialmente pp. 303-306, 311-312, 446; COTTINO, *L'impresa*, cit., p. 13; M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in « Rivista delle società », 58 (2013), pp. 16-17, 20-23; C. MONTAGNANI, In « difesa » di Tullio Ascarelli, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », LXVII (2013), pp. 621-637. Per la sua posizione riguardo al codice italo-francese, mi permetto di rinviare a G. CHIODI, « *Innovare senza distruggere* »: il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti (1927), in G. ALPA, G. CHIODI, *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 124-128. Altri spunti originali in B. SORDI, *Ordine e disordine giuridico del mercato (in margine ad alcuni scritti di Tullio Ascarelli)*, in *Ordo iuris*, cit., pp. 317-355.

<sup>(80)</sup> MOSSA, *Modernismo giuridico*, cit., p. 53.

<sup>(81)</sup> *Ibidem*.

<sup>(82)</sup> MOSSA, *Nozione*, cit., p. 89.

<sup>(83)</sup> *Ivi*, p. 94.

di un diritto comunque privato, da non confondersi con il diritto individualistico, ma neanche da assorbire nel diritto pubblico <sup>(84)</sup>.

Secondo Mossa, quindi, il diritto dei contratti è destinato ad essere disciplinato quasi del tutto dal nuovo diritto privato sociale, che si articola, tuttavia, in una pluralità di dimensioni <sup>(85)</sup>. D'altro canto, è vero anche che il diritto contrattuale commerciale e degli altri diritti privati sociali influiranno sulla disciplina civilistica del contratto <sup>(86)</sup>. Il pensiero sociale, conclude Mossa, investe in pieno l'area del contratto: è questa l'evoluzione in corso, che va assecondata. Già il diritto dei contratti di impresa va in questa direzione: « il puro diritto contrattuale [...] in funzione dell'impresa [...] si piega all'orientamento sociale », con il contributo — da Mossa giudicato positivamente — del diritto corporativo <sup>(87)</sup>. Ma è solo l'inizio di un percorso destinato ad intercettare anche il diritto civile. Sono profetiche le frasi finali del saggio: « in parte la giustizia delle condizioni e quella dei prezzi, ricercata con la formazione corporativa, mira allo scopo, ma in parte occorre variare la stessa struttura del contratto o dell'atto giuridico, anche nella categoria generale, e strettamente privatistica, e fare di esso, come della proprietà dell'impresa, una perfetta entità sociale » <sup>(88)</sup>. La chiave di volta del rinnovamento del diritto civile sta nella morale: la regola della morale alla Ripert <sup>(89)</sup> è

---

<sup>(84)</sup> Sul tema è opportuno ricordare anche la voce consonante di Enrico Finzi, in un contributo giustamente valorizzato da P. Grossi e I. Stolzi: *Verso un nuovo diritto del commercio* (1933), ora in Id., "L'officina delle cose". *Scritti minori*, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 2013, p. 96.

<sup>(85)</sup> « Al di fuori del diritto della economia, del diritto commerciale, del diritto del lavoro e del diritto agrario, ben poco spazio rimane al diritto contrattuale. La disciplina generale e astratta delle obbligazioni, sarà nel prossimo futuro la parte preponderante del diritto civile di obbligazione, limitato al minor traffico giuridico » (MOSSA, *Modernismo giuridico*, cit., p. 54).

<sup>(86)</sup> « Il diritto contrattuale commerciale, agrario e dell'economia rinnoverà con la forza espansiva dell'esempio e della necessità il diritto del minor traffico. Il pensiero sociale, penetrato, per la potenza della massa, in quei diritti a base collettiva, non si fermerà innanzi all'individualismo del minor traffico, ma ne ricaverà i temperamenti indispensabili alla libertà dell'individuo » (MOSSA, *Modernismo giuridico*, cit., p. 55).

<sup>(87)</sup> Ivi, p. 56.

<sup>(88)</sup> Ivi, p. 57.

<sup>(89)</sup> Il riferimento è a un libro molto noto e spesso citato da Mossa: *La règle morale dans les obligations civiles*, Deuxième éd., Paris, Librairie générale de droit et de juri-

un modo alternativo di esprimere l'esigenza di un diritto privato sociale anche in ambiti più vasti, che comprendono anche il diritto civile: « la morale diviene oggi esplicitamente il senso della socialità, e non si può rimanere a concezioni del contratto nudamente giuridiche, senza morale né senso sociale. Dall'istituto della lesione a quello della revisione del giudice, può arriversi facilmente all'intento di rendere sicuro il traffico giuridico, senza tradimenti o rapine »<sup>(90)</sup>. Poche parole, dense però di significato: lesione e revisione del giudice erano infatti gli altri territori proibiti del tradizionale diritto privato individualistico, « agnostico » e « neutrale ».

Tenendo presente lo sfondo in cui si pone la riflessione mossiana di quegli anni, è possibile comprendere il senso delle conferenze tenute all'università di Santander nel 1934, che amplificano il messaggio del manifesto sul modernismo giuridico. Il « movimento per il modernismo giuridico » — spiega Mossa — « si incontra, o coincide addirittura coll'espansione dell'idea sociale »<sup>(91)</sup>. Nelle sue varie articolazioni ed espressioni, si legge nella prima conferenza sul diritto dell'economia, « l'essenza di questi metodi che si intitolano con vari nomi, è quella di portare una giustizia più razionale nei più delicati rapporti sociali »<sup>(92)</sup>. Ciò non comporta, tuttavia, ancora una volta, la qualificazione del diritto sociale quale diritto pubblico. Nel caso del diritto del lavoro, come del diritto dei contratti: « il riconoscimento del carattere privato sociale del diritto del lavoro, armonizza insieme l'elemento individuale e soggettivo, che rimane irriducibilmente privato, e quello sociale che, pur essendo collettivo e pubblico, si impernia sul nucleo del primo »<sup>(93)</sup>. Il carattere pubblico o collettivo si coglie nell'imposizione di norme inderogabili: ma ciò avviene sempre « nell'inte-

---

sprudence, 1927, in part. pp. 100-108 per i contratti di adesione, con idee, è bene precisare, che non collimano del tutto con quelle del giurista sardo-pisano. Per l'abuso del diritto, l'ottica critica di Ripert è rilevata da G. CAZZETTA, *Certezza del diritto e società del Codice. Il problema dell'abuso del diritto* (2010), in ID., *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., pp. 239-241. Sulle fasi del pensiero di Ripert in materia v. ora J.-P. CHAZAL, *G. Ripert et le déclin du contrat*, in « *Revue des contrats* », 2004, p. 244 e ss.

<sup>(90)</sup> MOSSA, *Modernismo giuridico*, cit., p. 57.

<sup>(91)</sup> MOSSA, *Nozione*, cit.

<sup>(92)</sup> Ivi, p. 92.

<sup>(93)</sup> Ivi, p. 96.

resse vero della libertà e dell'individuo » così che « tutto questo non basta a confondere il diritto sociale col diritto pubblico, e ad annichilire il diritto privato e soggettivo » (94). « Il diritto privato » — scrive ancora Mossa — « pure nella più acuta espressione della socialità, non perde la caratteristica di un diritto che si evolve e progredisce, quando non venga a regredire, sempre per la volontà individuale o associata dei privati, che non si deforma nella sua essenza personale per il fatto dell'agglomeramento con altri » (95). Il contratto è pienamente invaso dalle nuove correnti sociali: « in nome del diritto pubblico, od almeno in nome dell'interesse sociale, si domandano limitazioni ai diritti classici della proprietà, del contratto e dell'impresa ». Ma « limitazioni e sacrifici, devono avere un giusto confine di fronte all'interesse individuale, che è la ragione inestinguibile della stessa vita sociale » (96). Non si tratta, allora, come dirà nella terza conferenza, di sopprimere la grande impresa, magari per tornare alla piccola impresa, ma piuttosto di essere consapevoli che le grandi imprese, soprattutto nella loro concentrazione, costituiscono « un potere occulto che mina quello palese dello stato » (97). Preso atto che « la potente impresa privata [...] gareggia oggi con lo stato », Mossa non si augura la sparizione della grande impresa. La « vita moderna », chiarisce, « richiede al contrario, l'esistere di grandi imprese, ma col maggiore bene sociale » (98). A questa conciliazione tra interesse sociale e interesse individuale mira il suo progetto di diritto sociale, che vuole tenersi equidistante sia dall'individualismo sia dal collettivismo, perché « se si vuole costringere ermeticamente l'interesse individuale, e annientarlo in

---

(94) *Ibidem*. Cfr. STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., p. 343, 351 nt. 157 e p. 409 nt. 383, con riferimento alle prese di posizione di Mossa al convegno pisano sui principi generali, sulle quali v. anche A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo* (1837-1942), Torino, Giappichelli, 2002, pp. 306-308.

(95) MOSSA, *Nozione*, cit., p. 98. Cfr. STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., p. 348.

(96) MOSSA, *Nozione*, cit., p. 101.

(97) L. MOSSA, *Principii del diritto economico*, III. *Il principio della organizzazione economica — L'impresa — Trasformazione della impresa — Lo stato e la impresa* (1934), in *Id.*, *L'impresa nell'ordine corporativo*, cit., p. 120. Cfr. STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., p. 420.

(98) MOSSA, *Il principio*, cit., p. 122.

quello sociale, si opera contro natura, sopprimendo la ragione della vita »<sup>(99)</sup>.

Dopo tali premesse, nella seconda conferenza, Mossa tratta direttamente della configurazione del contratto nel nuovo ordine privato, partendo dall'affermazione, ormai topica e non più smentibile, della necessità di tenere distinti i contratti « non organizzati o individuali », ai quali « si applicano, senza difficoltà, i principî del diritto classico », dai contratti organizzati dall'impresa, per i quali « l'iniziativa e la libertà contrattuale [...] diventano canone platonico del diritto privato, in nome del quale ci si assicura l'immunità »<sup>(100)</sup>. I contratti di adesione sono da tempo l'emblema di una libertà contrattuale solo di facciata, per i quali Mossa ammette che si tratta di « contratti solamente di nome »<sup>(101)</sup>. Ma ora la realtà economica, osserva acutamente l'autore, prospetta un pericolo ancora maggiore, rappresentato dalle condizioni generali di contratto. Mentre i contratti di adesione mantengono « la parvenza di un accordo e quindi

<sup>(99)</sup> Ivi, pp. 125-126.

<sup>(100)</sup> L. MOSSA, *Principii del diritto economico*, II. *Influenza del diritto della economia sui dogmi ed istituti giuridici tradizionali* (1934), in ID., *L'impresa nell'ordine corporativo*, cit., p. 109.

<sup>(101)</sup> *Ibidem*. Ma pur sempre contratti: l'assunto, nella dottrina italiana, è sempre stato unanime. Tra le prese di posizione più significative: G. MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in « Rivista di diritto commerciale industriale e marittimo », II (1904), I, p. 460; F. CARNELUTTI, *Un surrogato della legge sul contratto di impiego*, ivi, VII (1909), I, p. 276; A. GALIZIA, *Industrialismo e nuove forme contrattuali*, conferenza tenuta al « Circolo Giuridico » di Napoli, Napoli, Stab. Tip. Cav. G. M. Priore, 1910, p. 16 (con le sfumature segnalate in CHIODI, *La giustizia contrattuale*, cit., p. XXX); L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I, Milano, Società Editrice Libreria, 1915<sup>2</sup>, pp. 357-358; II, Milano, 1917<sup>2</sup>, pp. 167-169; SALANDRA, *I contratti di adesione*, cit., pp. 411-412; W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), in ID., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1942, p. 80; F. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, Cedam, 1930, pp. 32-37; GRECHI, *Proprietà e Contratto*, cit., pp. 92, 98, 108; FERRARA, *Teoria del contratto*, cit., p. 360. Così ancora, con una rigida rivendicazione di autonomia del diritto privato, L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 469-470, le cui motivazioni sono ampiamente analizzate da G. CAZZETTA, *Scienza giuridica, leggi sociali ed origini del diritto del lavoro* (1988), in ID., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, cit., pp. 141-152; ID., *Il problema dell'abuso del diritto*, cit., pp. 242-245. In Francia, la tesi contrattualistica era fortemente sostenuta dalla dottrina civilistica (nt. 134).

l'ombra della libertà contrattuale »<sup>(102)</sup>, le condizioni generali di contratto predisposte dalle imprese danno luogo a rischi maggiori. Esse aspirano infatti a diventare nuove fonti del diritto, sia che esse ambiscano a trasformarsi in usi commerciali, sia che il loro contenuto miri a riversarsi nei singoli contratti individuali. Di fronte a questi fenomeni, il diritto dell'economia è chiamato a intervenire<sup>(103)</sup>. Mossa parla di necessaria « purificazione » del contratto: « nell'interesse della collettività e dell'individuo, il contratto viene purificato di tutti i punti nocivi ed ingiusti, e suscita un rapporto normale ed utile per tutti »<sup>(104)</sup>. Quanto agli strumenti tecnici di questa purificazione (o socializzazione) del contratto, Mossa crede che essa possa avvenire anche attraverso il tramite di interventi diversi da quello giudiziale. Scrive infatti Mossa che « alla purificazione del contratto si può provvedere, in maniera preliminare col controllo pubblico dei contratti di adesione, o addirittura con lo stampo corporativo e normativo dei contratti stessi »<sup>(105)</sup>.

Vi è tuttavia un punto fondamentale da mettere fortemente in rilievo: Mossa non esclude l'opportunità e l'utilità dell'intervento giudiziale anche nel nuovo contesto corporativo. Al giudice, in particolare, è assegnato il compito di risolvere il problema del rapporto tra schemi generali e contratti individuali, « tra contratto preformato, e contratto individuale », esercitando una funzione di integrazione e revisione del regolamento contrattuale, che è una forma di controllo della giustizia contrattuale diversa dall'accertamento della corrispondenza tra volontà e dichiarazione (secondo l'originaria impostazione del saggio del 1919): « la possibilità di deroga, quella di integrazione e di miglioramento, si pongono innanzi e reclamano una risposta, che per noi può essere data in

---

<sup>(102)</sup> MOSSA, *Influenza*, cit., p. 109.

<sup>(103)</sup> Lo scriverà con ancor maggiore evidenza in *Trattato*, cit., p. 128: « L'utilità insuperabile delle condizioni generali e della loro generalizzazione è pari alla loro pericolosità, che può stare nella sopraffazione del pubblico disunito e disarmato e nella aridità delle forme contrattuali. Si sa che il diritto dell'economia è sorto sopra questo terreno per assicurare, con le forme corporative, l'equilibrio degli interessi delle imprese e del pubblico, nell'interesse collettivo e superiore. Dalla forma pura delle condizioni generali il rapporto collettivo si è propagato alla normazione corporativa ».

<sup>(104)</sup> MOSSA, *Influenza*, cit., p. 111.

<sup>(105)</sup> *Ibidem*.

definitiva, come è nelle pieghe del sistema italiano, da una magistratura economica, in stretta unione con quella del lavoro » (106). Questo passaggio è importante. Per Mossa, che qui riprende uno dei molteplici spunti vivantiani da lui assorbiti e sviluppati (107), non è dunque il giudice *togato* il protagonista di questa vicenda, ma una magistratura composta da esperti di problemi economici, alla quale viene demandato il controllo del contratto (108). Il risultato di tutta questa lucida disamina è il franco riconoscimento che il contratto, da « legge individuale e sovrana, pari alla legge generale » si è trasformato in « legge privata, ma pieghevole nel generale interesse economico; in esso del fenomeno contrattuale non rimane che la genesi primigenia di un incontro di volontà » (109).

In questi discorsi, Mossa, come si è visto, allude anche a forme di controllo preventivo sulle condizioni generali di contratto e parla dei rischi di una possibile metamorfosi delle condizioni stesse in usi commerciali e del pericolo di abuso che simili operazioni possono comportare. Di questo secondo problema si era già occupato nel

---

(106) *Ibidem*. È quindi esatto affermare che Mossa costruisce nel tempo una serie di tutele che non si escludono a vicenda: STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., p. 421 nt. 440.

(107) Cfr. il giudizio insuperato di Tullio Ascarelli, secondo cui « il commercialista che forse rimaneva più aderente ad alcuni motivi vivantiani era proprio quello che era rimasto più lontano dalla scuola vivantiana e più lontano dallo stile e dalla semplicità del Vivante; voglio dire Lorenzo Mossa » (*La dottrina commercialista italiana e Francesco Carnelutti*, in Id., *Problemi giuridici*, t. II, Milano, Giuffrè, 1959, p. 993). Il passo è giustamente richiamato da TETI, *Codice civile e regime fascista*, cit., p. 91. V. già ASCARELLI, *Lorenzo Mossa*, cit., p. 738: « questo nostro giurista [...] era quegli che sotto molti aspetti si trovava più immediatamente vicino alla tradizione commercialista e alla stessa tradizione vivantiana dalla quale pure esteriormente era così lontano ». L'ascendenza vivantiana, del resto, è rivendicata dallo stesso Mossa, come ricorda STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., p. 392 nt. 321.

(108) « Quello che conta, è la considerazione effettiva dell'interesse economico collettivo, che si garantisce meglio col tipo di magistratura economica arbitrale, invece che con un tipo più rigido di magistratura. Questo va piuttosto per i tipi contrattuali, a base strettamente individuale. Non la pura speculazione concettuale, ma invece l'esperienza, attesta l'utilità di una magistratura a tipo arbitrale, a contemporanea tutela dell'interesse collettivo e di quello individuale (MOSSA, *Influenza*, cit., p. 113). Qui è il Mossa giuslavorista e giusliberista a incombere (sul quale GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 199).

(109) Ivi, p. 111.

saggio sugli usi commerciali, proponendone un controllo di giustizia affidato al giudice (sollevando, come si è visto, le perplessità di un legalista come Asquini, che pure condivideva sul punto i timori di Mossa <sup>(110)</sup>).

Ma l'incidenza del diritto corporativo sul controllo dei contratti-tipo era un tema destinato a impegnare le riflessioni di molti altri addetti ai lavori, a causa dell'espansione del diritto corporativo che, dal campo dei rapporti di lavoro, si era esteso ai rapporti economici <sup>(111)</sup>. Il riferimento è agli accordi stipulati tra associazioni sindacali di imprese, appartenenti alla medesima categoria economica (contratti-tipo unilaterali) o a categorie contrapposte (bilaterali), detti anche, più o meno propriamente, contratti collettivi commerciali o accordi economici collettivi <sup>(112)</sup>, che potevano riguardare anche l'adozione di un determinato contratto-tipo nelle rispettive contrattazioni. Essi rappresentavano per l'appunto l'ultima frontiera del diritto corporativo che, una volta regolati i contratti collettivi di lavoro, aveva ampliato il proprio raggio d'azione anche agli accordi economici tra categorie organizzate, dapprima solo bilaterali, cioè conclusi tra imprese sindacalmente organizzate appartenenti a rami differenti dell'economia, come stabilito dall'art. 12 della legge 12 marzo 1930, e in seguito anche unilaterali. Entrambe le tipologie di accordi, infatti, in virtù dell'art. 8 della legge 5 febbraio 1934, erano destinati a trasformarsi in

---

<sup>(110)</sup> Cfr. ntt. 50 e 54.

<sup>(111)</sup> Sull'estensione dell'ordinamento corporativo dai rapporti di lavoro a quelli economici con particolare riguardo ai contratti di adesione sono da tenere presenti (oltre agli scritti già citati di Ascarelli e Asquini, ai quali si può aggiungere P. GRECO, *Aspetti e tendenze odierne del diritto commerciale*, in « Rivista del diritto commerciale », XXXII (1934), I, pp. 334-357) le considerazioni (adesive) di F. FERRARA, *Nuovi sviluppi del diritto corporativo* (1931), in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 265-271, in part. 270; ID., *Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti* (1940), ivi, pp. 117-118; ID., *Teoria dei contratti*, cit., p. 362. Anche se la visione corporativa totalitaria di Ferrara era ben diversa da quella di Mossa: CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile*, cit., pp. 198-200; STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., pp. 276-277, p. 344 nt. 141 e, volendo, G. CHIODI, *Ferrara, Francesco sr.*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, cit., p. 841.

<sup>(112)</sup> Per una proposta di distinzione v. ad es. W. CESARINI SFORZA, *Libertà contrattuale e ordine corporativo* (1937) e *Gli accordi economici nell'economia corporativa* (1939), in ID., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano, 1942, pp. 209-224 e 257-261.

normazione corporativa e quindi ad acquisire efficacia *erga omnes*, attraverso particolari procedure, che chiamavano in gioco gli organi corporativi. Veniva dunque ad assumere rilevanza una forma ulteriore di controllo sui contratti-tipo, diverso da quello attuato, in altre ipotesi, dagli organi amministrativi, allo scopo di assicurare equità all'assetto delle clausole. Che questa fosse una delle funzioni assegnate all'ordinamento corporativo era riconosciuto anche da chi, come Asquini, era stato all'inizio scettico (prima della riforma del 1934) sull'opportunità di estendere anche ai contratti-tipo unilaterali l'efficacia obbligatoria di quelli bilaterali, prevista dalla legge del 1930 (peraltro intesa in senso più restrittivo rispetto a Vivante <sup>(113)</sup>), come è dimostrato da un suo intervento del 1932, nel quale egli ritiene che il controllo effettuato dagli organi corporativi possa contribuire, anche nei confronti dei contratti-tipo unilaterali, non solo « a migliorare la formazione degli schemi di contratto-tipo », facendo opera di persuasione verso una maggiore equità delle clausole contrattuali, « convincendo le categorie organizzate che è nel loro stesso interesse di tenere più equo conto degli interessi dei consumatori nella formazione dei loro contratti-tipo », ma anche « a contenere gli abusi delle imprese », qualora esse non avessero osservato i contratti-tipo approvati, ritenendole soggette a sanzioni amministrative o penali, secondo il modello valido per le imprese operanti in regime di monopolio <sup>(114)</sup>.

Molto di più in fondo si attendeva dal diritto corporativo

---

<sup>(113)</sup> ASQUINI, *L'unità del diritto commerciale*, cit., pp. 66-68 (e la postilla, pp. 69-70).

<sup>(114)</sup> A. ASQUINI, *I contratti-tipo davanti il Consiglio delle corporazioni* (1932), in ID., *Scritti giuridici*, v. I, Padova, Cedam, 1936, p. 77. Sui controlli delle condizioni generali delle polizze v. già ID., *Diritto pubblico e diritto privato nell'ordinamento delle assicurazioni*, in *Atti dell'Istituto Nazionale delle assicurazioni*, v. III, Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1931, pp. 17-20. La risposta di Vivante è contenuta in *Ancora del contratto-tipo* (nt. 116), p. 147 (« lo critico egualmente, nonostante l'onore che egli fece alle mie onoranze col suo pregevole scritto »). Il pensiero di Asquini in materia è riassunto da TETI, *Codice civile e regime fascista*, cit., pp. 104-109, ove anche la menzionata schermaglia con Vivante (rievocata anche da N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 90-94).

(benché da una diversa angolatura <sup>(115)</sup>) il menzionato Cesare Vivante <sup>(116)</sup> che, nel 1929, si augurava esplicitamente che l'approvazione dei contratti-tipo in sede corporativa contribuisse a favorire la « equa revisione di questi tipi contrattuali » <sup>(117)</sup>. Secondo il maestro dei commercialisti italiani, infatti, non erano i professori o i giudici gli organi più adatti a compiere tale operazione: il delicato bilanciamento degli interessi contrapposti doveva essere demandato ai gruppi e alle federazioni, a cui spettava l'equa predisposizione delle condizioni generali di contratto. In questa visione, i contratti-tipo, redatti dalle categorie interessate con le procedure previste dal diritto corporativo, meglio dei giudici, che non possedevano la stessa esperienza dei rapporti commerciali; meglio del diritto civile, che camminava più lento del diritto commerciale <sup>(118)</sup>, avrebbero consentito di aggiornare con *equità* la disciplina dei contratti con norme

---

<sup>(115)</sup> Sulla visione corporativa di Vivante, non sovrapponibile a quella di Mossa: STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., pp. 311-312 nt. 37; 393 nt. 321.

<sup>(116)</sup> C. VIVANTE, *L'autonomia del diritto commerciale e il sistema corporativo*, in « Commercio », II (1929), pp. 4-8; Id., *I contratti-tipo nell'ordinamento fascista*, ivi, III (1930), pp. 3-7; Id., *Sul problema dei contratti-tipo e delle consuetudini (relazione della Giunta tecnica confederale)*, ivi, IV (1931), pp. 329-331; Id., *Ancora del contratto-tipo o meglio delle clausole tipiche dei contratti*, ivi, IV (1931), pp. 145-148; Id., *La penetrazione dell'ordinamento corporativo nel diritto privato*, in « Il diritto del lavoro », V (1931), I, pp. 437-444; Id., *La riforma delle leggi commerciali attraverso l'ordinamento corporativo*, in *Atti del I Congresso giuridico italiano. Le relazioni*, Tivoli, Tip. Mantero, 1933, pp. 481-489. Di « provvida influenza dell'ordinamento corporativo » Vivante parla anche nel *Congedo*, in « Rivista del diritto commerciale », XXXVI (1938), I, p. 1. Su questo gruppo di scritti e sul problema dei contratti-tipo hanno attirato l'attenzione TETI, *Codice civile e regime fascista*, cit., pp. 100-109; GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 238-239, 251.

<sup>(117)</sup> VIVANTE, *L'autonomia del diritto commerciale e il sistema corporativo*, cit., p. 7: « le più grandi masse di affari di vendita, di trasporto, di deposito, e via dicendo si svolgono in serie su schemi tipici di contratto, in cui il cliente deve subire il regolamento uniforme stabilito dall'impresa, che è il contraente più forte. Nella equa revisione di questi tipi contrattuali come nella tutela delle garanzie, si apre un largo campo di attività ad un sistema corporativo, che si proponga l'equa conciliazione degli interessi fra commercianti e consumatori, onde si migliori e s'intensifichi il sistema della distribuzione dei beni anche a vantaggio immediato della produzione ».

<sup>(118)</sup> C. VIVANTE, *L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma*, in « Rivista del diritto commerciale », XXIII (1925), I, pp. 572-576.

nuove e più giuste (119). Vivante non sembrava avvertire il rischio di norme sbilanciate a favore degli imprenditori, né sentiva l'esigenza di un ulteriore controllo, eventualmente di natura giurisdizionale, sui contratti-tipo o sui contratti di adesione: la contrattazione collettiva avrebbe saputo trovare il giusto equilibrio tra le esigenze delle opposte categorie (120). L'insistenza con la quale il pur vivantiano Mossa, viceversa, conservava all'intervento giudiziale un ruolo fondamentale, anche nell'ordinamento corporativo, è dunque un dato che si impone all'attenzione. A un controllo per così dire dall'alto e in dimensione verticale, si aggiungeva nella sua visione il controllo dal basso, in prospettiva orizzontale.

##### 5. *Dopo il codice civile: un impegno per il futuro.*

Una nuova fase si apre con la gestazione del libro quarto delle obbligazioni. Così come aveva aspramente avversato anni addietro il progetto di codice di commercio, Mossa è ora fortemente critico anche nei confronti del progetto ministeriale del libro delle obbligazioni (giugno 1940), che egli giudica troppo 'pandettistico' (121), al punto da predisporre di suo pugno un progetto alternativo della parte generale, pubblicato sulla *Rivista del diritto commerciale* (122). Prima ancora, egli avanza obiezioni nei confronti del progetto

---

(119) VIVANTE, *L'autonomia del diritto commerciale e il sistema corporativo*, cit., p. 7.

(120) « Conviene lasciare libera la via a questi innesti del diritto amministrativo o corporativo nel diritto commerciale, e non chiudere il diritto commerciale nel codice civile in una sepoltura più solenne ma sepoltura » (ivi, p. 8).

(121) Codice non 'pandettistico' non significa, tuttavia, codice tecnicamente imperfetto: « La romanistica, per sé sola, porta al pandettismo, del quale infatti rigurgita, con i suoi peggiori eccessi, la parte generale del libro delle obbligazioni. La rivoluzione italiana, o rivoluzione sociale, porta alla creazione di un diritto sociale, che non si armonizza col pandettismo. Diritto sociale non significa diritto senza concetti ed istituti confluenti ad un'esatta e brillante scienza del diritto. Significa, però, diritto inconciliabile con lo spirito pandettistico, liberalistico ed individualistico » (MOSSA, *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale*, cit., p. 71). V. anche ID., *Trattato*, cit., p. 62 e, durissimo, p. 147.

(122) L. MOSSA, *Sul codice delle obbligazioni (parte generale)*, in « Rivista del diritto commerciale », XXXVIII (1940), I, pp. 313-344. L'originalità di questo progetto è riconosciuta da TETI, *Codice civile e regime fascista*, cit., p. 94 nt. 94; CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile*, cit., p. 243.

italo-francese delle obbligazioni del 1927, condividendo, anche se con minore acredine, le gravi riserve di Emilio Betti <sup>(123)</sup>. Il minore astio nei confronti del progetto italo-francese, come per Filippo Vassalli, è dovuto alla funzione di unificazione europea che ad esso annettevano i loro redattori <sup>(124)</sup>. Mossa inoltre, con molta onestà, riconosce che il progetto aveva riscosso molto successo, assai più del coevo progetto di codice di commercio. Malgrado ciò, egli non esita a parlare di codice che, sorto « all'avvento del regime corporativo », « era già in ritardo nel nascere »; di codice che assumeva come modello il codice napoleonico, « divenuto il codice della borghesia che vi aveva scavato il suo nido » <sup>(125)</sup>; di « bancarotta di un Progetto che pure aveva un alto e superbo ideale, quello dell'unione giuridica dei popoli latini, e con essi del più vasto mondo » <sup>(126)</sup>: ideale condiviso da Mossa, ma da concretizzare su basi diverse. Vi è intanto la sicura convinzione che regole comuni si possano dettare nel solo campo del diritto delle obbligazioni, che significativamente « si sostanzia nel diritto generale dei contratti commerciali, e noi sappiamo che l'autarchia giuridica si dissolve innanzi al commercio » <sup>(127)</sup>. A codice civile fatto, ora Mossa può affermare che « è nel

---

<sup>(123)</sup> « Questa stasi dello spirito rivoluzionario costituisce il genuino difetto del Progetto italo-francese delle obbligazioni, stasi che il nostro valoroso Betti ritrovò, nella costanza dei dogmi e degli istituti, evidente riflesso della convinzione sociale degli artefici » (MOSSA, *Sul codice delle obbligazioni*, cit., p. 314). Per altri giudizi: ID., *Trattato*, cit., pp. 61-62, 147. Sulla polemica innescata da Betti v. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile*, cit., pp. 196-197, 263-272; BRECCIA, *Continuità e discontinuità*, cit., in part. § 14, pp. 328-334, p. 462; CHIODI, « *Innovare senza distruggere* », cit., pp. 80-97; M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 85-190, 124-136; ID., *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, Roma, RomaTre-Press, 2015, pp. 95-96. Anche Enrico Finzi (come rilevato da STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., p. 355 nt. 173) contestò il « riformismo » del progetto italo-francese, accomunandolo a quello del codice di commercio del 1925: *Verso un nuovo diritto del commercio*, cit., p. 75. Per Mossa, tuttavia, bisognava riconoscere che il codice italo-francese aveva avuto più successo del progetto di codice di commercio: *Trattato*, cit., p. 58, p. 144.

<sup>(124)</sup> Sulle idee di Mossa in merito ad un futuro diritto europeo il riferimento obbligato è a ID., *Di un diritto privato dell'Europa*, in « Nuova rivista di diritto commerciale diritto dell'economia e diritto sociale », VI (1953), I, pp. 1-8.

<sup>(125)</sup> MOSSA, *Sul codice delle obbligazioni*, cit., p. 313.

<sup>(126)</sup> Ivi, p. 314.

<sup>(127)</sup> Ivi, p. 316.

sistema delle obbligazioni che può e deve suggellarsi, meglio che in altri corpi del diritto privato, l'ordine corporativo»: « nel codice delle obbligazioni devono, quindi, riversarsi i principî dell'ordine corporativo nella economia dei privati, nell'immenso traffico giuridico »<sup>(128)</sup>. Principi che, per Mossa, sono quelli sintetizzati dalla formula della solidarietà sociale. Principi che si riflettono in diverse norme del suo progetto alternativo. Ricordiamone solo alcune tra le più significative. La prima è la previsione del rimedio dell'equo adeguamento o, in subordine, della risoluzione del contratto da parte del debitore, per « radicale mutamento di rapporti, che non aveva ragione di calcolare al momento di conclusione del contratto »: questa è la formula con la quale Mossa risolve il controverso problema dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione nei contratti di durata. Il progetto demanda alle parti di definire l'equo adeguamento del contratto, ma prevede anche, in subordine, l'intervento del giudice, qualora non sia raggiunto un accordo. Al magistrato compete un'ampia gamma di interventi possibili: « il giudice potrà operar questo adeguamento, o modificare il contratto, o risolverlo a seconda della maggiore utilità reciproca »<sup>(129)</sup>.

Nel titolo sui vizi della volontà, l'art. 3 esplicita invece la soluzione escogitata da Mossa per risolvere il problema dello squilibrio contrattuale. La previsione è quella di una tutela giudiziale, che affida al giudice il compito di accertare lo *sfruttamento* in relazione a una serie di situazioni tipiche: « un atto di volontà conseguito in vista della necessità, della inesperienza o della condi-

---

<sup>(128)</sup> Ivi, p. 317.

<sup>(129)</sup> Ivi, pp. 330-331 (Inadempimento della obbligazione, art. 16). V. anche MOSSA, *Regole fondamentali*, cit., p. 372: « Contratto. IV. [...] Chi ha diritto ad un'obbligazione non può invocarne l'esecuzione se, a causa delle circostanze sopravvenute, essa è divenuta lesiva dell'interesse della generalità o di quello comune dei soggetti ». Parzialmente diversa sul punto la soluzione proposta da Asquini al Convegno italo-germanico di Vienna del marzo 1939, riprodotta da A. SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2005, pp. 604-605 (sostanzialmente: limiti quantitativi alla possibilità di revisione, collegi giudicanti integrati da esperti, revisione giudiziale solo in mancanza di accordo delle parti). Questa messa a punto sarà ripresa da Filippo Vassalli nella lettera a Grandi del 14 agosto 1939, all'inizio della nuova fase di gestazione del libro quarto delle obbligazioni del codice civile: CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile*, p. 263 nt. 112; CHIODI, « *Innovare senza distruggere* », cit., pp. 115, 142.

zione economica o subordinazione di chi lo manifesta, è inefficace nei confronti di chi lo ha determinato, se la posizione di diritto acquistata da una parte non ha equivalente adeguato nella posizione dell'altra parte »<sup>(130)</sup>. È soprattutto la parte finale della formula ad attirare l'attenzione: *lata com'è*, la sua dizione appare idonea a coprire anche ipotesi diverse dalla sola sproporzione economica delle prestazioni. L'impugnativa, precisa l'art. 8, deve però farsi valere entro un anno dall'atto « sfruttatorio », a pena di decadenza.

A spigolare qua e là tra gli articoli di questo progetto sorprendente per la novità di alcune soluzioni, ci si imbatte poi anche nell'art. 9 del titolo sulla conclusione dei contratti, che detta norme speciali per le condizioni generali di impresa: esse, recita il progetto, « sono obbligatorie per i privati se furono a questi consegnate per la conclusione del contratto, o se sono d'uso, ma esse non possono essere difformi dal contratto come è stato in realtà conchiuso »<sup>(131)</sup>.

Il nuovo libro delle obbligazioni prenderà in parte una piega diversa da quella immaginata da Mossa. Il giurista sardo, tuttavia, all'indomani dell'uscita del codice, è prodigo di elogi nei confronti del nuovo prodotto legislativo del regime. Il codice civile gli sembra segnare, in quel momento, una tappa fondamentale nell'itinerario verso un nuovo diritto privato sociale, in attuazione del suo modo di intendere il corporativismo e il modernismo giuridico<sup>(132)</sup>. Tutti caratteri che accendono il suo entusiasmo.

---

<sup>(130)</sup> MOSSA, *Sul codice delle obbligazioni*, cit., p. 336. Ancora più incisivo è il controllo dell'autonomia privata assegnato al giudice nei principi fondamentali concepiti per il convegno pisano del 1940: « Nessun contratto od accordo od atto può operare quando per la sua causa, il suo scopo, il suo effetto, porta una lesione allo interesse della comunità od a quello comune dei soggetti. La lesione dell'interesse della comunità, impedisce il riconoscimento del contratto; la lesione dell'interesse comune dei soggetti, può portare ad una revisione del contratto ad opera del giudice. L'abuso della propria posizione economica o sociale nella conclusione o nell'esecuzione di contratti ed accordi, non fonda pretese e crea la responsabilità del soggetto che opera per il suo assoluto egoismo » (MOSSA, *Regole fondamentali*, cit., p. 370, *Autonomia privata*. VI). V. anche p. 369: « *Volontà* [...] La volontà non crea gli effetti giuridici ai quali è destinata se non è pura e libera da ogni vizio proprio o da violenza economica o sociale ».

<sup>(131)</sup> MOSSA, *Sul codice delle obbligazioni*, cit., p. 335.

<sup>(132)</sup> Il riferimento è a MOSSA, *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale*, cit.

Eppure, a leggere più attentamente i tanti rilievi contenuti in questo saggio, non mancano i motivi di insoddisfazione per le lacune del codice, che pure viene più volte definito ‘sociale’<sup>(133)</sup>. Le lacune investono anche il fenomeno dei contratti di massa o di adesione.

Mossa, innanzitutto, non condivide la tesi anti-contrattualista di Léon Duguit e le sue « pessimistiche visioni »<sup>(134)</sup>, concernenti anche la fine del diritto privato<sup>(135)</sup>. La « trasfigurazione » del contratto, cioè la trasformazione che esso subisce quando diventa strumento dell’attività d’impresa, non comporta la « caduta dell’idea di contratto » (definita « come una banalità »), mentre la presa

---

<sup>(133)</sup> Codice « di rottura », « rivoluzionario », « incarnato nei fatti » (ivi, pp. 42, 44, 69).

<sup>(134)</sup> Contestate anche in Francia: v. ad es. L. JOSSEMAND, *L'essor moderne du concept contractuel*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Génys*, t. II, *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934, pp. 337-338; Id., *Cours de droit civil positif français*, II, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1939, pp. 9-10. Tra gli interventi più rilevanti di L. Duguit sul tema: *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Ancienne Librairie Thorin et fils, Albert Fontemoing Éditeur, 1901, pp. 52-57; *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1920<sup>2</sup>, pp. 121-125; *Traité de droit constitutionnel*, I, *La règle de droit — Le problème de l'État*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & C<sup>ie</sup> Éditeurs, E. de Boccard Successeur, 1921<sup>2</sup>, p. 272. Sulla sua fortuna nella penisola: B. SORDI, *Léon Duguit e l'Italia*, in *'Iuris quidditas'. Liber amicorum per Bernardo Santalucia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 359-371. La riflessione del giurista di Libourne si deve confrontare con quella condotta da M. HAURIUO, di cui basti qui ricordare *Principes de droit public*, Paris, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey & du Journal du Palais, 1910, pp. 211-213 (v. anche nt. 11).

<sup>(135)</sup> MOSSA, *Contributo al diritto dell'impresa*, cit., p. 120. Mossa condensa in poche concise parole la sua concezione sociale di contratto contro le tesi anti-contrattualistiche: « Dichiarare che il contratto è uno strumento perfetto ed irridutibile dello spirito individualista va, per noi, al di là del bersaglio. Il contratto è, sopra ogni cosa, affermazione della libertà e della volontà degli uomini, e, la corruzione delle sue forme, dipende esclusivamente dall'ambiente, dalla insensibilità etica, o dal prepotere dell'economia » (*Il diritto del lavoro, il diritto commerciale*, cit., p. 58). V. anche ivi, p. 59: « Motivi meno ideali dell'anticontratto sono quelli che tagliano le ali alla volontà individuale, per esaltare l'idea sociale. Per noi, l'idea sociale sta proprio nella esaltazione di tutte le volontà individuali, di tutta la libertà della persona e ci ribelliamo a concezioni che, se pure senza questa intenzione, schiacciano la persona in nome della comunità, mentre l'ideale del nostro diritto è quello di salire al bene comune per il bene della persona ». V. anche MOSSA, *Trattato*, cit., p. 45.

d'atto dello « sfaldamento » del contratto ha ceduto il passo alla costruzione della dottrina dei contratti di impresa <sup>(136)</sup>, che devono restare distinti dai contratti individuali. Mossa, infatti, torna a ribadire l'autonomia dei contratti d'impresa e a difendere l'idea della impossibile unità del diritto delle obbligazioni <sup>(137)</sup>. I giuristi, quindi, anche di fronte al nuovo codice, hanno un compito importante da portare avanti. Con il solito stile ruvido e caustico, Mossa lo lascia intendere: « la dottrina dei contratti di adesione è divenuta, com'era inevitabile, la dottrina dei contratti di impresa, ed essa sale costante come una marcia lenta ma sicura, tutta compresa della delicatezza dei problemi e dell'armonia degli interessi di impresa e comunità. Nel concretare qualche regola generale nel codice civile è

---

<sup>(136)</sup> MOSSA, *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale*, cit., p. 66. La 'trasfigurazione' in senso oggettivo del contratto è idea ripresa anche dalla civilistica contemporanea: v. da ultimo A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 403, 407.

<sup>(137)</sup> Chiarissimo MOSSA, *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale*, cit., p. 70: « Contratti ed obbligazioni, si è visto, pure non perdendo il tipo elastico, si trasfigurano, o sono impressionati dall'idea della comunione dell'impresa e dell'esercizio. [...] Il diritto dell'impresa e dell'esercizio fuoriesce dal diritto patrimoniale, come dal diritto di proprietà, come dal diritto obbligatorio. Suonerebbe falso e vuotamente astratto, parlare di unità del diritto di obbligazione per l'impresa e l'esercizio come per i suoi contratti. Uno sguardo al libro delle obbligazioni ed al libro del lavoro valgono più di cento ragionamenti. Il diritto delle obbligazioni è, nella gradazione e negli istituti, meno profondamente sociale del diritto dell'impresa e dell'esercizio. È meno profondamente sociale del diritto dei contratti e delle obbligazioni che formano parte organica delle due comunioni ». Per una ulteriore attestazione di altrettanta esemplare schiettezza v. L. MOSSA, *La nuova scienza del diritto commerciale*, in « Rivista del diritto commerciale », 1941, I, p. 446: « Questi contratti [...] non sono divenuti civili per una magia bianca o nera. I contratti così richiamati esigono dalla nostra scienza un trattamento di insieme, che li scruti nel loro intimo, sotto l'impero delle regole generali unitarie delle obbligazioni. Come prima, ma meglio di prima, essi sono soggetti alle regole generali. [...] Ma altre regole sono accolte nel libro delle obbligazioni essenzialmente per gli imprenditori ». Per queste ragioni, anche da altri importanti commercialisti, l'unificazione del diritto delle obbligazioni nel codice civile fu intesa, per così dire, a maglie larghe. Per un codice civile fatto di principi generali integrabili dalla normazione corporativa v. ASCARELLI, *Problemi preliminari*, cit., c. 33; ASQUINI, *Diritto commerciale*, cit., p. 22; ID., *Unificazione legislativa del diritto delle obbligazioni, Relazione italiana*, in *Comitato giuridico italo-germanico. Atti del primo convegno (Roma, 21-25 giugno 1938)*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1939, p. 138.

evidente, e non deplorabile, la riserva degli sviluppi dei principi fondamentali del nuovo diritto. Regole più concrete e benefiche, ma sempre regole generali e mai a tipo casuistico <sup>(138)</sup> potevano inserirsi nel codice. Esse divengono, oggi, il compito delle forze sprigionate dal nuovo diritto » <sup>(139)</sup>. L'obiettivo è sempre quello di salvaguardare la libertà contrattuale, la vera essenza del contratto. La scienza ha, nella parabola descritta da Mossa, le sue responsabilità da scontare, spietatamente messe a nudo: « è veramente interessante come dalle affermazioni dello sfaldamento del contratto, per il prepotere economico, e l'apparizione della massa, non si sia venuti ad una immagine concreta e ben regolabile dei contratti. È strano, tuttavia, che non si sia scesi in profondità nella ricerca della vera essenza del contratto. Non meno strano è lo stagnare delle teorie del contratto nel nostro tempo, dopo gli ardimenti del secolo precedente. Davvero la dottrina offre un quadro di rassegnazione all'ineluttabile ed un tradimento del pensiero sociale proprio al momento nel quale la storia ad esso la chiama » <sup>(140)</sup>. Parole forti, come è nello stile impetuoso, tagliente e alieno da compromessi del maestro pisano.

Alla fine di questo itinerario, troviamo la grande sintesi, unica nel suo genere, del primo volume del *Trattato del nuovo diritto commerciale* del 1942. Mossa continua a rappresentare il codice civile come un prodotto del principio corporativo inteso come principio di socialità, e insiste nel sottolineare la novità del sistema di fonti del diritto nel quale esso viene a inserirsi <sup>(141)</sup>, con al centro

---

<sup>(138)</sup> Cfr. nt. 47.

<sup>(139)</sup> MOSSA, *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale*, cit., p. 66. V. anche p. 71: « A questa intenzione è chiamata ad operare, all'avanguardia, come sempre, la scienza del diritto commerciale e del diritto del lavoro, invece che essere schiacciate in una comune scienza civilistica, tanto più vaga ed indecisa, quanto più comprensiva di qualunque ramo del diritto, queste due scienze assumono oggi il compito più geloso e delicato. Ad esse è affidata, per la necessità delle cose, la missione di costruire quel diritto sociale che forma la garanzia degli scopi del codice e della codificazione ».

<sup>(140)</sup> Ivi, p. 66.

<sup>(141)</sup> Sull'aspra polemica di Mossa contro il codice civile nel dopoguerra (condivisa con Finzi): CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile*, cit., § 3, pp. 237-282, in part. pp. 242-257, 272-274; CAZZETTA, *Autonomia del diritto del lavoro*, cit., pp. 559-562; STOLZI,

il cospicuo e sostanzioso investimento nelle norme corporative, « sorte per prevenire, con una manifestazione formale solenne, gli abusi del potere economico nella formazione degli usi e realizzare il più giusto diritto dell'economia »<sup>(142)</sup>. Se non viene meno la fiducia di Mossa nelle norme corporative, intese come diritto popolare e sociale come gli usi, anche se mobili e mutevoli<sup>(143)</sup>, non perde terreno neanche, ed è forse questo il punto che merita di essere più evidenziato, l'idea della centralità del giudice come organo del diritto 'sociale'. Leggi, usi, norme corporative, contratti-tipo, contratti collettivi: sono tutte fonti soggette al controllo di giustizia del giudice<sup>(144)</sup>. Questa visione pluralistica e diffusa delle tutele, espressa con un frasario immaginifico, tipico di « un agitatore di nuove idee »<sup>(145)</sup>, per il quale « i confini tra il presente e il futuro si

---

*Gli equilibri*, cit., pp. 250-251; ID., *L'ordine corporativo*, cit., diffusamente pp. 424-454. Il testo che meglio traduce lo stato d'animo di Mossa di fronte al suo corporativismo tradito è *Stato del diritto del lavoro in Italia*, in « Nuova rivista di diritto commerciale diritto dell'economia diritto sociale », IV (1951), I, pp. 105-116.

<sup>(142)</sup> MOSSA, *Trattato*, cit., p. 120 (brano richiamato anche da STOLZI, *Gli equilibri*, cit., p. 239).

<sup>(143)</sup> MOSSA, *Trattato*, cit., p. 126: « La normazione corporativa è legge sociale, che nasce nel grembo dell'economia come nascono gli usi, che rivela come essi la coscienza di diritto dei gruppi o delle categorie »; p. 127: « essa è una codificazione mobile, mutevole, permeata di equilibri e di temperamenti, ciò che la fa considerare sotto quello stesso aspetto di vita sociale che è proprio dell'uso ».

<sup>(144)</sup> V. già MOSSA, *Diritto commerciale*, I, cit., p. 12 e, più distesamente, *Trattato*, cit., p. 128: « sono i principi di giustizia della normazione, come i principi di giustizia della legge e di ogni fonte del diritto, gli inderogabili. Ora la difformità dai principi di giustizia, per le singole regole della normazione o per il suo complesso, non si giudica a priori per una difformità formale o labile, ma invece col controllo di giustizia del giudice che appare in ogni manifestazione delle fonti del diritto ». V. inoltre ID., *Compendio*, cit., p. 18 (« un regolamento preventivo assicura le linee dell'equità; ma non esclude un controllo della giurisdizione anche sulle polizze autorizzate dallo stato ». Mossa prefigura lo stesso controllo giudiziale per le condizioni generali di contratto non poste da una norma corporativa: « ma queste, quali fonti di diritto sociale, sono da collocare insieme alla normazione corporativa ed agli usi e sono soggette all'esame della loro giustizia da parte della giurisprudenza e della scienza del diritto ». Può così concludere che « il controllo della giurisprudenza [...] quale moderatore della iniquità delle condizioni generali, prende con i principi determinati nel testo nuovo impulso » (*Trattato*, cit., p. 130).

<sup>(145)</sup> FERRARA JR., *Lorenzo Mossa*, cit., p. 4.

attenuano, o il futuro si rivela con tale certezza che acquista valore di presente » <sup>(146)</sup>, chiude per così dire il cerchio e il discorso dal quale eravamo partiti <sup>(147)</sup>.

---

<sup>(146)</sup> S. SATTI, *Il professor Lorenzo Mossa (1957)*, in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, Cedam, 1968, p. 494.

<sup>(147)</sup> Non è un caso che il Mossa maturo e disilluso, in *Stato del diritto del lavoro*, cit., p. 109, affermi, con sguardo retrospettivo sul ruolo giocato dalla magistratura del lavoro, che « fu questa magistratura del lavoro, più di ogni altra formazione o dichiarazione di principio, ad assicurare la marcia dell'idea sociale ».



VINCENZO CERULLI IRELLI

APPRENDERE « PER LAUDO »  
SAGGIO SULLA PROPRIETÀ COLLETTIVA

*A Paolo Grossi  
in segno di ammirazione  
e di affetto*

1. Proprietà pubblica, privata, collettiva. — 2. Proprietà collettiva e « usi civici »: una vicenda polemica. — 3. La legislazione 1924/1927 e i successivi sviluppi giurisprudenziali. — 4. L'emergere di assetti collettivi nella gestione dei beni agrosilvopastorali. — 5. « Demani civici » e « Proprietà collettive ». — 6. La « proprietà collettiva ». Il profilo soggettivo (l'assetto organizzativo). — 7. La « proprietà collettiva ». Il profilo oggettivo (il regime dei beni).

1. *Proprietà pubblica, privata, collettiva.*

Plurime e differenziate, com'è noto, sono le situazioni di appartenenza dei beni in capo ai soggetti, persone fisiche o giuridiche. Delle cose del mondo materiale che divengono beni giuridici in quanto oggetto di diritti (art. 810). Diritti il cui contenuto si compone di facoltà differenziate a seconda del tipo di diritto di cui si tratta, e del tipo di cosa che ne è oggetto. Ed è noto che le modalità di godimento e di uso della cosa nonché di disposizione della stessa da parte del titolare di diritti su di essa sono oggetto di discipline, differenziate a loro volta, a seconda della categoria di cose e anche, in minor misura, a seconda della categoria di soggetti; discipline, che, con oggetto le situazioni di appartenenza ascrivibili alla « proprietà », sono previste dalla Costituzione come quelle riservate alla legge « allo scopo di assicurare [della cosa] la funzione sociale e di renderne [la proprietà o altra situazione di appartenenza] accessibile a tutti »: art. 42 Cost.

Si tratta di discipline imperative (di diritto pubblico), che investono quasi tutte le categorie di cose (e perciò di beni giuridici) oggetto di appropriazione, e tutte, senza eccezioni, le cose immobili (le cui utilizzazioni, e segnatamente le trasformazioni materiali, sono sottoposte in genere a regime amministrativo).

Uno statuto di diritto pubblico che convive con la disciplina privatistica delle diverse situazioni di appartenenza, in alcuni casi comprimendone al massimo lo spazio, in altri casi meno. Ma in ordine alle cose immobili (alle quali soltanto hanno riguardo queste note) la pervasiva presenza della disciplina pubblicistica trova la sua ragione nel fatto che esse costituiscono nel loro insieme il territorio, come luogo della vita comune e perciò in esse (in rapporto ai soggetti che ne possono godere e disporre) è immanente la presenza di interessi pubblici dei quali l'autorità di governo, e in primo luogo il legislatore, devono farsi carico secondo la direttiva costituzionale <sup>(1)</sup>; mentre alcune utilizzazioni produttive di dette cose (come la destinazione a determinate colture, il vigneto, il bosco, etc.) sono a loro volta soggette a regime amministrativo in virtù di vincoli imposti dalla legge (e adesso, segnatamente, dalla normazione europea).

Interesse al corretto uso del territorio come luogo, appunto, della vita comune (urbanistica), a contenerne le trasformazioni in modo tale da non pregiudicarne l'aspetto visivo (la tutela del paesaggio); a indirizzarne gli usi in modo da non pregiudicarne

---

(1) Sulla proprietà, anche sulla base dei principi costituzionali, nella convergenza di istituti di diritto privato e di diritto pubblico, v. part., S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà privata*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. », 1960; M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in « Pol. dir. », 1971; A.M. SANDULLI, *I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in « Giur. cost. », 1971; ID., *Profili costituzionali della proprietà privata*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. », 1972; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata*, in « Giur. cost. », 1977; A. BALDASSARRE, *Proprietà (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, XXV, 1990; C. SALVI, *Modelli di proprietà e principi costituzionali*, in « Riv. crit. dir. priv. », 1986. Intorno al sistema delle situazioni di appartenenza dei beni (delle cose che in quanto oggetto di diritti, nelle loro *utilitates*, divengono beni in senso giuridico) si segue la classica impostazione di Salvatore Pugliatti, nei saggi raccolti in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954; e segnatamente, il notissimo *La proprietà e le proprietà*, dove anche ampia trattazione delle forme di proprietà collettiva; ID., *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959; ID., *Cosa (teoria generale)*, ivi, XI, Milano, 1962.

l'attitudine a sostenere su di esso la vita (salubre) della comunità (la tutela dell'ambiente); etc. <sup>(2)</sup>.

I soggetti titolari di diritti sulle cose (di situazioni di appartenenza, di vario contenuto) oltre alle persone fisiche, possono essere soggetti giuridici, privati (nelle diverse forme della personalità giuridica secondo le leggi civili o di altre forme di soggettività) o pubblici (lo Stato, gli enti del governo territoriale, gli altri enti pubblici, le organizzazioni pubbliche in forma privatistica). Questa affermazione, peraltro pacifica anche nella precedente esperienza, è ribadita espressamente dalla Costituzione con riferimento ai beni economici, come quelli che possono appartenere allo Stato, ad enti e a privati (art. 42, 1° co.). Il tipo di soggetto cui la cosa appartiene (se persona fisica o persona giuridica, pubblica o privata o soggetto collettivo privo di personalità giuridica) incide in misura più o meno ampia sul regime dell'appartenenza, cioè sulle modalità di godimento e di uso e di disposizione della cosa; e vi sono categorie di cose che possono appartenere esclusivamente a determinate categorie di soggetti (« riservate »). E in determinati casi, proprio il tipo soggettivo dell'appartenenza comporta di per sé un determinato regime giuridico della cosa (come, per i beni civici o collettivi, oggetto di queste note, questo tipo di appartenenza assoggetta la cosa al regime della tutela paesaggistico-ambientale) <sup>(3)</sup>.

---

<sup>(2)</sup> Su questi profili, nei quali lo statuto di diritto pubblico della proprietà (più precisamente, della disciplina in ordine alle forme di godimento delle cose immobili, differenziate secondo la « funzione sociale » che si esprime nelle diverse categorie di esse), ho tentato qualche approccio in *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, in « Giust. civ. », 2015. La problematica si connette in parte a quella dei « beni comuni » se intesi nell'accezione di porzioni del mondo materiale nelle quali i diritti di appropriazione e di godimento individuale vengono limitati dai diritti di uso e godimento collettivo. Categoria, questa, che trova invero un suo lontano antecedente nelle forme di godimento collettivo della terra, che si analizzano in queste note. V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in « Pol. dir. », 2014; F. MARINELLI, *Beni comuni*, in *Enc. dir. Annali*, VII, Milano, 2014; A. DI PORTO, *Res in usu publico e "beni comuni"*, Torino, 2013.

<sup>(3)</sup> V. l'elenco delle zone sottoposte a vincolo paesaggistico per legge (art. 8, d.l. 27.6.1985 n. 312, conv. l. 8.8.1985 n. 431; adesso, art. 142, d.lgs. 22.1.2004 n. 42) tutte identificate per propri caratteri materiali e naturali, tranne « le aree assegnate alle Università agrarie e le zone gravate da usi civici », identificate, queste, per caratteri giuridici (il tipo dell'appartenenza).

Alcune categorie di cose sono riservate alla proprietà pubblica (« appartengono allo Stato »: art. 822 cod. civ.) in quanto tali (anche a prescindere dalla destinazione che in concreto esse singolarmente presentano). Mentre altre categorie di cose che appartengono allo Stato o ad enti pubblici, in quanto vengono in concreto destinate ad una funzione o ad un servizio di interesse pubblico, vengono assoggettate a un regime giuridico (godimento e disposizione) pubblicistico e sottratte dall'applicazione del diritto comune (art. 828). Per queste categorie di cose (i beni pubblici) il rapporto di appartenenza (la « proprietà ») è disciplinato in modo del tutto differenziato rispetto al diritto comune, e a tale dato si riferisce l'art. 42, 1° co., Cost., laddove afferma che la proprietà « è pubblica o privata »; cioè contempla due specie di situazioni di appartenenza tra loro differenziate, anzi due generi, chè al loro interno molteplici sono le specie (« le proprietà »). Che i beni pubblici (tali perché destinati al soddisfacimento di interessi della collettività e non del « proprietario ») siano cionondimeno oggetto in capo all'ente (lo Stato, gli enti del governo territoriale, etc.) di una forma di appartenenza ascrivibile alla « proprietà », deriva da ragioni di carattere tecnico che si evidenziano al momento in cui il bene perde la destinazione pubblica, o la sua identificazione nelle caratteristiche materiali della categoria, ovvero al fine di dare regime giuridico a marginali utilizzazioni delle cose <sup>(4)</sup>; ma sinché tali restano (« beni pubblici ») il dato della « proprietà » (che essi cioè « appartengono » allo Stato, come si esprime il Codice) è del tutto marginale. Ciò si badi, riguarda i beni pubblici, non i beni che allo Stato o ad enti pubblici appartengono secondo il regime del diritto comune (e a questi si riferisce la Costituzione nella seconda parte del 1° comma dell'art. 42: sistema c.d. di economia mista).

Su una stessa cosa possono gravare più diritti, com'è noto. Essa cioè si traduce in una pluralità di beni giuridici nelle diverse *utilitates* che può fornire, il cui godimento può spettare, di tutte le

---

(4) Come la proprietà degli alberi e dei frutti nell'ambito di complessi demaniali, il regime dominicale dei beni una volta perduta la qualificazione pubblicistica, etc. (sul punto, fondamentale, V. SCIALOJA, *Sulla proprietà delle cose appartenenti al demanio pubblico* (1883), in ID., *Studi Giuridici*, III, Roma, 1932). Riferimenti nella mia voce *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, part. p. 289 e ss.

*utilitates*, ad un solo soggetto (il proprietario), ovvero, ciascuna, o alcune di esse, a più soggetti o ad una pluralità di soggetti (una comunità, una comunione, un gruppo) i cui diritti limitano il diritto del proprietario, in capo al quale il godimento della cosa si estende sin dove è consentito dalla presenza dei diritti altrui. Ciò può accadere per volontà dello stesso proprietario che concede ad altri il diritto di esercitare sulla cosa determinati usi (o addirittura tutti gli usi nel tempo contrattualmente stabilito, come in caso di usufrutto); ovvero perché altri soggetti, in virtù di fonti diverse da quella espressa dalla volontà negoziale del proprietario, vantano sulla cosa determinati diritti (ne sono titolari), con oggetto determinate *utilitates* della cosa stessa. Ciò può avvenire per titolo di diritto privato (come ad esempio per disposizione testamentaria), ovvero di diritto pubblico (come nel caso degli « usi civici », o dei diritti d'uso pubblico imputati ad una comunità di abitanti su terre private, e per essa al Comune o ad altro soggetto collettivo che la rappresenta).

In questi casi la pluralità dei diritti sulla cosa ha natura diversa e tra esse può distinguersi il diritto del proprietario dagli altri (reali o personali che siano) perché il primo ha qualità giuridiche che non hanno gli altri (capacità espansiva del diritto in virtù del principio di elasticità; imprescrittibilità del diritto per non uso, a differenza dei diritti reali: artt. 1014, 1073). In altri casi, la pluralità dei diritti sulla cosa è accomunata dal carattere dominicale: la proprietà non appartiene ad un soggetto ma a più soggetti a seconda delle diverse *utilitates* che la cosa può fornire; come ad esempio, in alcune precedenti esperienze, tipiche di alcune realtà territoriali del nostro Paese, la proprietà del suolo era distinta dalla proprietà degli alberi o dalla proprietà dal pascolo, etc.: c.d. proprietà divisa <sup>(5)</sup>.

In altri casi, ancora, la proprietà del bene, come tale, nella sua unità (non di ciascuno dei diversi beni, o *utilitates*, ritraibili dalla cosa, oggetto di diversi diritti, come nella proprietà divisa) appartiene ad una pluralità di soggetti in comunione tra loro (« la proprietà o altro diritto reale spetta in comune a più persone »: art. 1100

---

<sup>(5)</sup> Come ad esempio, nel regime dei beni agrari nella Provincia Senese, secondo il quale la proprietà del pascolo e la proprietà del macchiatico erano distinte dalla proprietà del suolo. Sul punto, v. la cospicua Cass., 7.9.1948 n. 1583, in L. ACROSSO, G. RIZZI, *Codice degli usi civici*, Roma, 1956, p. 551 e ss.

cod. civ.). I soggetti (i comunisti) sono tutti proprietari o titolari del medesimo diritto sulla cosa; ma l'esercizio del diritto di ciascuno (il godimento e la disponibilità della cosa) è necessariamente limitato da quello degli altri, e perciò la comunione necessita di regole circa l'uso della cosa e la sua disponibilità, di un'organizzazione sia pure embrionale che faccia rispettare queste regole, poste dal codice ovvero da atti di autonomia privata. Nella comunione, il diritto dominicale del singolo si concretizza nella quota, che è un'entità astratta che corrisponde al valore della cosa nella parte imputabile al singolo comunista (che si presume uguale a quella degli altri, salva diversa disposizione negoziale: art. 1101). La comunione si presume temporanea perché ciascun partecipante ha il diritto di chiederne e ottenerne lo scioglimento mediante divisione della cosa in porzioni materiali (di valore corrispondente a quello della rispettiva quota) trasformate in proprietà individuali dei singoli, salvo il caso delle cose indivisibili (art. 1112), che in caso di scioglimento della comunione devono essere attribuite ad uno dei comunisti pagandone il prezzo agli altri. Per volontà dei partecipanti questa forma di appartenenza collettiva può protrarsi *sine die*; come dimostra l'esperienza di realtà produttive nel settore agroforestale, particolarmente in zone di montagna, dove un assetto collettivo della gestione fondiaria si adatta meglio alle esigenze produttive della terra che la parcellizzazione in proprietà individuali.

Queste forme di appartenenza possono essere considerate come *proprietà collettiva*, secondo autorevole dottrina, sottolineando il carattere strutturalmente diverso di questa forma di appartenenza rispetto alla proprietà individuale. Ma si tratta di rapporti giuridici costituiti da fonte negoziale, privatistica, e perduranti per volontà dei soggetti che ne sono parte, i quali operano nel loro proprio interesse, di cui hanno piena disponibilità. La regola della temporaneità di questi rapporti e dello scioglimento a richiesta di ciascuno dei partecipanti, rappresenta bene l'idea del legislatore che vede in essi eccezioni al principio dominante della proprietà individuale <sup>(6)</sup>, sotto il cui regime i beni sono sempre destinati a tornare.

---

(6) Sulla comunione e il condominio, in diritto privato, per tutti, G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Comment. cod. civ. Scialoja Branca*, III, *Proprietà*, Roma-Bologna, 1951, dove la teorizzazione della proprietà del gruppo, collettiva, in ordine ai beni oggetto di comunione. Sul punto, importanti spunti nel noto studio di

Ma vi sono altre forme di *proprietà collettiva* che non si fondano su rapporti giuridici privatistici di fonte negoziale, sulla volontà dei soggetti che ne sono parti; ma su vincoli di appartenenza da essi non disponibili. Si tratta di forme di appartenenza fondiaria e di utilizzazione di beni, segnatamente agroforestali, da parte di comunità di abitanti (collettività stanziate su un determinato territorio) in virtù di *fatti* di apprensione originaria; a volte in virtù di *atti* di superiori autorità che l'apprensione hanno consentito o imposto. Le forme di questa « apprensione originaria » possono essere varie, secondo le molteplici e differenziate esperienze che si riscontrano nelle diverse realtà territoriali, delle quali si tenterà di dare qualche evidenza. Ma che si tratti di *fatti* (la comunità si appropria del territorio attraverso il lavoro, e ne consolida il possesso attraverso la consuetudine, ovvero per riconoscimento sovrano) ovvero di *atti* sovrani o feudali di concessione, è sempre una *comunità* (intesa come l'insieme delle persone stanziate su un determinato territorio come luogo della vita comune) ad essere il « soggetto » che del bene si appropria o che del bene riceve il *possesso*, e non singole private persone pur riunite in comunione tra loro. Forme di appartenenza collettiva sopravvissute alle politiche abolitrici diffuse nel corso dell'800 (e perciò all'imponente processo di formazione della proprietà agraria individuale); « reliquie » fu detto, ma di recente valorizzate e riordinate, secondo un assetto normativo proprio, distinto dalle forme di appartenenza, individuali e collettive, pubbliche e private, di cui alla disciplina codicistica e alla stessa lettera del testo costituzionale (7).

---

F. CARNELUTTI, *Personalità giuridica ed autonomia patrimoniale*, in ID., *Studi di diritto civile*, Roma, 1916 (part., p. 144 e ss.).

(7) Di « reliquie » si parlava nella letteratura di fine Ottocento, per indicare forme di appartenenza della terra, pur diffuse in passato, ma ormai superate per fare luogo alla piena proprietà privata individuale (non promiscua) della terra. G. VENEZIAN, *Reliquie della proprietà collettiva in Italia* (1887), in ID., *Opere giuridiche*, Roma, 1920; C. CATTANEO, *Su la bonificazione del Piano di Magadino* (1851-53), in ID., *Scritti Economici*, a cura di A. Bertolino, Firenze, 1856, che descrive efficacemente l'« altro modo di possedere » diffuso nel Piano, come possesso promiscuo nelle parti che « sottostanno al vago pascolo e ad altre servitù » (come, appunto, « un altro modo di possedere, [...] un altro ordine sociale »). Ma propone la soppressione di questa « primitiva comunanza » che produce « l'effetto di impedire la coltivazione ». Un quadro di sintesi delle forme di

Il carattere fondamentale di queste situazioni di appartenenza fondiaria collettiva, sta, appunto, in questo dato giuridico, costituito dal titolo dell'appartenenza; cioè che esse non risultano formate per atti negoziali o per volontà di soggetti determinati, ma, per apprensione originaria del suolo da parte di una comunità. L'apprensione, o l'appartenenza originaria dei beni alla comunità, si traduce in conseguenza in un regime dei beni tale da sottrarli alla disponibilità dei singoli e trasmetterli alle generazioni future.

Questa specie di proprietà collettiva, pur nelle diverse sue manifestazioni, che si vanno ad analizzare brevemente, nelle quali elementi di diritto pubblico e di diritto privato si riscontrano in diversa misura, si ascrive piuttosto alla sfera pubblicistica, per il dato fondamentale e caratterizzante dell'indisponibilità del diritto d'uso e di godimento della cosa, da parte del singolo partecipante alla comunione (del membro del gruppo) e dell'assenza in assoluto del potere di disporre della quota di partecipazione (il « godere » è strettamente personale o familiare, il « disporre » non sussiste). Possiamo perciò parlare di una *proprietà collettiva di diritto pubblico*, distinta dalle forme di proprietà collettiva ascrivibili al modello della comunione privatistica (come forma di appartenenza dei beni « in comune a più persone ») <sup>(8)</sup>, rispetto alla quale sussistono alcuni tratti comuni, ma prevalgono i tratti differenziali.

Che accanto alla proprietà pubblica e alla proprietà privata

---

proprietà collettiva diffuse nelle diverse regioni, nell'Ottocento, in A. CENCELLI PERTI, *La proprietà collettiva in Italia*, Roma, 1890; II ed. (A. CENCELLI) Milano, 1920. In tempi a noi più vicini, un ampio e approfondito sguardo alle molteplici situazioni che si ascrivono al fenomeno delle proprietà collettive, in *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, a cura di G. De Martin, Padova, 1990.

<sup>(8)</sup> PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., diffusamente, p. 167 e ss. Della proprietà collettiva « di diritto pubblico » avevo proposto una categorizzazione unitaria, includendo in essa sia le forme di appartenenza disciplinate dalla legge « usi civici » (« usi civici », « demani civici », « domini collettivi »), sia le forme di proprietà collettiva escluse dall'applicazione di quella legge e oggi disciplinate dalle leggi sulla montagna (V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983). Invero, a un più attento esame della materia, pare opportuno distinguere tra le une e le altre, con riferimento al fatto che nel primo ordine di casi trattasi dell'esercizio di usi collettivi su beni gestiti dal Comune o da organizzazioni paracomunali, a fronte del secondo ordine di casi nei quali la comunità gestisce direttamente i beni attraverso organizzazioni sue proprie.

(art. 42 Cost.) il nostro ordinamento conosca la proprietà collettiva, si può affermare fondatamente (pur essendo ancora presente in Costituzione una visione delle situazioni proprietarie marcatamente individualista); ch  sia la propriet  pubblica che la propriet  privata presentano in alcune loro forme una componente collettiva. La propriet  « privata », nei casi, appunto, di « comunione », si imputa sullo stesso bene (sulla stessa cosa che si traduce in una pluralit  di beni giuridici) a pi  persone. La propriet  « pubblica » in alcuni casi nasconde forme di propriet  « individuali » dell'ente pubblico come soggetto giuridico (i beni patrimoniali dello Stato, delle province, etc.: art. 826 ss., cod. civ.), ma in altri casi l'imputazione « formale » della titolarit  del bene alla persona giuridica pubblica nasconde diritti, che in determinati casi (come nel caso degli usi civici esercitati da una comunit  su beni intestati al Comune) vengono ascritti ai diritti di natura dominicale, dando luogo a forme di appartenenza collettiva. Invero, nel concetto di « pubblico » come predicato della propriet  nella lettera dell'art. 42 Cost., si nascondono due diversi concetti, quello « di pubblico » come « dello Stato o di un ente pubblico » e quello « di pubblico » come « di una collettivit  »; « pubblico » come « collettivo » <sup>(9)</sup>.

Di questo secondo ordine di situazioni, spesso l'individuazione delle fattispecie (in quali casi, nella variegata esperienza delle situazioni reali, esse si presentino) resta incerta, cos  come in alcuni casi resta perplessa la disciplina applicabile; a differenza delle situazioni del primo ordine (quelle privatistiche), circa le quali la disciplina codicistica della comunione e del condominio, e l'imponente elaborazione dottrinale di questi istituti, hanno delineato un quadro concettuale sufficientemente definito (anche se, com'  noto, resta incerta e problematica l'iscrizione di questi istituti alla « propriet  collettiva »). Ma in tutti i casi, ci troviamo di fronte al fenomeno che una determinata cosa del mondo materiale si traduce in una pluralit 

---

(9)   curioso che lo stesso Autore che del concetto di « pubblico » ha dato la pi  rigida accezione statalistica (O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in « Riv. it. sc. giur. », XXXIX (1898)) sia lo stesso che nei precedenti studi aveva dato delle appartenenze collettive della terra, dei diritti delle Comunit  sui beni comuni, una delle pi  compiute rappresentazioni (*Concetto, natura e limiti del demanio pubblico, teoria*, ivi).

di beni giuridici appartenenti a una pluralità di soggetti, tutti della stessa natura (dominicale). Questo dato delinea l'assetto dei rapporti tra di essi e di tutti essi con la cosa comune, in maniera diversa rispetto all'assetto tipico dei rapporti tra proprietario e soggetti titolari di diritti reali (artt. 952 ss., cod. civ.) sulla medesima cosa.

Sul versante della « proprietà pubblica » (per stare alla bipartizione costituzionale), la presenza di questo fenomeno investe, sulla base di documentati riscontri di diritto positivo, soltanto situazioni di carattere locale (il che non significa che si tratti di realtà marginali) rapportabili sempre, in misura più o meno incisiva, all'esperienza comunale, cioè all'esperienza dell'organizzazione di governo propria delle comunità di abitanti, cioè dei nuclei di popolazione (di dimensione varia) legati da un rapporto (vincolo) di incolato: abitare nello stesso luogo nel quale intessere i rapporti della vita sociale.

Invero, che i beni appartenenti allo Stato o ad altri enti di governo di dimensione superiore a quella comunale, è assai dubbio possano essere concepiti come oggetto di diritti collettivi, di natura dominicale, o anche solo reale, nonostante autorevoli costruzioni dottrinali in questo senso, le quali tuttavia non hanno trovato adeguati riscontri positivi<sup>(10)</sup>. Mentre si rilevano molteplici riscontri positivi circa la natura di beni « collettivi », di vasti patrimoni (o almeno di diritti collettivi su di essi, non sempre ascrivibili alla forma della « proprietà »), segnatamente agroforestali, aperti al godimento e all'uso di comunità di abitanti (di collettività insediate su un territorio), a volte imputati a titolo dominicale al Comune come ente, a volte a organizzazioni proprie della comunità distinte dal Comune, dotate o meno di personalità giuridica. In questi casi, il diritto dell'ente (del Comune o dell'organizzazione propria della comunità) convive con i diritti dei singoli membri della comunità stessa.

---

<sup>(10)</sup> V. M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, a proposito dei beni demaniali « come beni di proprietà collettiva affidati in gestione legale ad enti territoriali » (p. 52). Invero, le facoltà d'uso dei singoli su detti beni (c.d. uso comune) non vengono configurati in giurisprudenza come situazioni protette, azionabili (né come diritti né come interessi legittimi); a differenza degli usi esercitati su beni privati destinati all'uso pubblico (V. CERULLI IRELLI, *Uso pubblico*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992), limitatamente all'ambito comunale; e, con maggiore consistenza, dei diritti d'uso civico su beni privati e su beni pubblici.

Ma codesti « diritti collettivi » solo in qualche caso si traducono nella partecipazione alla gestione comune dei beni, attraverso un'organizzazione propria della comunità, non dissimile, su questo punto, dalla posizione che l'organizzazione del gruppo svolge nella stessa comunione di diritto privato.

Invero, come si tenta di dimostrare in queste note, quei « diritti », pur laddove vengono configurati come diritti « dominicali », in molteplici manifestazioni dell'esperienza positiva si riducono a meri diritti d'uso sulla cosa, configurata come cosa comune, ma gestita (« governata », si direbbe) dal soggetto pubblico, alla cui titolarità essa è imputata, nelle forme del diritto amministrativo. Talché il modello della comunione (e perciò della proprietà collettiva), solo in alcune manifestazioni dell'esperienza positiva, trova piena cittadinanza nel settore dei beni sui quali ad una comunità spettano diritti di fonte pubblicistica.

Questa categoria di beni, articolata in una pluralità di elementi di identificazione e anche di regimi giuridici, ma identificata per tratti comuni, è denominata nelle leggi in vigore con espressioni diverse (nell'uso comune e nella giurisprudenza prevalente, « demani civici », con una dizione che riecheggia antiche voci del linguaggio meridionalista, o anche « demani collettivi » o senz'altro « proprietà collettive ») che sempre fanno riferimento non a caratteri materiali (tale da identificare « le cose ») ma a caratteri giuridici, cioè in ordine ai diritti di cui sono oggetto (tali cioè da identificare « i beni »).

## 2. *Proprietà collettiva e « usi civici »: una vicenda polemica.*

2.1. Questi diritti, secondo una consolidata tradizione dottrinale e sulla base di alcuni importanti testi legislativi, vengono accomunati sotto la dizione « usi civici »; ma impropriamente invero, chè, come fu chiarito già in tempi non recenti, questa dizione si attaglia propriamente ai diritti di vario contenuto che una comunità di abitanti esercita su beni altrui (a loro volta di proprietà privata o pubblica), una categoria speciale (di fonte pubblicistica) di diritti reali ormai liquidati o estinti; piuttosto che i diritti che una comunità di abitanti esercita sui beni che ad essa stessa appartengono per il tramite dell'ente o dell'organizzazione che la rappre-

senta <sup>(11)</sup>; e d'altra parte, questa dizione non è atta a comprendere il fenomeno (nel quale praticamente la proprietà collettiva si esprime) della gestione diretta e comune della terra da parte degli utenti. Tuttavia la dizione è diffusa nel linguaggio legislativo e giurisprudenziale, e si può anche tenere per buona, purchè se ne stabiliscano correttamente i significati.

Questa complessa materia ha trovato da noi, com'è noto, una compiuta sistemazione nei provvedimenti legislativi del 1924-1928, intitolati al « riordinamento degli usi civici »; legislazione tuttora vigente, successivamente modificata e integrata da leggi regionali e dalle « leggi sulla montagna » <sup>(12)</sup>. Una legislazione il cui assetto

---

<sup>(11)</sup> Per tutti G. CERVATI, *Aspetti della legislazione vigente circa usi civici e terre di uso civico*, in « Riv. trim. dir. pubbl. », 1967.

<sup>(12)</sup> R.d.l. 22.5.1924 n. 751 conv. l. 16.6.1927 n. 1766, sul riordinamento degli usi civici nel Regno (« legge usi civici »); Reg. appr. r.d. 26.2.1928 n. 332 (« regolamento usi civici »). Su questa legislazione (vedine il testo, insieme alle altre principali leggi sulla materia, anche degli Stati preunitari, con ampi ed importanti estratti di giurisprudenza, in ACROSSO, RIZZI, *Codice degli usi civici*, cit., di supporto veramente fondamentale per i nostri studi), G. CERVATI, *Gli usi civici nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in « Riv. trim. dir. pubbl. », 1951, p. 519, 774; 1952, p. 494. Della vastissima produzione dottrinale in materia, v. G. RAFFAGLIO, *Diritti promiscui, demani comunali ed usi civici*, Milano, 1939; G. CURIS, *Gli usi civici*, Roma, 1928 (prec., *Usi civici, proprietà collettive e latifondi nell'Italia centrale e nell'Emilia*, Napoli, 1917, vastissima ricerca molto ricca di documenti relativi alle diverse esperienze fondiarie dell'Italia centrale). Con particolare riferimento alla tradizione meridionale, G.P. CASSANDRO, *Storia delle terre comuni e degli usi civici nell'Italia meridionale*, Bari, 1943; F. LAURIA, *Demani e feudi nell'Italia meridionale*, Napoli, 1924; già, R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle province napoletane*, Milano, 1909, aveva tracciato compiutamente le vicende della feudalità napoletana e della sua eversione, presupposto fondamentale per comprendere la legislazione vigente. E. CENNI, *Studi di diritto pubblico*, Napoli, 1870 (B. CROCE, *Storia del Regno di Napoli*, Bari, 1958<sup>5</sup>, apprezza l'opera del vecchio studioso napoletano, cui imputa però una eccessiva esaltazione delle « patrie istituzioni », destinate nella pratica esperienza delle cose del Regno, a restare spesso senza effetti). Per la Sardegna, ma con risvolti di carattere generale, fondamentale A. SOLMI, *Ademprivia* (1904), in Id., *Studi storici sulla proprietà fondiaria nel medioevo*, Roma, 1937; e per il Mezzogiorno, altrettanto importante, F. SCHUPFER, *Degli usi civici e degli altri diritti del comune di Apricena*, in *Atti Accademia Lincei*, Anno CCLXXIII, serie IV, vol. II, Roma, 1886. Tra le trattazioni generali, nella produzione più recente, F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 2003; R. TRIFONE, *Gli usi civici*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1963; L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 2000<sup>2</sup>. Da tenere presente le due voci di E. CORTESE, *Domini collettivi*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964 e U.

normativo è stato oggetto di una cospicua elaborazione giurisprudenziale, in gran parte innovativa rispetto ai motivi ispiratori e agli obiettivi all'epoca perseguiti dal legislatore. Essa fu adottata in esito a un lungo e complesso (e contraddittorio in molti aspetti) processo normativo, già degli Stati preunitari e poi dello Stato unitario, oscillante tra intenti abolitivi e iniziative di valorizzazione, tra momenti di esaltazione della proprietà privata esclusiva della terra come strumento di sviluppo economico, e spinte intese a dare voce alle aspirazioni delle comunità rurali, del mondo contadino <sup>(13)</sup>.

Attraverso questi provvedimenti normativi, è stata introdotta una disciplina generale, applicabile su tutto il territorio nazionale, che ha preso il luogo delle discipline regionali in vigore, alcune provenienti dagli ordinamenti preunitari; e ha preteso di unificare situazioni molto diverse (quanto a origine storica e a sostrati socio-economici di ciascuna di esse) in una fattispecie denominata « usi civici e qualsiasi altro diritto di promiscuo godimento delle terre spettante agli abitanti di un Comune, o di una frazione di Comune » e « terre provenienti dalla liquidazione [di detti diritti] e altre possedute da Comuni, Università e altre associazioni agrarie, comunque denominate, soggette all'esercizio di usi civici » (art. 1, l. u.c., n. 1766/27). In ordine a detta fattispecie, è stata dettata una

---

PETRONIO, *Usi civici*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992. Una puntuale sintesi in M.A. LORIZIO, *Usi civici*, in *Enc. dir.*, 1994. Le leggi sulla montagna, cui si fa riferimento nel testo, sulle quali diffusamente *infra*, sono: l. 25.7.1952, n. 991; l. 3.12.1971 n. 1102 che contiene per la prima volta la menzione delle « comunioni familiari montane » come quelle « non soggette alla disciplina degli usi civici »; l. 31.1.1994 n. 97 che detta norme organiche sulle « organizzazioni montane per la gestione di beni agro-silvo-pastorali ».

<sup>(13)</sup> Passi significativi nei quali questa duplice ispirazione di molte delle misure, pre e post unitarie, intese alla soppressione delle promiscuità e dei domini collettivi, si evidenzia, si rinvencono nelle relazioni governative o di commissioni di studio che accompagnano le iniziative di riforma dei primi anni del secolo (v. *Relazione sull'andamento dei domini collettivi*, pres. Min. Rava, 4.4.1905, in A.P., Camera, XXII, Sess. 1904-1906, n. XV; *Relazione Commissione Baccelli*, rel. Canevari, sul d.d.l. Cocco Ortu, pres. Camera 18.11.1909, in A.P. Camera XXIII, sess. 1909-1911, n. 252-A). Dominante fu, certo, l'intento di rafforzare la proprietà agraria borghese e lo sfruttamento capitalistico della terra; ma non fu assente, anche, in alcune delle politiche che si susseguirono (fin da quella originaria dei sovrani napoleonici di Napoli) l'intento di dare la terra ai contadini, con la creazione di piccole proprietà contadine, intento poi nella pratica applicazione fu ritenuto fallito.

disciplina a sua volta unitaria, della quale si vedranno i tratti più significativi (peraltro notissimi). La definizione della norma è assai intricata, laddove tenta di identificare sul piano giuridico, il fenomeno dell'uso e del possesso promiscuo della terra da parte di comunità di abitanti o di gruppi di cittadini utenti, storicamente consolidatosi su determinati territori: terre private ma aperte agli usi (a determinati usi) della collettività, ovvero pubbliche, imputate a Comuni o a organizzazioni subcomunali, o a organizzazioni proprie degli stessi cittadini utenti, come le Università o associazioni agrarie.

La legge di unificazione fu preceduta da una serie assai numerosa di provvedimenti normativi, nei quali si esprime la storia ottocentesca della proprietà fondiaria, provvedimenti prima degli Stati preunitari e poi dello Stato unitario, ispirati generalmente da intenti soppressivi delle forme di godimento collettivo o promiscuo della terra, assai diffuse nei precedenti assetti fondiari, feudali e non; che richiamo brevemente nei casi più significativi.

Mentre prescindo dal riesaminare (prendendola in considerazione per approvarne o per contrastarne l'ispirazione e gli esiti) la ricca letteratura (soprattutto ottocentesca) sulle origini della proprietà fondiaria, se collettiva o individuale, e sulla stessa intricata e complessa e spesso drammatica vicenda formativa della proprietà privata della terra (chiusa, esclusiva) nelle diverse situazioni territoriali, a fronte di preesistenti assetti giuridici collettivi o promiscui. Su di essa ha fatto il punto *Paolo Grossi* in un libro notissimo, e prima di lui altri nostri Autori meno recenti. Ciò che rende superfluo ogni ritorno sul tema <sup>(14)</sup>.

Emerge sul punto, il dato ordinamentale (di diritto positivo « vivente »), circa la natura dei diritti qualificati come « usi civici » e circa la natura dell'appartenenza « collettiva » delle « terre » disciplinate (« sistemate ») secondo la legge generale e le altre leggi vigenti, nonché circa la natura stessa dell'apprensione originaria come quella che qualifica la categoria di beni; come si vedrà. E a fronte di questo dato appare del tutto irrilevante (sul piano della problematica positiva) il dato, che può essere discusso in sede

---

<sup>(14)</sup> P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977. Tutta la prima parte del volume (p. 43 e ss.), è dedicata al dibattito europeo sulle origini della proprietà con puntuale analisi di tutta la dottrina.

storiografica (e viene autorevolmente discusso), circa la fondatezza storica (nelle diverse realtà territoriali) di alcune dottrine o di alcune esperienze poste alla base di quel dato positivo <sup>(15)</sup>, nelle sue diverse articolazioni.

2.2. All'origine c'è, sul piano giuridico, il concetto della proprietà privata individuale che nel codice di Napoleone (1804) riceve la sua piena consacrazione, come situazione di appartenenza nella quale al titolare (il « proprietario ») sono imputate tutte le facoltà d'uso, oltre che di disposizione, della cosa che ne è oggetto e non tollera perciò la promiscuità degli usi, che presuppongono una proprietà aperta, nella quale il godimento del proprietario (e quindi la sua capacità di dare alla cosa il più proficuo assetto produttivo, di sfruttarla nella sua pienezza) è limitato da usi imputati a diverso titolo ad altri, e segnatamente dagli usi collettivi, cioè esercitati da comunità di abitanti, in contrasto con il principio di esclusività <sup>(16)</sup>. Liberarsi dagli usi, dalle promiscuità, dare al proprietario piena potestà di gestione della terra a fini produttivi; questa la direttiva comune a tutti i provvedimenti susseguiti tra la fine del '700 e il corso dell'800.

Dietro a questi concetti giuridici, si annida come sempre, un

---

<sup>(15)</sup> Sulla dottrina critica, circa l'applicazione dilatata, diciamo così, della legge da parte della giurisprudenza (e di parte della dottrina) intesa a configurare i diritti delle Comunità sulle terre comunali come diritti di natura dominicale (anziché come diritti reali su beni altrui) v. part., G. ASTUTI, *Aspetti e problemi del riordinamento degli usi civici in Italia*, in « Riv. dir. agrario », 1954; ID., *Vecchi feticci in tema di usi civici*, in « Giur. it. », 1954, I; e ancora, ID., *A proposito di vecchi feticci in tema di usi civici*, in « L'Italia agricola », 1955 (in risposta alla nota di R. Trifone, con lo stesso titolo, ivi); U. PETRONIO, *Rileggendo la legge usi civici*, in « Riv. dir. civ. », 2006; ID., *Usi e demani civici fra tradizione storica e dogmatica giuridica*, in *La proprietà e le proprietà*, a cura di E. Cortese, Milano, 1988; ID., *Usi civici*, cit.

<sup>(16)</sup> V. le precise osservazioni di Paolo Grossi sul punto, part., in *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 266 e ss.; ID., *Proprietà (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988; ID., *Assolutismo giuridico e proprietà collettiva*, in « Quaderni fiorentini », 1990. Ma il codice napoleonico conteneva anche l'art. 542 sui *biens communaux* come quelli appartenenti ad una comunità di abitanti (« *ceux à la propriété ou aux produits des quels, les habitants d'une ou des plusieurs communes ont un droit acquis* »), articolo riprodotto nel Codice sardo, ma soppresso nel Codice civile del 1865, secondo un chiaro intento abolitivo degli usi (sul punto, F. FILOMUSI GUELFI, *Diritti reali*, Roma, 1902, p. 136 e ss.).

ben consolidato assetto di rapporti economici (il capitalismo nascente che nella sua prima fase ha proprio nella proprietà fondiaria la principale fonte di accumulazione); e anche convinzioni e dottrine economiche e di tecnica agraria, secondo le quali, forme di sfruttamento (utilizzazioni) della terra, divise, o promiscue, ostacolano la migliore agricoltura e perciò la stessa produttività complessiva dell'economia del Paese. Ciò che per alcuni tipi di utilizzazione produttiva della terra, è sicuramente vero (i terreni a vocazione agricola intensiva, a differenza di quelli boschivi e pascolivi, ad esempio). Senza entrare ovviamente nel merito di queste dottrine, possiamo senz'altro affermare che esse nel corso dell'800 risultano del tutto consolidate e costituiscono potente fattore nel processo di formazione della proprietà borghese capitalistica della terra che investe tutto il periodo a seguito della rottura delle antiche strutture feudali <sup>(17)</sup>.

Quindi, un susseguirsi di misure soppressive o limitatrici degli usi promiscui della terra, diverse nelle diverse realtà territoriali del Paese (nella legislazione dei diversi Stati della Penisola); in alcuni casi senz'altro soppressive senza compenso (non riconoscendo perciò agli utenti alcun diritto) ma in genere soppressive mediante compenso in denaro e a volte in terra a favore dell'ente rappresentativo della comunità utente (in genere, il Comune).

2.3. In questa intricata vicenda, risulta particolarmente significativa l'esperienza del Regno di Napoli (anche perché successivamente valorizzata dalla legislazione nazionale). L'abolizione del feudalesimo nel Regno ad opera dei sovrani napoleonidi, si articolò

---

(17) Si vedano, solo a titolo d'esempio, ma significative per l'autorevolezza degli scrittori, le osservazioni di CATTANEO, *Su la bonificazione del Piano di Magadino*, cit., laddove, dopo aver descritto l'altro modo di possedere delle terre del Piano di Magadino, propone, come s'è ricordato, la soppressione di questa « primitiva comunanza » per i suoi effetti contrastanti con gli sviluppi dell'agricoltura; e di uno scrittore della fine del '700, assai sensibile alle esigenze di modernizzazione del Regno, M. DELFICO, *Memoria per l'abolizione della servitù del pascolo invernale detto dei Regi Stucchi nelle province marittime di Apruzzo*, Napoli, 1777, che sottolineava i riflessi fortemente negativi della « servitù » sulla buona conduzione agricola che presuppone una proprietà non gravata da « una servitù di tale indole ». Insomma, la proprietà individuale è lo strumento giuridico necessario per la buona agricoltura e quindi per il progresso economico della società.

in una serie di misure legislative (cui seguirono operazioni materiali) fondate su antiche elaborazioni della giurisprudenza meridionale, intese nell'ambito dell'operazione seguita all'abolizione delle feodalità, ad attribuire alle popolazioni dei diversi territori rappresentate dalle rispettive Università (Comuni) in pieno possesso, una porzione delle terre feudali mediante divisione con l'ex barone (secondo criteri stabiliti dalla stessa legge) al quale altra parte della terra stessa veniva attribuita in piena proprietà <sup>(18)</sup>. Le terre attribuite ai Comuni dovevano essere quotizzate in favore di singoli abitanti delle diverse comunità (piccoli lotti enfiteutici); restando solo escluse da questa operazione terre che per la conformazione del suolo non si prestassero alla coltura agraria, da individuare caso per caso (« terre boschive, montuose, o [...] situate in riva ai fiumi », art. 10, L. 1.9.1806; « boschi comunali, montagne comunali che abbiano un'inclinazione tale, che escluda la coltura », art. 2, D. 3.12.1808; « i boschi, le terre lamose, le falde troppo erte dei monti », art. 21, D. cit.). La destinazione finale dell'operazione, era dunque quella di trasformare gli antichi tenimenti feudali, aperti agli usi promiscui, in proprietà private individuali, dell'ex barone, e rispettivamente dei cittadini attraverso la concessione di piccoli lotti, nei quali la terra derivante dalle operazioni di divisione veniva quotizzata. Trasformare gli antichi utenti in piccoli proprietari. Questa legislazione fu confermata nella sostanza dai successivi regimi politici succedutisi nelle province meridionali, e anche dal Regno d'Italia. Cionondimeno, vasti « demani » restarono nell'appartenenza comunale in tutte le province meridionali <sup>(19)</sup>.

Nelle altre zone del Paese, il processo non fu così lineare e differenti furono le modalità attraverso le quali avvenne la caduta dell'antico assetto feudale nell'appartenenza della terra e il passaggio alla proprietà borghese con i suoi caratteri individualistici, secondo il modello del codice civile.

---

<sup>(18)</sup> L. 2.8.1806; L. 1.9.1806 (Giuseppe Napoleone), d. 8.6.1807 (Giuseppe Napoleone) sull'abolizione della feudalità e la ripartizione dei demani; d. 3.10.1808; d. 10.3.1810 (Gioacchino Napoleone) sulle istruzioni per la divisione dei demani.

<sup>(19)</sup> Notizie e dati circa lo stato di applicazione delle diverse leggi in vigore anteriormente ai provvedimenti del 1924-1928, in RAFFAGLIO, *Diritti promiscui*, cit., p. 127 e ss.; e nelle *Relazioni* citate alle note 13 e 29.

Significativi documenti di queste esperienze si rinvengono nella legislazione dello Stato pontificio, del Granducato di Toscana, delle province lombardo-venete dell'Impero austriaco e del Regno d'Italia napoleonico.

Nello Stato Pontificio la Notificazione del 25.12.1849 dispose l'affrancazione dei terreni gravati da « servitù di pascolo » (« liberare la terra dall'odioso vincolo delle pubbliche servitù », Rel. Milella, 5.10.1848), mediante corresponsione alla popolazione utente (e per essa al Comune) di indennità in porzioni di terreno già gravato o in canone. Era in facoltà del proprietario di svincolarsi dalla corresponsione dell'indennità dimostrando che le « servitù » vantate derivassero da sola consuetudine (prive di titolo!), ma dovendo assumere in tal caso « il peso di recingere il fondo e ridurlo interamente a miglior coltura ». Quindi, un intento di sviluppo dell'agricoltura mediante il consolidamento di proprietà terriere private *chiuse*. La porzione di terreno attribuita al Comune doveva restare aperta « per l'industria degli agricoltori e proprietari di bestiame », e anche agli usi dei comuni cittadini secondo regole stabilite a livello locale; non destinata, dunque, alla quotizzazione, secondo il modello meridionale.

Nel Granducato di Toscana, numerosi provvedimenti abolitivi degli « usi civici » (dell'uso promiscuo della terra) si susseguirono dalla seconda metà del '700 (Pietro Leopoldo) con riferimento alla provincia pisana (Ed. 17.6.1776), alle province superiore e inferiore senesi (Ed. 2.6.1777; 11.4.1778; 3.3.1788) e ai territori dell'ex Principato di Piombino (MP 18.11.1833; 15.7.1840). L'ispirazione originaria di questi provvedimenti (enunciata lucidamente da Pietro Leopoldo) era quella intesa a consolidare la proprietà fondiaria individuale sopprimendo gli usi promiscui (come il pascolo esercitato dalle Comunità sui fondi privati) ma anche forme di proprietà divisa assai diffuse nelle province senesi (proprietà del suolo, proprietà del pascolo, diritto di macchiatico, a sua volta di natura dominicale: cfr. Cass. 7.9.1948 n. 1583, mirabile per la precisa ricostruzione degli istituti); consolidando tutti i diritti sul medesimo fondo in capo ad un unico proprietario (« riunire e consolidare nei proprietari dei terreni di tutta la provincia [...] il dominio pieno ed assoluto del suolo con la percezione di tutti i suoi frutti », art. XVII, Ed. 11.4.1778).

Il proprietario del suolo aveva il diritto di chiedere (e ottenere) l'acquisto del pascolo (« del frutto del pascolo »), mediante pagamento di un prezzo (stimato secondo criteri stabiliti dalla legge) a favore della Comunità. Analogo procedimento era stabilito per l'acquisto del macchiatico (Ed. 3.3.1788; v. sul punto, Cass. 12.10.1948 n. 1745). Un volta consolidata la proprietà individuale, i fondi « dovranno essere chiusi o difesi con siepi, o fossi, o muri [...] » (ancora, il principio della proprietà individuale chiusa, il diritto, difeso da muri, *excludendi alios!*); mentre, i terreni appartenenti alle Comunità e destinati all'esercizio degli usi dovevano essere venduti, secondo stime e attraverso procedimenti stabiliti dalla legge (« Aboliamo pertanto ogni diritto di godimento pubblico, o comunale nei terreni boschivi, nei pascoli, e in tutti i fondi di pertinenza di ciascuna delle Comunità della Provincia », art. XLII, Ed. 2.6.1777). Quindi, soppressione degli usi anche sui terreni assegnati alle Comunità e così di ogni principio di promiscuità e di apertura delle terre.

Analogamente, nell'ex Principato di Piombino, più tardi, furono aboliti i diritti di pascolo e legnatico, mediante affrancazione con pagamento del « giusto prezzo » alla Comunità da parte del proprietario e su sua richiesta (art. II, M.P. 18.11.1833). Una volta consolidatisi « irretrattabilmente e in perpetuo i diritti di pascolo e di legnatico al dominio dei beni » il proprietario ne potrà disporre, annunciava significativamente il M.P., « con quella libertà che è inerente al dominio assoluto ed intiero » (art. V, M.P. cit.). Un successivo provvedimento del 1840 (lamentando la scarsa attuazione dei precedenti nell'esercizio della facoltà « attribuita ai possessori di affrancare i beni fondi di loro proprietà, dalle servitù civiche di pascolo e di legnatico, cui fossero vincolati a comodo degli Uomini ed Abitatori delle rispettive Comunità ») introduceva misure più rapide per procedere all'affrancazione (M.P. 15.7.1840).

In questi provvedimenti granducali l'affrancazione della proprietà privata dalle « servitù », non veniva compensata in favore della Comunità, da alcun compenso (né in terra né in canoni) a fronte degli usi soppressi. Mentre i beni delle Comunità (quelli di proprio originario possesso) venivano senz'altro destinati alla vendita, essendo soppressi anche su questi beni, gli usi collettivi. Una

impostazione assai più rigida (nel senso anticollectivistico) di quella dei provvedimenti del Governo Pontificio.

Assai interessante la legislazione del Lombardo Veneto, nella quale si sovrappongono (ma in sostanziale continuità) provvedimenti imperiali austriaci e provvedimenti francesi. Invero nei primi provvedimenti, è presente una maggiore attenzione per i diritti (gli usi) delle comunità rispetto agli orientamenti delle altre legislazioni preunitarie. Già con le ordinanze di Maria Teresa e Giuseppe II in data 23.8.1770 e 14.3.1775, era stata ordinata la divisione tra i comunisti dei pascoli comunali; e limitati e regolamentati rigidamente gli usi di legnatico sui beni comunali. Con l'avvento del regime repubblicano francese (Repubblica Cisalpina), con decreto in data 23.12.1803, nello stabilire l'onere per i Comuni di far fronte ai propri debiti anche mediante escussione dei loro beni, si facevano indenni « i pascoli, i boschi e gli edifici di proprietà dei Comuni, in quanto necessari agli usi dei medesimi e dei loro abitanti », previa valutazione del Governo (art. V, d. cit.). Il successivo D. 4.8.1807, ancora relativo alle modalità di estinzione delle passività dei Comuni, eccettuava, secondo valutazioni da farsi in concreto, « i boschi e pascoli nella parte che convenisse conservare ai bisogni dei comunisti » (art. 2).

Nelle more era entrato in vigore il D. 25.11.1806 n. 225, relativo al trasferimento alle Municipalità (Comuni), dei beni dei c.d. Corpi degli Antichi Originari, senza toccare tuttavia il regime dei beni nel rapporto agli usi (così, correttamente, Cass. 27.11.1954 n. 4329). Il decreto aveva previsto il trasferimento alle Municipalità (Comuni) dei beni dei « Corpi », salva facoltà degli stessi (delle « antiche originarie persone ») di provare l'avvenuto acquisto dei beni « col loro proprio danaro ». Il decreto è riemerso nella legislazione recente (l.r. Veneto n. 26/1996, art. 5) laddove è stata prevista la « restituzione » ai « Corpi » (oggi comunioni familiari montane o Regole) dei beni sottratti (v. *infra*, N. 4, 5).

Successivamente, anche in queste province, l'orientamento più accentuatamente individualista prevalse, anche con riferimento agli stessi beni comunali « incolti », dei quali l'alienazione fu disposta con la Notificazione governativa in data 10.7.1839 n. 29. Veniva fatta salva la possibilità del riparto dei beni tra i comunisti (« chiunque [...] si trova domiciliato (nel Comune), vi paga le imposte e risulta

compreso nell'anagrafe »), « laddove le Comuni giusta le circostanze locali e giusta i rapporti legali, lo riconosceranno conveniente » (art. 5). L'ordine di vendita, obbligatoria per i beni incolti, discrezionale, diremmo oggi (se « di vantaggio per l'amministrazione del Comune proprietario e per la coltivazione dei beni »), per i beni coltivati, fu reiterato con le Istruzioni del 1842 contenenti norme assai rigide in senso anticollectivistico. Gli stessi pascoli comunali venivano classificati tra i beni « incolti » (« indistintamente usati senza regole né compenso, alla cui funesta devastazione » si era inteso por fine con la precedente sovrana risoluzione del 16.4.1839); come gli altri « terreni di ragione dei Comuni, il cui uso è di tutti, e la proprietà di nessuno » (art. 11). Gli usi civici venivano soppressi: « non si dovrà più lasciare ad uso di vago e continuo pascolo nessuna parte dei beni comunali incolti » (art. 13). Ma la vendita dei beni comunali poteva anche farsi mediante « riparto tra i comunisti a testa, col trasferimento della piena ed enfiteutica proprietà » (art. 18). Insomma, gli stessi diritti delle Comunità, laddove riconosciuti, devono trasformarsi in diritto di proprietà individuale dei suoi singoli membri.

2.4. Come si vede, si tratta di provvedimenti (se ne sono ricordati solo alcuni, più significativi), tutti improntati al consolidamento della proprietà individuale della terra, eliminando usi e promiscuità (da affrancare in genere mediante compensi in canone, a favore delle Comunità, e solo in qualche caso mediante attribuzione di porzioni delle terre gravate); e nello stesso tempo, alla eliminazione (salve eccezioni) degli usi sulle terre stesse delle Comunità, da destinare alla vendita ovvero al riparto tra i cittadini.

Un'impostazione chiaramente anticollectivistica (come peraltro segnalato da tutta la dottrina). Ma (come traspare da alcuni dei predetti provvedimenti) essi in molte realtà trovarono difficoltà di applicazione, così da apparire in qualche modo forzati (ideologici, si direbbe) nel tentativo di sopprimere esperienze consolidate nei secoli e spesso rispondenti ad esigenze oggettive di modelli produttivi idonei a determinati tipi di beni (i pascoli, i boschi). E al momento dell'entrata in vigore dei nuovi ordinamenti dello Stato unitario, ingenti patrimoni terrieri risultarono appartenenti ai Comuni, anche in virtù dei predetti provvedimenti, solo in parte attuati mediante alienazioni e quotizzazioni; ovvero appartenenti a organi-

smi collettivi (Comunanze, Vicinie, Università agrarie) di non identificata natura, viventi in un limbo giuridico, sostanzialmente ignorato dalle legislazioni positive <sup>(20)</sup>.

La legge comunale e provinciale del nuovo Regno, in conformità a quanto previsto dalla legge del Regno di Sardegna, prevedeva che i beni comunali « debbono di regola essere dati in affitto » (art. 112, l. 20.3.1865 n. 2248, all. *a*); conformi i testi succedutisi sino al testo unico del 1934). La norma prevedeva altresì che nei casi richiesti dalla « condizione sociale dei luoghi », la generalità degli abitanti del Comune potrà « continuare il godimento in natura del prodotto dei suoi beni », sulla base di una deliberazione del Consiglio comunale del tutto discrezionale (« potrà ammettere »), secondo un regolamento inteso a determinare le condizioni dell'uso. La norma aveva ad oggetto beni patrimoniali del Comune. Tuttavia facendo riferimento al godimento dei beni stessi da parte degli abitanti (cui essi potessero essere ammessi) poteva essere interpretata nel senso di coprire tutti i beni di natura patrimoniale (cioè, non quelli a destinazione pubblica: art. 428 cod. civ. 1865) di pertinenza del Comune (boschi, pascoli, terreni agrari, etc.), anche laddove gli abitanti potessero vantare diritti riconosciuti sulla base di leggi anteriori o in virtù di consolidati principi (insomma, veri e propri usi civici). Peraltro, la legge non conteneva riferimenti alle discipline in vigore nelle diverse realtà regionali, salvo a quella relativa al regime dei « demani civici » nelle province meridionali espressamente esentate dall'applicazione delle norme (art. 16, l. 20.3.1865 n. 2248, all. *e*). In ordine ad essa, emersero in giurisprudenza e in dottrina sul finire del secolo, rilevanti dubbi se il regime unificato da essa previsto per tutti i beni patrimoniali del Comune, si potesse estendere ai beni, che pur formalmente imputati all'ente, in realtà nascondessero una diversa natura, come quelli appartenenti alla popolazione che su di essi esercitava gli usi in virtù di antichi titoli o consuetudini (alla comunità degli abitanti o degli utenti di cui il Comune fosse solo l'esponente o il rappresentante) e in ordine ai quali, dunque, il Comune non potesse esercitare facoltà di disposi-

---

<sup>(20)</sup> G. VALENTI, *Il rimboscimento e la proprietà collettiva nell'Appennino marchigiano* (1987), in Id., *Studi di politica agraria*, Roma, 1914; CENCELLI, *La proprietà collettiva*, cit.

zione <sup>(21)</sup>. Ed emerse la convinzione (lentamente consolidatasi) che quegli « usi » che secondo la legge potevano solo in determinate circostanze essere consentiti, nascondessero viceversa veri e propri diritti dei quali i cittadini potessero rivendicare il possesso e il godimento; e perciò, che la norma generale della legge potesse trovare applicazione soltanto in ordine ai beni ascrivibili al patrimonio del Comune come soggetto giuridico individuale (proprietà individuale), per averli acquistati secondo differenti modalità di acquisto, a carattere privatistico o pubblicistico (per espropriazione, ad esempio); sui quali gli usi esercitati dagli abitanti risultassero da mera concessione dell'ente e non fossero espressione di diritti riconosciuti alle comunità (come quelli che leggi anteriori, pur soppressive, avevano riconosciuto, con l'attribuzione di un compenso in terre o in canoni) <sup>(22)</sup>.

Altra disciplina a carattere generale, quella delle leggi forestali,

---

<sup>(21)</sup> In dottrina, per tutti, RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti*, cit., p. 346; S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1905<sup>2</sup>, p. 555 e ss. Il concetto della comproprietà delle terre « civiche » (quelle destinate agli usi della collettività, *Ademprivi* nell'esperienza sarda), come proprietà collettiva che riecheggia il condominio germanico, puntualmente tratteggiato da SOLMI, *Ademprivia*, cit., p. 312 e ss. Sul punto, anche le cospicue pagine di FILOMUSI GUELFI, *Diritti reali*, cit., p. 130 e ss. L'Autore cita Cass. Roma 4.1.1877 (in « Foro it. », 1877, I, 144, 146) come emblematica della linea interpretativa « patrimonialistica » intorno alla legge comunale e provinciale, ma ricorda che la tendenza più recente della giurisprudenza è nel senso del riconoscimento dell'imprescrittibilità degli usi civici (anche al di fuori delle province meridionali): Cass. Roma, 17.9.1901, in « Foro it. », 1901, I, 1462.

<sup>(22)</sup> Sul punto, non chiara la posizione di RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti*, cit., p. 346 e ss., che si dilunga a dimostrare il carattere di veri e propri diritti, degli usi collettivi nelle diverse esperienze territoriali (« usi civici spettanti ai cittadini ») circa i quali afferma che la norma citata non abbia « alcuna relazione »; ma non chiarisce come questi usi si distinguano dagli usi cui gli abitanti possono essere ammessi ai sensi della stessa norma (usi, questi ultimi, che Ranelletti equipara a quelli che si esercitano sui beni del demanio pubblico). V. sul punto, il preciso accenno di ROMANO, *Principi*, cit., p. 563, in fine. Vedi nella prima giurisprudenza, Cass. Torino, 19.6.1883, in « Legge », 1883, II, 550; Cass. Roma, 1.3.1886; ivi, 1886, II, 325; Appello Roma, 20.3.1898, in « Giur. it. », 1898, I, 2, 308; Cass. Roma, 5.10.1899, in « Giur. it. », 1900, I, 1, 129; Cass. Roma, S.U., 31.12.1904, ivi, 1905, I, 1, 189. Invero, che i beni patrimoniali del Comune, derivassero, salve specifiche eccezioni, dai beni già appartenenti collettivamente all'Università degli uomini che nel Comune, nella diversità delle vicende storiche, aveva trovato la sua forma organizzativa, risulta da molteplici evidenze (v. part., CURIS, *Usi civici, proprietà collettive e latifondi*, cit., p. 577 e ss., 585 e ss., con amplissima documentazione).

seguiva un'impostazione parzialmente diversa, riconoscendo la sussistenza di diritti d'uso in capo a determinate comunità su beni assoggettati alla disciplina di dette leggi (boschi dello Stato dichiarati inalienabili: legge 20.6.1871 n. 283; l. 1.11.1875 n. 2794; reg. appr. r.d. 1.11.1875 n. 2795; terreni sottoposti a vincolo idrogeologico: l. forestale 20.6.1877 n. 3917); diritti d'uso che dovevano essere « affrancati » mediante cessione di porzioni di terra agli utenti ovvero mediante la corresponsione di un canone. La legge riconosceva la rappresentanza, in capo al Comune, delle popolazioni esercenti gli usi, ma riservava agli utenti « la facoltà di far valere direttamente i loro diritti » (art. 5, l. forestale). Il riconoscimento dei diritti ai fini dell'affrancazione avveniva secondo un procedimento amministrativo regolato dalla legge, contestabile dagli interessati in sede giurisdizionale. Assai interessante la previsione circa la sospensione delle operazioni di affrancazione, laddove l'esercizio del pascolo o di « altre servitù d'uso » fosse « riconosciuto indispensabile alla sussistenza di una popolazione » (art. ult. cit.).

In varie parti d'Italia restavano in vita forme di appartenenza e gestione collettiva della terra del tutto ignorate dalla legislazione, ma oggetto, sul finire del secolo, di attenti e appassionati studi (anche sulla base del « grande dibattito europeo » sulle origini della proprietà privata e sulle forme collettive di appropriazione della terra) <sup>(23)</sup>.

2.5. Una svolta legislativa importante avvenne a fine secolo in ordine alla disciplina degli usi promiscui (c.d. servitù) esercitati su terre private, in forme assai diverse, nelle province dell'ex Stato Pontificio, già oggetto della Notificazione pontificia del 1849; che furono aboliti, riconoscendo tuttavia alle popolazioni risarcimenti in terra oltre che in danaro; e in determinati casi tutta la terra gravata dalle servitù o dagli usi con pagamento del canone a favore del proprietario (legge 24.6.1888 n. 5489; reg. appr. r.d. 29.8.1888 n.

---

<sup>(23)</sup> VALENTI, *Il rimboscimento e la proprietà collettiva nell'Appennino marchigiano*, cit. Sul punto, diffusamente, GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit., p. 275 e ss. Sulle Comunanze marchigiane, v. di recente, con importanti riferimenti alle realtà socio-economiche, O. GOBBI, *Le terre collettive nell'esperienza delle comunanze marchigiane*, in « Archivio Scialoja-Bolla », 2004, 2.

6397), laddove « indispensabile che si continui nell'esercizio dell'uso, e la estensione del terreno da cedersi in corrispettivo dell'affrancazione sia giudicata [...] insufficiente alla popolazione per proseguire come per il passato nell'esercizio della pastorizia e delle altre servitù » (art. 9) <sup>(24)</sup>. Un primo significativo riconoscimento, come sottolineato da Grossi, della rilevanza di forme di appartenenza collettiva delle terre, tale da prevalere a determinate condizioni, sull'interesse del proprietario.

Con successiva legge del 1894 (4.8.1894 n. 397), furono riconosciute come persone giuridiche le Università ed altre associazioni agrarie tra i cittadini esercenti le servitù abolite (*Domini collettivi*) con piena proprietà della terra ottenuta a compenso delle stesse servitù. Qui emerge per la prima volta (nel riconoscimento legislativo) la proprietà collettiva come modo alternativo di appartenenza (e di gestione) fondiaria. Tuttavia, al di là dell'intitolazione ai « Domini collettivi », la legge costruiva queste organizzazioni sulla falsariga del Comune e ad esse espressamente estendeva l'applicazione della legge comunale e provinciale (organizzazione, personale, controlli, etc.).

L'abolizione delle c.d. servitù civiche in queste province dette luogo a ripetute proteste da parte delle comunità che avevano perso l'uso di vasti possedimenti terrieri, tradizionalmente goduti, pur nei limiti dati dal coesistente diritto del « proprietario », a fronte della concessione in pieno possesso di limitate porzioni di terra (e a volte solo di un canone); mentre assai scarsa fu l'applicazione dell'art. 9 della legge del 1888 che avrebbe consentito l'attribuzione alle popolazioni (organizzate nelle Università agrarie — Domini collettivi) degli interi patrimoni fondiari « gravati » (sul punto, forte fu la resistenza dei proprietari e macchinose le procedure previste). E

---

<sup>(24)</sup> Sulla « svolta » di fine secolo e sulla cauta apertura della legge del 1888, il cui art. 9 sicuramente rivela il primo apparire di una sensibilità collettivistica propria di alcuni dei suoi autori, e segnatamente dello Zucconi, v. l'ampia documentazione e le puntuali osservazioni di GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit., p. 323 e ss. Sulla realtà dei Domini collettivi nelle province ex pontificie, nei dati di fatto e nelle difficoltà applicative, v. part., la *Relazione sull'andamento dei domini collettivi*, cit.; la Relazione Baccelli sopra citata n. 13; CENCELLI, *La proprietà collettiva*, cit.

solo in alcuni Comuni si riuscì a costituire le Università agrarie previste dalle legge del 1894 come Domini collettivi <sup>(25)</sup>.

Invero, le province dell'ex Stato pontificio furono oggetto nei primi decenni di vita dello Stato unitario di una legislazione sugli « usi civici » animata da intenti innovativi, come esito di una riflessione sugli elementi critici della legislazione anteriore; e solo intorno alla situazione di queste province si aprì un ampio, ed alto, dibattito, che coinvolse la dottrina e le forze politiche, con ampio ingresso nelle Aule parlamentari <sup>(26)</sup>. Altre province furono oggetto di provvedimenti di limitata portata <sup>(27)</sup>.

Nelle province meridionali, al di là di provvedimenti particolari, restava in vita la legislazione di origine preunitaria di cui s'è detto. Entrambe le legislazioni speciali (quella meridionalistica conservata in vita e quella introdotta per le province ex pontificie) mostrarono nell'applicazione rilevanti elementi di criticità (segnata-

---

<sup>(25)</sup> Nella relazione della Commissione Mortara (pubblicata con allegata bozza del d.d.l. di riforma in CENCELLI, *La proprietà collettiva*, cit., p. 177) si indicano le difficoltà, anche di carattere meramente pratico, nella costituzione dei Domini collettivi, proponendo una serie di misure anche di carattere finanziario, tali da assicurare a queste organizzazioni associative « sicure condizioni di sviluppo ».

<sup>(26)</sup> GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit., p. 315 e ss.

<sup>(27)</sup> Provvedimenti adottati nei primi decenni dallo Stato unitario per le altre province furono di reiterazione e di completamento di normazioni e di operazioni preunitarie. Per l'ex Principato di Piombino la legge 5 agosto 1867, e relativo Regolamento perfezionarono il procedimento per le affrancazioni già disposte (ma v. art. 19 della legge, che dispone l'abolizione senza alcun compenso dei « diritti promiscui di qualunque natura » cui le terre dell'ex Principato fossero ancora soggette, nonostante la precedente abolizione!). Per le province venete, la legge 2 aprile 1882 n. 698, dispose l'abolizione dei diritti di pascolo e erbatico « nella estensione e misura dell'ultimo possesso di fatto », mediante pagamento di canone in favore del Comune. Le disposizioni di questa legge furono estese (legge 7.5.1885 n. 3093) all'abolizione degli stessi diritti in altre province venete, nonché all'abolizione dei diritti di pascolo e di boscheggio in alcuni comuni della provincia di Torino. L'esercizio di questi diritti a due anni dall'entrata in vigore della legge, fu ritenuto come « abusivo » e come « una violazione del diritto di proprietà » (art. 2). Interessante la legislazione sul Tavoliere delle Puglie (legge 26.2.1865, e rel. Reg.) che prevedeva in determinati casi la possibilità di convertire gli usi civici del legname su terre boschive del Tavoliere, in quota del terreno gravato. Una legislazione soppressiva ma allo stesso tempo contenente elementi di riconoscimento di forme di appartenenza collettiva delle terre aperte agli usi della comunità.

mente, le quotizzazioni previste dalla legislazione meridionale, e le affrancazioni previste dalla legislazione per le province ex pontificie, con la forte riduzione degli usi promiscui della terra); che emersero all'attenzione, non solo della dottrina, generalmente critica verso le tendenze soppressive e limitatrici degli usi civici che avevano caratterizzato il secolo precedente, ma anche del sistema politico, che dette avvio ad iniziative di riforma (28).

Con legge 9.3.1908 n. 76, l'applicazione della legge del 1888 fu sospesa e furono intraprese iniziative di riforma (limitate alla legislazione per le province ex pontificie) che tuttavia non ebbero esito.

Particolarmente significativa fu la relazione della Commissione presieduta da Mortara del 1918 (anche ispirata all'esigenza di venire incontro alle aspirazioni delle popolazioni rurali dopo l'immane sacrificio della guerra), nella quale, a fronte delle criticità evidenziate nell'applicazione delle leggi vigenti, si proponevano misure per dare consistenza quantitativa ai Domini collettivi di cui alla legge del 1894, superando le resistenze dei proprietari (anche soggetti ad espropriazione in caso di assenza di migliorie nei fondi affrancati), e introducendo semplificazioni delle procedure e del sistema delle prove circa la titolarità degli usi in capo alla comunità (superato il riferimento all'« ultimo possesso di fatto » stabilito dalla legge del 1888 come quello cui dovesse ancorarsi l'accertamento degli usi ai fini dell'affrancazione). L'autorevole relazione esplicitava a chiare lettere la consapevolezza (superando tutta l'impostazione delle passate misure legislative) che gli usi oggetto di affrancazione dovessero essere valutati « come diritti dominicali della popolazione sulle terre », anziché come « servitù efficienti una proprietà essenzialmente destinata al libero godimento individuale », diritti dotati del carattere della inalienabilità e imprescrittibilità (da cui l'insostenibilità teorica del riferimento legislativo all'ultimo possesso di fatto).

---

(28) Sul fallimento delle politiche di quotizzazione, v. part. A. SALANDRA, *Sui demani comunali nelle province del Mezzogiorno* (1887), in Id., *Politica e legislazione*, Roma, 1915; VENEZIAN, *Reliquie*, cit., p. 16 e ss.; L. FRANCHETTI, Relazione alla Commissione Reali per i demani comunali nelle province del Mezzogiorno (1885), in Id., *Mezzogiorno e colonie*, Firenze, 1950, p. 171 e ss. Sulle intricate vicende dei demani meridionali, a partire dai provvedimenti del Governo Borbonico nel '700, v. il documentato studio di G. LIBERATI, *Le forze di collettivo godimento nell'esperienza del Mezzogiorno d'Italia*, in « Arch. Scialoja-Bolla », 2004, 2.

L'impostazione della legge del 1894 sui Domini collettivi, veniva approvata dalla Commissione, che proponeva, appunto, misure (anche di assistenza tecnica e finanziaria) necessarie per estenderne e consolidarne l'esperienza <sup>(29)</sup>.

Ma questi tentativi di riforma non ebbero esito; e perciò all'avvento del Fascismo, l'assetto legislativo della materia restava quello delineato dalla legislazione di fine '800, con la sospensione disposta nel 1908 limitatamente all'affrancazione delle c.d. servitù nelle province ex pontificie.

---

(29) Relazione Mortara, cit. Precedentemente, sempre con riferimento alle province ex pontificie, importante la Relazione della Commissione (« per la riforma della legge sugli usi civici e sull'ordinamento dei domini collettivi ») presentata dal Senatore Oronzo Quarta (Ministero di Agricoltura, *Atti della Commissione*, I, Roma, 1908), che sottolinea la natura di diritti condominiali degli usi civici, ma in ordine all'esercizio degli usi afferma l'obbligo per gli utenti di costituirsi in associazioni (in « ente collettivo di cui sono le braccia »), nell'ambito dei cui regolamenti e statuti l'esercizio stesso possa ordinatamente avvenire (si badi, un'organizzazione propria degli utenti, ben distinta dal Comune!). Da cui il rafforzamento dei Domini collettivi di cui alla legge del 1894. Entrambe le Relazioni si esprimono diffusamente sul carattere imprescrittibile dei diritti, affermandone la natura dominicale. Tra le iniziative legislative, il d.d.l. Cocco Ortu (A.P. Camera XXIII, Sess. 1909/11 n. 252/X) impostato sulla base della relazione Quarta. La Relazione Baccelli sul d.d.l. contiene ampi riferimenti di dottrina e i principali dati sulla situazione delle « proprietà collettive » (« beni di dominio collettivo ») nelle province ex pontificie, in esito all'applicazione (e alla mancata applicazione) delle leggi di fine secolo. E spiega con pertinenti osservazioni il processo legislativo anteriore, qui sommariamente descritto, inteso alla soppressione degli usi civici sulla base, e di un « concetto economico » (« che dalla terra dovesse ripetersi la maggiore ricchezza, e che perciò dovesse [...] favorirsi la soppressione degli usi civici, come cose esiziali all'agricoltura ») e di un « concetto politico » (« il dominio del proprietario sulla cosa doveva essere pieno, e non poteva consentire che di fronte ad esso sorgesse altro diritto a limitarne lo svolgimento »). Nel d.d.l. l'affrancazione degli « usi » diviene facoltativa e in particolari casi (« speciali condizioni e necessità economiche e agricole locali ») vietata. Il diritto « di utenza o partecipazione » per regola di estende « a tutti gli individui dell'uno e dell'altro sesso, che siano dell'età di anni 17, siano nati nel Comune o nella frazione, o vi abbiano domicilio, residenza o dimora stabile da non meno di dieci anni e che esercitino direttamente e col proprio lavoro qualsiasi industria od occupazione agraria » (art. 37, testo Commissione). Formula questa, poi ripresa dal Reg. appr. r.d. 29.10.1922, art. 6, attuativo della l. del 1894, poi abrogato dal Reg. usi civici. « La storia degli usi civici si identifica colla lotta tra la proprietà collettiva e la proprietà privata; tra la coltura estensiva e rudimentale e il desiderio e la necessità dei miglioramenti del suolo ».

3. *La legislazione 1924/1927 e i successivi sviluppi giurisprudenziali.*

3.1. Il governo fascista nel 1924 prese una strada del tutto diversa di riforma della materia, rispetto ai tentativi dei primi due decenni del secolo, che avevano puntato a un completamento, migliorandone proprio gli aspetti collettivistici, della legislazione di fine '800 sull'affrancazione delle « servitù » civiche nelle province pontificie, e sui Domini collettivi. E con il r.d.l. 22.5.1924 n. 751, poi convertito nella legge cit. del 1927 tuttora vigente (e successivo regolamento del 1928) veniva introdotta una disciplina nazionale (perciò non più limitata a determinate province) con oggetto il « riordinamento degli usi civici nel Regno ». Una legislazione intesa a dare unico assetto normativo a situazioni invero assai diverse, come si è accennato, e precedentemente regolate da leggi diverse, e in alcune regioni non regolate da alcuna legge e operanti perciò secondo proprie appartate consuetudini (in autonomia, al riparo, si direbbe, dal diritto statale).

La nuova legge investe, come si è ricordato, gli « usi civici » e « qualsiasi altro diritto di promiscuo godimento delle terre spettanti agli abitanti di un comune, o di una frazione di comune » che dovevano essere accertati e liquidati; nonché le terre « provenienti dalla liquidazione » e le « altre possedute da comuni, università ed altre associazioni agrarie, soggette all'esercizio di usi civici », che dovevano essere « sistemate » (art. 1). Gli usi su terre private dovevano essere liquidati (conformemente all'orientamento di tutte le leggi precedenti) mediante scorporo di una porzione delle terre gravate calcolato secondo la dimensione degli usi (artt. 4 e ss.), ovvero mediante compenso in canone (art. 7), una volta accertati gli usi sulla base di prove documentali ovvero di ogni altro tipo di prova se l'esercizio non ne fosse cessato anteriormente al 1800 (art. 2).

Fondamentale, nel sistema della legge, la disciplina delle prove degli usi (la sussistenza degli usi essendo a sua volta prova del carattere « demaniale » della terra: « le terre [...] soggette all'esercizio degli usi civici ») e quindi della sussistenza in capo a una determinata popolazione (rappresentata dal Comune o dalla Associazione agraria) del diritto ad esercitare su una determinata terra aperta, determinati usi. Ciò che nell'esperienza applicativa della

norma, risulta spesso difficile e perplesso. La giurisprudenza ha utilizzato a tal fine, presunzioni (criticate da parte della dottrina) risalenti all'antica giurisprudenza napoletana, come quella che presuppone la presenza dei diritti delle popolazioni sulle terre ex feudali (*ubi feuda ibi demania*, massima fatta propria dalla Commissione feudale e sempre seguita in giurisprudenza) <sup>(30)</sup>, laddove la popolazione fosse preesistente all'infeudazione (Cass., 23.1.1930 n. 229; 23.5.1930 n. 1829). Ovviamente, a tal fine è necessaria la prova della natura feudale della terra di cui si tratta (v. part., Cass., 14.10.1953 n. 3345; 7.9.1948 n. 1583). La legge, sul punto, intese fissare il riferimento temporale all'anno 1800. Gli usi civici cessati anteriormente a tale anno, possono essere provati solo in via documentale <sup>(31)</sup>.

La prova degli usi su terre in proprietà privata è necessaria per procedere a liquidazione mediante scorporo o corresponsione di un

---

<sup>(30)</sup> Sul punto, ampiamente, TRIFONE, *Feudi e demani*, cit., p. 248 e ss., 256 e ss.

<sup>(31)</sup> Sulla formazione dell'art. 2 della legge v. la fondamentale discussione al Senato intorno all'obiezione del sen. Scialoja al testo del r.d., laddove prevedeva che l'esercizio dell'uso civico, al fine di provarne l'esistenza e l'estensione dovesse essere « non equivoco, non interrotto e non precario, e non cessato anteriormente all'anno 1800 », in « Riv. dem. », 1927, p. 71 e ss., 112 e ss.; G. CERVATI, *In tema di prova della natura feudale dei beni in rapporto alla presunzione ubi feuda ibi demania*, in « Arc. ric. giur. », 1947; R. TRIFONE, *La massima ubi feuda ibi demania ed il suo valore fuori dall'Italia meridionale*, in « Giur. compl. cass. civ. », 1949. V. sul punto, Cass. 23.5.1930; Cass. 27.2.1946 n. 192; Cass., II, 14.10.1953, n. 3345; Cass. II, 6.5.1980 n. 2986: « *la massima ubi feuda, ibi demania, la cui applicazione non può essere limitata solo alle province dell'Italia meridionale ma va estesa a tutte le province italiane, trova il suo fondamento nel collegamento tra preesistenza di una popolazione nel territorio e concessione dello stesso territorio in feudo ed è corrispondente alla realtà del sistema agrario feudale italiano, secondo cui i diritti civili delle popolazioni preesistenti, da un lato avevano la loro giustificazione economico sociale nelle insopprimibili esigenze di vita delle popolazioni stesse, dall'altro rispondevano alle esigenze, da parte del feudatario, che il feudo non restasse abbandonato ed incolto* ». Una puntuale critica all'impostazione unificatrice dei provvedimenti 1924-1928, segnatamente sul punto della prova presuntiva degli usi civici e della assoluta imprescrittibilità degli stessi (secondo la tradizione della giurisprudenza napoletana fortemente difesa dallo Scialoja nella discussione al Senato) e in ordine all'esigenza di tener conto delle diverse tradizioni regionali (con puntuale riferimento anche al fenomeno delle c.d. società degli antichi originari, tipico di alcune zone di montagna) in G. BOGNETTI, *Per la riforma della legge sugli usi civici*, in « Riv. dir. agr. », 1954 (testo della relazione di una Commissione costituita presso la Camera di commercio di Bergamo, le cui proposte tuttavia non ebbero esito).

canone (artt. 5 ss.); mentre la prova degli usi su terre già pubbliche, appartenente ai Comuni o altre organizzazioni infracomunali, è necessaria al fine di stabilire il carattere « demaniale della terra », cioè non « patrimoniale dell'ente », ridotta la posizione dell'ente, come si accennava, a quella di organo o rappresentante dei diritti della popolazione e perciò privato della disponibilità del bene.

Al fine del riconoscimento degli usi, la legge prevedeva un termine entro il quale rivendicare il diritto stesso (« Chiunque eserciti o pretenda esercitare diritti della natura [di usi civici] è tenuto, entro sei mesi dalla pubblicazione della presente legge, a farne dichiarazione [...] »: art. 3) da parte di singoli, nonché degli enti rappresentativi degli aventi diritto; a pena di decadenza. Ma di questa norma la giurisprudenza successiva ha limitato l'applicazione agli usi civici su terre private, secondo l'impostazione che faceva dei diritti della popolazione sulle terre « pubbliche » diritti a carattere dominicale e perciò imprescrittibili (subito *infra*).

Le terre provenienti da queste operazioni di liquidazione e le altre possedute da Comuni, Frazioni di comuni, Associazioni agrarie (quindi anche quelle risultanti dalle operazioni di affrancazione di cui alle precedenti leggi preunitarie e successive) in quanto « destinate agli usi civici », vengono distinte in due categorie; quelle a vocazione agraria, destinate ad essere quotizzate e assegnate in proprietà enfiteutica alle famiglie di coltivatori diretti abitanti nel Comune o nella Frazione; quelle boschive o pascolive, destinate a permanere nella proprietà pubblica, gestite dall'ente secondo le prescrizioni dell'autorità forestale, restando aperte agli usi dei cittadini secondo regolamenti intesi a limitarne l'esercizio a quanto strettamente necessario ai bisogni dell'utente e della sua famiglia (art. 12, l. u.c.; art. 521 cod. civ., adesso art. 1021; artt. 130, 135, l. forest.).

Punto fondamentale dell'impostazione della legge, in questo del tutto in linea con la tradizione meridionale degli usi civici come diritti spettanti a un'intera Comunità e non a gruppi di essa (o classi di cittadini, come era presente nella tradizione di altre province, e anche nelle province ex pontificie, oggetto della legislazione di fine secolo), è il principio dell'apertura degli usi a tutti i cittadini del Comune o della Frazione, anche se si tratta di terre imputate ad Università agrarie, salvi particolari casi in cui da leggi anteriori o da

sentenze passate in giudicato fosse stato riconosciuto un diritto particolare a determinate categorie di persone (casi da valutare da parte del Governo al fine di stabilire gli « opportuni provvedimenti »; art. 26 l. u.c.; artt. 65, 66, Reg. u.c., con riferimento alle Partecipanze emiliane); senza alcuna possibilità di identificare una Comunità utente, come viceversa previsto sulla base della legge del 1894 sui Domini collettivi, che era stata attuata (con impostazione marcatamente collettivistica), con il Reg. appr. r.d. 29.10.1922 n. 1472, espressamente abrogato (art. 63, Reg. 1928). Invero, nel sistema della legge, le Università e Associazioni agrarie come organizzazioni proprie delle comunità utenti, sparivano dalla scena, sottoposte a rigidi controlli, soggette a scioglimento; e le loro terre del tutto equiparate quanto al regime, a quelle di pertinenza comunale (artt. 11 ss., 26, l. u.c.; artt. 58 ss., Reg. 1928) <sup>(32)</sup>.

I beni (denominati nella prassi « demani civici »), restati nella proprietà pubblica (cioè, quelli a vocazione boschiva e pascoliva) vengono tutelati nel sistema della legge, secondo un regime assimilabile a quello demaniale (inalienabilità relativa, salve autorizzazioni, vincolo di destinazione, anch'esso relativo salva autorizzazione, autotutela) <sup>(33)</sup>. I demani civici si configurano come categorie di beni pubblici soggetti agli usi dei cittadini, di limitata estensione invero come tali, ma riconosciuti come espressione di diritti a carattere dominicale, differenziati dai semplici diritti d'uso esercitati dai cittadini sui beni pubblici.

Un sistema compiuto sul piano sostanziale, accompagnato da uno speciale apparato amministrativo e giurisdizionale, attraverso i Commissariati agli usi civici istituiti nelle diverse regioni. Un sistema in parte ispirato a quello in vigore nelle province meridionali in virtù delle antiche leggi napoletane, che in tal modo veniva esteso a tutte

---

<sup>(32)</sup> G. SELVAGGI, *La posizione delle associazioni agrarie e l'art. 23 del d.l. 22.5.1924*, in « Riv. dem. », 1926 (essendo ancora vigente il regolamento appr. r.d. 29.10.1922, attuativo della l. del 1894).

<sup>(33)</sup> Sul regime dell'inalienabilità, Cass. S.U., 10.11.1980, n. 6017 est. Ruperto; in « Giur. it. », 1982, I, 1, 1621, con una cospicua nota di F. ADORNATO, *Nullità di vendite di beni civici prima della loro assegnazione a categoria*. I beni, inoltre, « non sono suscettibili di pignoramento e quindi di esecuzione forzata tanto su istanza di privati, quanto della stessa p. a., salvo che la loro alienazione non sia autorizzata nei modi di legge » (Commissario usi civici Lazio 4.6.1981); Cass. 24.7.1986 n. 4749.

le regioni del Paese, sovrapponendosi anche alle leggi che erano state emanate dallo Stato unitario per le province ex pontificie.

La legge avvia di nuovo le operazioni di quotizzazione delle terre agrarie pur in presenza di esperienze delle province meridionali ritenute fallimentari; si consolida il carattere pubblico « demaniale » delle terre boschive e pascolive aperte agli usi di tutti i cittadini del Comune o della Frazione; giuridicamente differenziate dai beni patrimoniali del Comune (ciò che trova riscontro nella nuova legge comunale e provinciale: art. 84, 2° co. r.d. 3.3.1934 n. 383). Ma la dimensione collettiva di queste forme di appartenenza viene accantonata, restando di essa solo un esile ricordo nel limitato esercizio degli usi consentiti. Quella dimensione collettiva che pure era emersa nelle pieghe delle leggi di fine secolo, attraverso le Università agrarie e i Domini collettivi della legge del 1894, le terre di queste associazioni vengono aperte agli usi di tutti i cittadini del Comune o della Frazione e, se di carattere agrario, destinate alla quotizzazione (salvo il caso, espressamente previsto, dalle Partecipanze emiliane (art. 26 l. 1927; art. 65 e ss Reg. 1928) <sup>(34)</sup>).

Nel sistema della legge non si rinvencono elementi tali da far propendere per una configurazione dei « demani civici » (l'insieme delle terre conservate alla proprietà pubblica a seguito delle operazioni di liquidazione e di quotizzazione) come proprietà collettive <sup>(35)</sup>; cancellati dalla legge di unificazione quegli elementi « col-

---

<sup>(34)</sup> Nel sistema della legge, solo le Partecipanze emiliane furono riconosciute nella loro specificità e non assoggettate al principio dell'apertura (v. L. FRASSOLDATI, *Le partecipanze agrarie emiliane*, Padova, 1936; E. PIGNATTI, *La partecipazione di Nonantola*, in « Riv. dem. », 1926, e ivi, *Il Consorzio dei partecipanti di Persiceto, La partecipazione di Pieve di Cento, La partecipazione di Cento*; F. ALIQUÒ, *Dei beni delle partecipanze agrarie emiliane*, in *Osserv. it. dir. agr.*, Firenze, 1955, dove tutti i riferimenti e pertinenti osservazioni sulla natura degli enti e sulla natura dei beni); come comunità chiuse ai discendenti degli originari membri delle Comunità cui le terre erano state concesse (« ai Consoli e uomini di San Giovanni in Persiceto », « Massaro et sindicis communis et hominum dictae terrae Nonantolae », ecc.: v. PIGNATTI, *La partecipazione di Nonantola*, cit.), e ne gestivano la produzione agraria attraverso assegnazioni periodiche. V. di recente, R. DONDARINI, *Aspetti generali e particolarità locali nell'esperienza delle Partecipanze emiliane*, in « Arch. Scialoja-Bolla », 2004, 2.

<sup>(35)</sup> Sul punto, appare esatta l'interpretazione di PETRONIO, *Rileggendo la legge usi civici*, cit., p. 624 e ss.; ID., *Usi e demani civici*, cit., p. 508; anche G. CERVATI, *Profili storico giuridici dei demani collettivi e degli usi civici*, in *Comunità di Villaggio*, cit.,

lettivistici » emersi nelle precedenti proposte di riforma: con chiara consapevolezza dei suoi Autori, come risulta sia nelle relazioni governative sia nei lavori parlamentari <sup>(36)</sup>. Proprietà pubblica con destinazione forestale, limitati usi civici riconosciuti agli abitanti (a tutti, senza possibile distinzione di comunità particolari di utenti, salvo il caso delle Partecipanze emiliane), divieto di costituzione di nuove Università o Associazioni agrarie, tolleranza per quelle esistenti ma soggette al potere governativo di scioglimento.

3.2. È stata la giurisprudenza successiva (segnatamente negli anni seguenti la fine della guerra) a costruire, sulla base di antiche tradizioni dottrinali, alcuni istituti che, nell'applicazione della legge, hanno in parte modificato la sua impostazione originaria, valorizzando al massimo il concetto, già presente nel dibattito anteriore alla legge, come s'è visto, e latente nello stesso testo normativo, dell'appartenenza collettiva (condominiale) dei « demani civici » <sup>(37)</sup>.

---

riconosce che nel sistema della legge 1927 i « diritti collettivi » erano « ridotti a ben poca cosa »!

<sup>(36)</sup> V. Rel. Ufficio centrale Senato per la conversione in legge del r.d.l. n. 751/1924, rel. Calisse (in « Riv. dem. », 1927, p. 25 e ss.) dove una dura critica all'esperienza delle Università agrarie; Rel. Commiss. Camera dei deputati, rel. Acerbo (ivi, p. 113 e ss.). V. quest'ultima relazione, p. 124 e ss., sulla posizione delle Associazioni agrarie e sulla possibilità in determinati casi, ai sensi dell'art. 26, di consentire la chiusura dell'associazione a gruppi di famiglie originarie, con riferimento alle Partecipanze emiliane (facendo eccezione in tal modo, « alla norma generale dell'eguaglianza di tutti i cittadini rispetto ai beni di origine comune »).

<sup>(37)</sup> ROMANO, *Principi*, cit., p. 557 e ss.; ID., *Il Comune*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, II, 1, Milano, 1908: « gli utenti costituiscono o un subietto giuridico a sé [come ai sensi della legge del 1894 sui domini collettivi] o una pluralità di subietti, stretti tra loro dalla comunità del diritto di cui godono, e ridotti ad unità collettiva. Tuttavia può avvenire [...] quando la collettività non è eretta a persona giuridica e non ha una propria amministrazione, che il Comune acquisti il carattere di un suo organo o rappresentante » (p. 616). Cass., II, 5.1.1950 n. 51 (est. Cacciapuoti): « Il demanio universale o comunale [...] appartiene *jure domini* ai cittadini del Comune che ritraggono dalla terra le utilità essenziali per la vita », e perciò è istituito del tutto diverso dal demanio pubblico, prescindendo la sua natura da atti di destinazione dell'ente; « l'ingerenza delle autorità comunali sui demani deriva unicamente dalla qualità di rappresentanti dei cittadini »; Cass., II, 3.2.1962 n. 210 (est. Tamburrini, pres. Lorzio): « Niun diritto spetta direttamente all'ente pubblico, al Comune, il quale entra in considerazione solo come rappresentante della collettività titolare dell'uso ». G. DATO, *Il demanio comunale di uso civico*, in « Riv. dir. agr. », 1942,

Invero, il « demanio civico », o « proprietà collettiva di diritto pubblico » come altri preferisce, quale si configura nel vigente ordinamento (salvi gli ultimi sviluppi legislativi) è fondamentalmente di fonte giurisprudenziale, mediante un'opera interpretativa che ha fatto vivere le anguste norme della legge di una vita diversa, fondata su elementi costruttivi direttamente collegati ad antiche tradizioni dottrinali. Il « pubblico » diventa collettivo (tende a divenire collettivo, secondo un itinerario che si completa solo successivamente), il limitato diritto reale o parziario d'uso diventa diritto dominicale parziario, ciò che prelude al riemergere delle forme associative di gestione collettiva dei beni.

È su questo punto, che sono da ritenere non condivisibili le posizioni dottrinali che non riconoscono il valore (non culturale, o scientifico) ma positivo, di questa costruzione giurisprudenziale (come diritto vivente, appunto, quello che vive nella concretezza dell'ordinamento) <sup>(38)</sup>.

---

circa l'appartenenza « alla generalità degli abitanti » del « demanio » (Cass. 26.5.1939 n. 1754, tra le tante) dove il principio dell'appartenenza alla generalità viene declinato come quello che impone l'apertura a tutti dei beni, sulla base dell'art. 26 della legge, escludendo la possibilità di limitarne l'esercizio a gruppi o associazioni di cittadini (come nel caso, dei confocolieri aquilani, discendenti degli antichi abitatori dei borghi e castelli poi confluiti nella Città: Cass., 17.2.1941).

<sup>(38)</sup> ASTUTI, *Vecchi feticci in tema di usi civici*, cit.; ID., *Aspetti e problemi*, cit. Soprattutto PETRONIO, *Rileggendo la legge usi civici*, cit.; ID., *Usi civici*, cit., dove ribadisce puntualmente le critiche alla « posizione dominante » (che è quella delineata dalla giurisprudenza), p. 948 e ss.; segnatamente laddove ribadisce l'unicità della categoria « terre di uso civico » nel sistema della legge (e perciò l'infondatezza dell'interpretazione che distingue, ai fini dell'applicazione dell'art. 3, tra usi civici su terre private e usi civici in re propria), p. 658 e ss.; e laddove esclude che il diritto del singolo utente possa avere ad oggetto la cosa in sé, essendo limitato il suo oggetto al diritto d'uso sulla cosa. Che il legislatore del 1927 « abbia voluto prendere le distanze dalla tradizione che nell'ultimo quarantennio — dal 1888 al 1927 — aveva cercato di introdurre anche nella legislazione italiana la categoria della proprietà collettiva », è vero, e l'interpretazione della legge avrebbe potuto svolgersi nel senso indicato dall'Autore, ma così non è stato perché nella giurisprudenza sono emerse linee culturali diverse, che hanno formato un diritto vivente (si badi, non in contrasto con la legge, semmai con le intenzioni di alcuni dei legislatori) ormai consolidato, di orientamento opposto, su alcuni dei punti indicati dall'Autore. Precedentemente (prima dell'entrata in vigore della legge del 1927) una posizione molto ferma nel senso dell'appartenenza al Comune come ente dei beni soggetti ad usi civici, confusi nei suoi beni patrimoniali, e della non imputabilità ai singoli comunisti di diritti

Da essa emerge la distinzione (non rintracciabile nella lettera della legge) tra diritti di uso civico esercitati su terre private (in proprietà privata o patrimoniale degli enti, che riecheggia la posizione giurisprudenziale che aveva limitato a questi beni l'applicazione della cit. norma della legge comunale e provinciale) come diritti su cose altrui, e diritti d'uso civico esercitati sui demani civici o comunali, come diritti *in re propria*, estrinsecazione, e prova, di una situazione di dominio collettivo e perciò non prescrivibile; escludendo questi ultimi dall'applicazione dell'art. 3 della legge, che in senso strettamente letterale era piuttosto da intendere come esteso a tutti gli « usi civici », con la sanzione della decadenza in caso di mancata dichiarazione nei termini. E da qui anche la distinzione, successivamente consolidata come s'è detto, tra « usi civici » su terre private e « demani civici » come terre in dominio collettivo <sup>(39)</sup>.

Sul punto la giurisprudenza è pacifica sin dai primordi dell'applicazione della legge. L'accertamento del carattere « demaniale » della terra (non patrimoniale dell'ente e perciò non disponibile da parte dello stesso né usucapibile da parte del possessore) prescinde dalle dichiarazioni di cui all'art. 3 e può essere provata in qualsiasi tempo sulla base dei criteri di cui all'art. 2. La prova è data dall'esercizio sulla terra degli usi civici; ma se cessati anteriormente al 1800, come s'è detto, la prova è necessariamente documentale (ma non necessariamente diretta, potendosi presumere l'esistenza degli

---

propri sui demani comunali, è quella di CURIS, *Usi civici, proprietà collettive e latifondi*, cit., part. p. 827 (« suole ritenersi che gli usi civici esercitati sui demani feudali, e nelle terre che non sono del Comune, appartengono ai cittadini *uti singuli*, mentre la Comunità ne avrebbe la semplice rappresentanza. Teoria, questa, non meno errata dell'altra, pure dominante, che attribuisce ai comunisti i diritti civici sui demani comunali »; con vastissima documentazione di antichi Statuti di Università e di Comuni, e di documenti pontifici. Ma riconosce, contestandola, che l'interpretazione delle leggi 1888-1894 è nel senso che « il soggetto giuridico degli usi civici sono gli abitanti *uti singuli et cives* » (p. 930). Conseguentemente, l'A. nega l'esercizio dell'azione al cittadino *uti singulus* a tutela degli usi civici (p. 936 e ss.), che spetta sempre e solo alla rappresentanza comunale (salvo azione popolare, nelle forme di legge).

<sup>(39)</sup> In dottrina, per tutti, CERVATI, *Aspetti della legislazione vigente in tema di usi civici e terre di uso civico*, cit. Che l'obbligo della denuncia di cui all'art. 3 si riferisca solo agli usi civici su terre private è affermazione pacifica sin dai primordi dell'applicazione della legge: Cass., 10.5.1930 n. 1631; 19.5.1937 n. 2566; 16.3.1950 n. 708; etc.

usi e quindi la demanialità della terra, dal carattere ex feudale, da provare però, a sua volta, mediante documenti).

Questa distinzione, e la costruzione del « demanio civico » in termini condominiali, si traduce nel riconoscimento ad ogni membro della comunità (come singolo non solo come *civis*) della titolarità delle azioni a tutela del bene comune; della legittimazione ad agire in sede possessoria nonché a tutela della proprietà; e in sede amministrativa, avverso provvedimenti dell'autorità produttivi di effetti ablativi o comunque limitativi del godimento sul bene comune. Ciò smentisce (ripeto, nella costruzione giurisprudenziale, al di là della lettera della legge) l'autorevole posizione dottrinale sopra ricordata, secondo la quale al cittadino è imputabile solo il diritto d'uso (sul bene dell'ente, e perciò altrui) del quale (e solo del quale, se leso nelle sue possibilità di esercizio da fatto o atto altrui, anche dell'ente) egli potrebbe chiedere tutela (e non del bene o della cosa in sé) <sup>(40)</sup>.

Il riconoscimento dell'azione a tutela del bene in sé, dimostra che oggetto del diritto del cittadino non è il mero uso (come diritto reale su cosa altrui) ma è il bene nella sua totalità (come bene condominiale) laddove è aggredito, a prescindere dall'incidenza dell'aggressione sull'esercizio dell'uso.

Il carattere condominiale del tipo dell'appartenenza (e non

---

<sup>(40)</sup> Giurisprudenza pacifica in ordine alla legittimazione ad agire del singolo (*uti singulus* e *uti civis*) a tutela del bene comune a fronte di autorizzazioni all'alienazione o al mutamento di destinazione (davanti al giudice amministrativo) o davanti al Commissario agli usi civici per rivendicare il carattere « demaniale » della terra. V. tra le tante, fin dalla prima giurisprudenza, Commis. usi civici Palermo, 31.3.1926; 30.3.1927; Commis. usi civici Roma, 8.3.1930; Appello Roma, 28.4.1964: « *in materia di usi civici ogni cittadino è sempre legittimato a far valere i diritti che gli appartengono condominialmente per ottenere la dichiarazione di nullità sia di atti dispositivi del demanio universale sia la reintegra dei beni stessi* »; Cons. St., V, 3.12.1960 n. 825 « *gli utenti [...] sono legittimati ad agire [...] anche jure singulare per qualsiasi azione a tutela dei beni e dei diritti civici* »; Cass. Regno, 16.7.1936: v. più di recente Cass. 14.6.1950 n. 1514; Cass. II, 5.1.1950, n. 51; Cass. II, 3.2.1962 n. 210; II, 11.2.1974 n. 387; S.U., 10.11.1980 n. 6017; Cass. civ., sez. un., 19.11.1999, n. 798; Cass. civ., sez. un., 15.10.1999, n. 720; Cass. civ., sez. un., 30.6.1999, n. 375. V. anche Cons. St., IV, 22.1.1964 n. 10, sulla legittimazione ad agire di singoli Regolieri cadorini a tutela del bene comune (« di proprietà collettiva dei valligiani ») avverso un decreto di espropriazione (prec. cit., Cons. Stato, IV 10.5.1939 n. 185, relativo alla Comunità di Fiemme).

perciò individuale dell'ente, salvi i diritti d'uso) come costruito dalla giurisprudenza, si traduce nell'affermazione di caratteri formali dei diritti (segnatamente, nell'imprescrittibilità), piuttosto che nelle forme della gestione, il cui carattere collettivo, è nella sostanza, escluso. I beni restano amministrati dall'ente, peraltro nelle forme amministrative della legge comunale a provinciale, anche da parte delle Università agrarie (che tuttavia in limitate ma significative esperienze mantengono gestioni produttive cui partecipano in forme organizzate le comunità degli utenti) (41). E resta fermo uno dei punti caratterizzanti il sistema della legge, il principio dell'apertura agli usi a tutti i cittadini del Comune o della Frazione (che contraddice la forma organizzativa della gestione collettiva del bene produttivo che necessita della partecipazione di una comunità individuata di utenti coltivatori o allevatori), principio che viene esteso ad ogni esperienza rapportabile a quelle individuate dalla legge in termini di « usi civici » e altri diritti « di promiscuo godimento » delle terre « soggette all'esercizio di usi civici possedute da comuni, università od altre associazioni agrarie » (« di originaria appartenenza »; artt. 1, 26) cancellando le esperienze differenziate (42).

Forme di gestione collettiva restavano vivaci in alcune zone delle province ex pontificie, come Università agrarie costituite secondo la legge del 1894, laddove il principio dell'apertura non ebbe significative applicazioni pratiche. E in una serie di realtà comunitarie diffuse nell'arco alpino, ma anche in alcune zone appenniniche (come le Marche) che erano sopravvissute alle leggi soppressive nel corso dell'800 ed erano state ignorate dalla legislazione successiva; che continuavano a gestire attraverso proprie organizzazioni, in

---

(41) Si possono considerare alcune vivaci esperienze di Università agrarie nel Lazio, o nelle Marche, nell'ambito delle quali la legge usi civici, alla quale pur erano soggette, non riuscì a scalfire l'organizzazione e la gestione comunitaria della produzione agroforestale.

(42) Cfr. F. ALIQUÒ, *Della proprietà collettiva civica o demaniale civica*, in « Riv. dir. agr. », 1949. Il carattere collettivo dei « demani civici » viene spesso affermato in giurisprudenza, sulla base di questa costruzione, e trova riscontro in alcune posizioni dottrinali, ma la realtà dei « demani civici » evidenzia piuttosto una forma di proprietà pubblica (segnatamente dove l'ente gestore resta il Comune) e la partecipazione dei cittadini utenti invero, non rileva come partecipazione alla gestione produttiva del bene comune.

determinati casi ristrette a determinati gruppi di famiglie (discendenti dagli antichi originari del luogo) i loro patrimoni boschivi e pascolivi secondo antiche consuetudine e sulla base di regole di fonte propria (Laudi o Statuti).

#### 4. *L'emergere di assetti collettivi nella gestione dei beni agrosilvo-pastorali.*

All'indomani dell'entrata in vigore della legge usi civici, si pose il problema della sua applicazione a realtà ed esperienze di questo tipo, già ignorate dalla legislazione nazionale previgente e ancora ignorate dalla legge di unificazione, che però, proprio in quanto tale, aveva potenzialità di applicazione generale. Il sistema, diffuso su tutto il territorio nazionale, dei Commissariati agli usi civici, naturalmente funzionava da strumento di applicazione generalizzata della legge <sup>(43)</sup>.

Il problema si pose con forza (suscitando polemiche vivaci in dottrina e lunghi contenziosi) in ordine ad alcune forme di appartenenza e gestione collettiva di beni agro-silvo-pastorali diffuse nell'arco alpino, sopravvissute alle leggi soppressive dell'800, e, nel Veneto e in Lombardia, al citato decreto italico del 1806; come comunità chiuse alle persone (o alle famiglie) discendenti dagli antichi abitanti del luogo che nei secoli avevano mantenuto il possesso delle terre comuni mediante gestioni produttive, riservando ai membri della comunità diritti di godimento individuale e di

---

<sup>(43)</sup> All'indomani dell'entrata in vigore della legge usi civici, v. in ordine alla sua applicazione generalizzata, la cospicua sentenza Commiss. usi civici Lombardia, 17.5.1927, est. Fracassi, molto chiara nella dimostrazione dell'omogeneità delle esperienze dell'Italia settentrionale rispetto a quelle dell'Italia meridionale, trattandosi in ogni caso di forme di godimento collettivo o promiscuo della terra con la stessa origine (l'apprensione originaria, appunto) e la stessa natura, come terre « non appartenenti a titolo privato ad una comunione o associazione di estimati ma [...] all'Universitas hominum ». Il riferimento è alla Comunità di Bienno in Val Camonica, i cui beni vengono riconosciuti di carattere pubblico e non propri degli « originari » (anche in applicazione del d. italico del 1806). Sul punto, con argomenti contrari, A. SOLMI, *Sulla natura giuridica delle "società degli antichi originari" e delle partecipanze agrarie nel sistema della proprietà fondiaria dell'Italia superiore*, in ID., *Studi storici sulla proprietà fondiaria*, cit.

accesso a determinate prestazioni fornite dall'organizzazione comune (come ricevere legname per il rifabbrico, determinate quantità di carbone, etc.) (c.d. comunioni familiari montane). Laddove la « comunione » presenta caratteri tali da non poterla ascrivere al *genus* delle comunioni privatistiche: caratteri soggettivi (non comunioni di private persone, ma comunità dei discendenti degli antichi abitanti del luogo, partecipi non in virtù di una propria volontà negoziale, ma per l'appartenenza alla comunità stessa); e caratteri oggettivi, dati dall'apprensione originaria dei beni (« *per laudo* ») e non per averli acquistati col « loro proprio denaro » (secondo l'espressione dell'antico decreto italico).

Una comunità chiusa che risponde al fenomeno del *Doppio Comune* secondo una terminologia in uso nella Svizzera ticinese <sup>(44)</sup>; che si è manifestato in alcune realtà al momento della formazione del Comune amministrativo, come ente di governo della comunità residente sul territorio, a fronte del quale la comunità antica originaria, che i beni aveva gestito e goduto nel corso delle generazioni, si chiude all'avvento dei forestieri <sup>(45)</sup>. Sopravvissuta nei secoli

---

<sup>(44)</sup> P. CARONI, *La scissione tra Comune patriziale e Comune politico nel Ticino*, in « Archivio Storico ticinese », 1963; ID., *Le origini del dualismo comunale svizzero*, Milano, 1964. Sui Patriziati in Ticino, v. da ult., Legge organica patriziale 28.4.1992 (« Il Patriziato è una corporazione di diritto pubblico [...] proprietaria di beni di uso comune da conservare e utilizzare con spirito vicinale a favore della comunità »). Caroni analizza il fenomeno della « progressiva aristocratizzazione del Comune che culminerà verso la fine del XVI secolo con la formazione di un ente assolutamente chiuso a influssi esterni, che proibiva altresì nuove ammissioni ». L'art. 1 della legge patriziale del 1805 disponeva che i soli « cittadini patrizi di un Comune (conosciuti sotto il nome di vicini) hanno diritto al godimento e all'amministrazione dei beni del Patriziato »; consentendo tuttavia « ai ticinesi domiciliati nel comune da più di cinque anni » limitati usi dei beni a carattere precario. SOLMI, *Sulla natura giuridica delle "società degli antichi originari"*, cit.

<sup>(45)</sup> « Quando il Comune, nella sua evoluzione, andrà perdendo il carattere di comunità chiusa e si trasformerà nell'organismo amministrativo moderno, allargando le sue basi a tutte le persone residenti, l'antica cerchia degli originari, cioè il Comune chiuso, non si dissolverà totalmente ma conserverà una vita economica e giuridica distinta, come ente che si dimostra tuttora proprietario dei beni collettivi » (PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 212, che cita FRASSOLDATI, *Le partecipanze agrarie emiliane*, cit., con riferimento all'esperienza delle partecipanze emiliane); G. RAFFAGLIO, *Diritti promiscui, Demani comunali, Usi civici*, Milano, 1939<sup>3</sup>: « talvolta questa separazione dell'antico patrimonio comune si mantenne, perché di fronte al Comune, aggregazione di tutti coloro che venissero ad abitare in luogo, fu più forte il gruppo degli

all'incorporazione (laddove sopravvissuta) essa si rappresenta come comunità di abitanti (dei discendenti degli originari abitanti), e convive con le più ampie comunità dei residenti del luogo (rappresentate dal Comune amministrativo); mantenendo, essa, il dominio (in genere parziale) dei beni comuni, salva l'ammissione di forestieri a determinate condizioni.

Si tratta di esperienze assai diverse da luogo a luogo (anche per la diversità degli ordinamenti succedutisi nei secoli) che non possono essere puntualmente analizzate in queste note. Tra l'altro, i beni comuni di questo tipo soltanto in qualche caso sono pervenuti a noi in tale condizione (cioè ancora strutturati come beni comuni delle comunità degli antichi originari perpetuata nei secoli), perché in molti casi furono oggetto di divisioni e di appropriazioni, anche legalmente effettuate, secondo ordinamenti all'epoca vigenti.

Il fenomeno della preservazione del « Corpo » degli originari (o della « Vicinia », o del « Patriziato ») come comunità distinta dal Comune amministrativo, via via che questo si forma nelle diverse esperienze storiche come ente di governo locale, mantenendo l'esclusivo godimento dei beni comuni (che non transitano perciò nel patrimonio del Comune) si verifica in alcune regioni, come nel Veneto. Il D. italico del 1806 ha costituito uno spartiacque storico, riconoscendo nei beni dei « Corpi degli antichi originari », carattere senz'altro pubblico, laddove ne ha disposto il trasferimento alle Municipalità; ma eccettuando dal trasferimento quelli tra detti beni che risultassero acquistati da singoli « originari » (o dalle stesse comunità) con proprio danaro. Correttamente impostando la distinzione intorno al tipo del modo di acquisto (se di apprensione originaria, o se privato). Invero, le Regole e altre Comunanze sopravvissute in questi territori sono epigoni dei Corpi degli antichi originari sopravvissuti o ricostituiti (in virtù spesso di lunghe vicende contenziose) al decreto soppressivo del 1806.

---

originari che voleva riservarsi esclusivo il godimento dei beni antichi » (p. 210). CURIS, *Usi civici, proprietà collettive e latifondi*, cit., p. 838 e ss., 842 collega al fenomeno della chiusura dei beni ai nuovi venuti da parte degli antichi originari (la comunità antica a fronte della nuova e indifferenziata), al fenomeno del « doppio comune » (espressione non in uso dall'A. ma rispondente all'impostazione da lui seguita nella spiegazione del fenomeno), la stessa formazione delle Partecipanze emiliane.

Che in teoria queste comunità, e le forme di appartenenza dei beni che ad esse fanno capo, potessero essere considerate tra quelle comprese nell'ambito applicativo della legge usi civici, si può invero ammettere. L'appartenenza della terra, nell'ambito di queste esperienze, non deriva da acquisti o successioni privatistiche, ma da apprensioni originarie (secondo il concetto della originaria appartenenza recepito dalla legge: art. 26) da parte della comunità degli abitanti dei luoghi, o da concessioni signorili in favore, ancora, di comunità di abitanti di determinati luoghi; una origine perciò pubblicistica, politica, se si vuole, dell'apprensione, da parte delle comunità originarie alle quali la comunità sopravvissuta dei « consorti », o « regolieri », etc., è succeduta. E gli usi che costoro esercitano sulla terra comune, le prestazioni di cui usufruiscono, possono essere accomunati agli « usi civici » e a « qualsiasi altro diritto di promiscuo godimento » contemplati dalla legge generale. E i soggetti associativi (le regole, le comunanze, etc.) nei quali queste comunità si rappresentano sul piano organizzativo, possono essere accomunate alle « università ed altre associazioni agrarie » contemplate dalla stessa legge.

Nell'esperienza applicativa si pose il problema, se questi soggetti collettivi potessero considerarsi « associazioni agrarie » ai sensi della legge usi civici, ed essere soggette alla relativa disciplina, così sospettosa di queste forme di appartenenza collettiva (part. art. 25 legge; art. 58 ss. reg.); e se i loro beni potessero considerarsi soggetti al principio dell'apertura e al regime della quotizzazione delle porzioni di terra a destinazione agraria (cui tutti i beni delle « associazioni agrarie » sono soggetti stando alla lettera della legge: artt. 11 ss., 26) <sup>(46)</sup>.

---

<sup>(46)</sup> Sui problemi dell'applicazione della l. usi civici alle « società di antichi originari », v. già G. RAFFAGLIO, *Le società di antichi originari in rapporto alla legge 16 giugno 1927 n. 1766*, in « Riv. dem. », 1928: si tratta di comunioni private ovvero delle associazioni agrarie di cui alla l. usi civici? Criterio secondo l'Autore, è quello dell'individuazione del tipo associativo di cui si tratta, ma una volta stabilita l'applicabilità della legge non vi potranno essere eccezioni al principio dell'apertura, salvi gli « speciali provvedimenti » che potranno essere assunti ai sensi dell'art. 26. Cass. 5.11.1935 (Pozzera c. Vicinia di Pieve Tesino) in « Riv. beni pubblici », 1935, p. 112. RAFFAGLIO, *Diritti promiscui*, cit., p. 218 e ss.; ID., *Le vicinie e la legge sul riordinamento degli usi civici*, in « Riv. beni pubblici », 1935, p. 31. La questione della trasformazione in

Da qui le accennate polemiche e gli importanti contributi dottrinali, dai quali è poi iniziato il nuovo itinerario della nostra legislazione con la legge sulla montagna del 1952<sup>(47)</sup>. Invero, questa corrente dottrinale (principalmente il Bolla e il Romagnoli che utilizzarono fonti storiche locali) ha piuttosto un carattere polemico e presenta elementi contraddittori, laddove sottolinea con forza il carattere privato (privatistico) di queste forme associative, che in assenza di espliciti riconoscimenti legislativi in contrario (come era avvenuto per le Regole cadorine con la legge del 1948, pur espressive della medesima esperienza) poteva ammettersi (pur senza alcuna identificazione con il modello della comunione privatistica); ma carattere privatistico attribuiva anche ai beni, alle terre, che viceversa risultavano (come dagli stessi Autori ammesso e documentato) pervenuti ai consorti per apprensione originaria, *per Laudo*, come si esprimono le fonti locali, da parte delle comunità attraverso il lavoro.

Basti utilizzare le stesse fonti che cita il Bolla per rendersi conto di ciò; laddove si ricorda, ad esempio, l'antico Statuto del Cadore («tutti li boschi posti in Cadore siano ed esser debbano comuni alli huomini, non ad alcun foresto »); e le modalità tipiche

---

comunioni private di Vicinie o altri soggetti collettivi, mediante vicende delle quali occorre accertare la conformità a norme del diritto anteriore, va risolta caso per caso e spesso è di perplessa soluzione.

(47) G.G. BOLLA, *Le comunioni familiari ereditarie dei territori alpini e la legge 16 giugno 1927 sul riordinamento degli usi civici* (1947); *Per la tutela ed il progresso della proprietà comune dei montanari nel quadro della Costituzione italiana* (1948); *Famiglia e proprietà terriera nelle regioni di montagna* (1951); *Terre civiche e proprietà comuni di consorti coeredi regolate dal Laudo* (1951), tutti in Id., *Scritti di diritto agrario*, Milano, 1963 (dal quale le citazioni); Id., *Università agrarie*, in *Enc. it. Treccani*, 1937. E. ROMAGNOLI, *Comunioni familiari e regole dell'arco alpino*, in «Riv. dir. agr.», 1971; Id., *Regole dell'arco alpino*, in *Nuoviss. Digesto*, App. V, 1980; Id., *Le comunioni familiari montane. Natura privata ed interesse pubblico*, in *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, a cura di G.C. De Martin, Padova, 1990. Sulle realtà cadorine, v. già F. SCHUPFER, *Il Cadore, i suoi monti, i suoi boschi*, Roma, 1912. Le Regole cadorine, non comprensive delle Regole d'Ampezzo e di Comelico oggetto della successiva legislazione «sulla montagna», con il d.lgs. 3.5.1948 n. 1104, avevano ricevuto uno statuto particolare che consentiva di tenerle sottratte dall'applicazione della legge usi civici (v. Cons. St., II, 14.4.1964 n. 525, parere), ma venivano erette in enti pubblici, secondo lo schema della legge comunale e provinciale. U. POTOTSCHNIG, *Le Regole della magnifica Comunità cadorina*, Milano, 1953.

dell'apprensione *per Laudo*, come apprensione da parte della comunità del bosco prescelto « considerandolo per ogni verso, trovatolo che se ne avvantaggerebbe (disponendone), fissatine i confini, dichiarandolo di loro proprietà ». I convenuto all'evento, « approvano e *laudano* il fatto » (48). L'affermazione che « i regolieri non sono *cives* perché le loro qualifiche discendono dal vincolo familiare e dall'eredità » appare non condivisibile laddove non considera che detto vincolo produce la qualità di regoliere solo perché si tratta di discendenza dai membri dell'antica comunità (49).

Insomma, una eccessiva accentuazione del profilo privatistico di queste comunità e dei loro beni, pur a fronte di evidenti caratteri pubblicistici, ben presenti a quella accorta dottrina.

Ma essa (pur nel suo spirito polemico) ebbe l'indubbio merito di illustrare l'esistenza di forme di appartenenza e gestione collettiva di terre, che pur ascrivibile a quelle « di originaria appartenenza » delle comunità contemplate dalla legge usi civici (art. 26), vivevano di un proprio diritto consuetudinario, incompatibile sia sul piano organizzativo che sul piano della gestione, con il modello accolto da detta legge. E l'applicazione ad esse di questo modello ne avrebbe distrutto non solo la specificità ma anche la funzione economico sociale (50).

Ciò di cui il legislatore alla fine ha preso atto dando inizio alla fase più recente dell'assetto della nostra materia.

I primi passi hanno riguardato espressamente queste realtà differenziate, denominate « comunioni familiari vigenti nei territori montani nell'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale » (art. 34 l. n. 991/52), alle quali viene concesso di continuare « a godere e ad amministrare i loro beni in conformità dei rispettivi Statuti e consuetudini, riconosciute dal diritto anteriore »; implicitamente escludendo l'applicazione ad esse della legge generale espressamente derogata dalle norme del diritto anteriore (diritto consuetudinario o di produzione autonoma delle stesse comunità: *Laudi e Statuti*), che vengono riconosciute come prevalenti sul diritto statale, limitata-

---

(48) BOLLA, *Scritti di diritto agrario*, cit., p. 642, che cita G. CIANI, *Storia del popolo cadorino*, Treviso, 1950.

(49) BOLLA, *Scritti di diritto agrario*, cit., p. 558.

(50) Ivi, p. 556.

mente al loro oggetto. Le « comunioni » cui la legge si riferisce, non sono le comunioni di diritto privato disciplinate dal codice civile, per le quali non si è mai posto un problema di derogare alla legge usi civici, né sul versante del frazionamento delle terre a vocazione agraria, né su quello dell'apertura all'uso a tutti i cittadini del Comune o della Frazione, i due punti conflittuali della legge nazionale (la distinzione tra le « comunioni familiari montane » e le comunioni di cui al codice civile, spesso risulta tuttavia perplessa). Queste « comunioni » sono costituite non sulla base di negozi privatistici, ma formati dagli abitanti del luogo, discendenti dagli antichi originari (« corpi degli antichi originari ») che ne sono membri in virtù di questa appartenenza alla comunità, e perciò in principio ascrivibili alle « associazioni » contemplate dalla legge usi civici.

Più esplicita la legge sulla montagna del 1971 che, ancora con riferimento a queste medesime realtà associative (« comunioni familiari montane ») ne conferma la disciplina come quella retta « dai rispettivi statuti e consuetudini », espressamente escludendo l'applicazione della disciplina degli « usi civici » (con riferimento, a titolo esemplificativo, ad alcune di esse, le Regole del Comelico, le Regole ampezzane, etc.). Ma conferma (dando ad esso sanzione legislativa primaria) il regime tradizionale dei beni di queste comunità nella loro (si direbbe) matrice pubblicistica, definiti per la prima volta « beni agrosilvopastorali appresi per laudo », come beni inalienabili, indivisibili e vincolati in perpetuo alle attività agrosilvopastorali. Beni dunque di rilevanza pubblica (« appresi per Laudo ») in virtù dell'apprensione originaria del proprio territorio da parte della comunità e non in virtù di negozi privatistici (sul punto, espressamente art. 11, 3° co, legge cit.) <sup>(51)</sup>.

---

<sup>(51)</sup> Il punto più rilevante di questa nuova impostazione della legislazione statale a partire dalla l. del 1952 è il rinvio al diritto di produzione autonoma delle Comunità (statuti e consuetudini) come quello cui la normazione relativa all'organizzazione della Comunità e alla gestione dei beni (con il limite del c.d. regime demaniale a tutela dell'intangibilità dei beni stessi) è riservata. Sul punto, F. MERUSI, *Il diritto "sussidiario" dei domini collettivi*, in « Riv. trim. dir. pubbl. », 2003, che questa « riserva » riconduce al principio costituzionale di sussidiarietà c.d. orizzontale (art. 118 ult. co., Cost.) che in tal modo verrebbe a limitare ogni possibilità di ingerenza del legislatore statale o regionale nella sfera riservata all'autonoma produzione normativa. Le tesi di

Altra importante svolta nell'ordinamento della nostra materia è stata prodotta dalla ascrizione dei beni in oggetto, questa volta denominati « aree assegnate alle Università agrarie e le zone gravate da usi civici » (art. 142, 1° co., lett. *b*)), d.lgs. 22.1.2004 n. 42; già art. 1 d.l. 27.6.1985 n. 312, conv. l. 8.8.1985 n. 431), con espressione imprecisa ma da ritenersi comprensiva di tutti detti beni, sia di quelli di cui alla legge usi civici, sia di quelli delle « comunioni familiari e montane » di cui alle leggi sulla montagna, ai beni di interesse paesaggistico e perciò soggetti nelle modalità d'uso al controllo delle Autorità di settore (artt. 131 ss., 146 ss., d.lgs. cit.). Qui l'identificazione dei beni ai fini della tutela paesaggistica non avviene, come per tutti gli altri beni paesaggistici, in base a caratteri delle « cose », ma in base a caratteri di esse come beni giuridici perché oggetto di determinati diritti. La categoria è stata ampiamente valorizzata da una cospicua giurisprudenza della Corte costituzionale <sup>(52)</sup>, la quale da ultimo ha spiegato che la gestione dei beni « affidata alle collettività invece che alle istituzioni si concreta in particolari modalità di uso e di godimento, che garantiscono insieme la fruizione e la conservazione del bene ». La gestione comune (l'assetto fondiario collettivo, secondo la dizione valorizzata da Nervi) o anche la mera soggezione all'esercizio degli usi, che presuppone il carattere aperto della terra, è di per sé fattore di tutela paesaggistica, a prescindere dai caratteri materiali o naturali che le cose presentano.

---

Merusi, sull'assetto giuridico dei « domini collettivi », sono riprese da F. CORTESE, *Sulla definizione di uno statuto costituzionale della proprietà collettiva*, in « Arch. Scialoja-Bolla », 2004, I. V. tuttavia, Corte cost., ord. n. 917/88, che riafferma il primato della legge su statuti e consuetudini delle Comunità regoliere (che non possono « derogare » ad una norma di legge, salvo quanto genericamente rimesso dalla legge, all'autonomia delle parti).

<sup>(52)</sup> Da ult., Corte cost., n. 210/14, che sottolinea lo « specifico interesse unitario della comunità nazionale alla conservazione degli usi civici, in quanto e nella misura in cui concorrono a determinare la forma del territorio [...] quale prodotto di 'una integrazione tra uomo e ambiente naturale' » (citaz. Corte cost. n. 46/95); n. 310/06; ord. n. 316/98; n. 345/97; n. 391/89. V. la nota di A. GERMANO, *La tutela della natura civica delle terre e degli usi quale interesse pubblico generale: il dictum della Corte*, in « Dir. giur. agraria », 1993.

5. « *Demani civici* » e « *Proprietà collettive* ».

In virtù di queste leggi, il quadro complessivo delle situazioni di appartenenza di comunità di abitanti su terre di promiscuo godimento (per restare alla terminologia della legge generale) si viene a scindere in due settori (ma accomunati i beni di pertinenza in un regime sostanzialmente omogeneo). Quelle di cui alla legge generale usi civici (imputate sul piano soggettivo a Comuni, Associazioni agrarie, Frazioni; aperte, in quanto esercizio degli usi, a tutti gli abitanti del Comune o della Frazione) e quelle sottratte a questa disciplina, imputate a comunità anche chiuse, autogestite, sulla base di organizzazioni proprie delle stesse comunità, del tutto differenziate rispetto all'organizzazione comunale, ma disciplinate, anche in virtù del richiamo della legge statale, da antiche consuetudini, o da diritto di produzione autonoma (Laudi e Statuti).

Una svolta decisiva dell'ordinamento della materia, nella prospettiva indicata, non più limitata a singole realtà regionali, ma con estensione generale, è avvenuta, come si è accennato, con la legge quadro sulla montagna del 1994, tuttora in fase di attuazione da parte della legislazione regionale. I beni « agrosilvopastorali in proprietà collettiva indivisibile ed inusucapibile » devono essere valorizzati nella loro specificità, sia sotto il profilo produttivo che della tutela paesaggistica, da parte delle Regioni, mediante una nuova disciplina delle « organizzazioni montane ». Tra di esse sono espressamente comprese le « comunioni familiari montane » (con riferimento alle precedenti leggi sulla montagna), le Regole cadorine già soggette alla citata legge del 1948, nonché le Associazioni agrarie (Domini collettivi) di cui alla legge del 1894, già comprese tra quelle soggette alla legge usi civici.

La dizione ampia della norma consente di ritenere in essa comprese (restando però affidata la scelta sul punto, al legislatore regionale) tutte le situazioni di appartenenza comunitarie, anche quelle già disciplinate dalla legge usi civici. La nuova disciplina, secondo l'assetto già sufficientemente definito delle « comunioni montane » di cui alle precedenti leggi sulla montagna, distingue il profilo soggettivo delle organizzazioni, ridotto al modello privatistico (viene ad esse conferita la personalità giuridica di diritto privato, con individuazione degli utenti, chiamati a partecipare alla

« gestione comunitaria »), secondo i diversi ordinamenti in vigore; dal profilo oggettivo, conferendo ai beni una tutela (di carattere pubblicistico) assai stringente, in ordine al vincolo di destinazione e all'inalienabilità intesa ad assicurare al patrimonio antico [quello che deriva dalla apprensione originaria] « la primitiva consistenza agrosilvopastorale ».

Le « comunioni familiari montane », di cui alle precedenti leggi sulla montagna, nonché le Regole Cadorine già disciplinate dalla legge del 1948, hanno trovato nella nuova disciplina un assetto definito come enti associativi riconosciuti come persone giuridiche private, con plurisoggettività estesa a determinate categorie di utenti (e non a tutti gli abitanti del Comune o della Frazione), partecipi della gestione dei beni <sup>(53)</sup>. Mentre le Associazioni agrarie già

---

(53) La l.r. Veneto 19.8.1996 n. 26, contenente la disciplina delle « Regole, delle proprietà collettive di Asiago etc. », riconosce alle Regole la personalità giuridica di diritto privato, con espresso riferimento anche a quelle « già soggetti di diritto pubblico », ai sensi della legge 1948, la cui organizzazione, nonché la plurisoggettività, è retta da fonti autonome; e stabilisce norme assai stringenti in ordine al regime dei beni delle Regole, alle quali vengono di nuovo imputati « quelli attualmente amministrati dai Comuni in base al decreto vicereale 25.11.1806 n. 225, se riconosciuti ». Tra gli statuti di queste Regole, v. ad esempio lo Statuto delle Regole di San Vito di Cadore nel quale art. 1 si afferma che « *le Regole di S. Vito di Cadore sono organizzazioni sociali dotate di personalità giuridica privata, disciplinate, ai sensi dell'art. 3 delle l.31.1.1994 n. 97 e della l.r. 19.8. 1996 n. 26, dal presente statuto e dagli antichi Laudi, dai regolamenti applicativi, nonché della tradizionali consuetudini orali [...]* »; nonché il Laudo della Comunanza delle Regole d'Ampezzo, con puntuali norme sia sui presupposti per accedere allo stato di Regoliere sia sul regime di gestione e d'uso dei beni. La l.r. Friuli, 5.1.1996 n. 3 sulle associazioni e i consorzi di comunioni familiari montane conferisce a detti soggetti (« o ad organizzazioni di similare natura denominate, Vicinia o Vicinanza consorziale etc. ») la personalità giuridica di diritto privato, confermando in ordine ai beni « il vincolo della inalienabilità e della indivisibilità ». Delle altre Regioni, solo la Toscana, con l.r. 23.5.2014 n. 27 (e relativo reg. 21.4.2015, n. 52/R) ha riconosciuto alle Amministrazioni separate comunali e frazionali (quelle tradizionali di cui alla legge usi civici), come soggetti gestori dei beni (ancora denominati « beni del demanio collettivo civico » e « beni di uso civico »), la personalità giuridica di diritto privato, in espressa applicazione della legge quadro. Resta, tuttavia, carattere di queste organizzazioni (come delle Università agrarie, già disciplinate dalle leggi sulle province ex pontificie) l'apertura della comunità dei potenziali utenti a tutti i cittadini residenti nel territorio del Comune o della Frazione. Le altre Regioni, anche nella legislazione più recente, hanno sostanzialmente confermato l'impostazione della legge usi civici, senza tener conto delle innovazioni che a quella disciplina potevano essere introdotte in virtù delle leggi sulla montagna

contemplate dalla legge usi civici (in una posizione marginale, come s'è visto), accomunate secondo la legge del 1994 alle altre « organizzazioni montane » (con l'espreso riferimento ai « Domini » di cui alle legge del 1894), diffuse nelle regioni dell'Italia centrale, non hanno ancora trovato una disciplina legislativa regionale attuativa della legge del 1994, per cui restano modellate secondo il vecchio schema pubblicistico, in palese contrasto con detta legge. E le stesse Amministrazioni separate dei beni di uso civico (ASBUC, ASUC), che sono da ascrivere, anch'esse, alle « organizzazioni montane » e acquistare modello organizzativo privatistico, sono rimaste, con la sola eccezione della legge Toscana n. 27/14, organizzazioni di diritto pubblico secondo il modello della legge comunale e provinciale (l. 17.4.1957 n. 278, sui Comitati per l'amministrazione separata dei beni civici) <sup>(54)</sup>.

---

e segnatamente della legge quadro del 1994 (v. tra le più recenti, l.r. Piemonte, 2.12.2009 n. 29; l.r. Calabria 21.8.2007 n. 18; l.r. Liguria, 2.7.2002 n. 27; l.r. Molise, 23.7.2002 n. 14; l.r. Basilicata 12.9.2000 n. 57).

<sup>(54)</sup> Le Regioni nelle quali più diffuse sono le Associazioni agrarie, già costituite ai sensi della legge del 1894 come Domini collettivi, e sopravvissute alle legge del 1927, come il Lazio, non hanno previsto alcuna innovazione in materia. Per cui queste istituzioni restano modellate sullo schema della legge comunale e provinciale come persone giuridiche di diritto pubblico. Tuttavia in genere è prevista in queste associazioni la lista degli utenti, estesa ai residenti che presentano almeno il requisito di un periodo di residenza non inferiore ad un certo numero di anni. V. ad esempio, tra i tanti, lo statuto dell'Università Agraria di Colonna del 7.2.2009, pubb. nel BURL Lazio del 14.4.2009, il quale, all'art. 1, afferma che l'Università Agraria di Colonna « *costituita ai sensi della legge per il riordino degli usi civici del Regno d'Italia 4 agosto 1894 n. 397 nonché della Legge comunale e provinciale sotto la denominazione di 'Università agraria di Colonna' è dotata di personalità giuridica, quale ente pubblico non economico locale, con autonomia statutaria* », e al successivo art. 7 prevede tra gli utenti « *tutti i cittadini italiani residenti nel Comune di Colonna da almeno cinque anni, iscritti nella lista elettorale dell'ente* ». In determinati casi la partecipazione all'Università agraria, riconosciuta come Dominio collettivo ai sensi della legge del 1894, era riservata a determinate categorie di utenti operanti in determinati settori produttivi (come i proprietari di bestiame, cd. boattieri, in ordine all'esercizio del diritto di pascolo ovvero gli agricoltori, in ordine all'esercizio del diritto di semina). V. ad esempio, lo *Statuto dell'Università agraria di Tolfa* (5.1.2006), nonché lo *Statuto dell'Università dei possidenti di bestiame di Sacrofano* (appr. 13.7.1999). In questi casi a volte non è facile accertare la natura del bene, se di apprensione originaria della comunità ovvero acquistato da categorie di cittadini nel loro proprio interesse. In Val d'Aosta, la disciplina delle « Consorterie » è rimasta quella già stabilita dalla l.r. 5.4.1973 n. 14 e successivamente dalla l.r. 22.4.1985 n. 16, come « enti

Allo stato perciò, l'ordinamento della materia (pur nella sostanziale unicità della fattispecie) resta sfrangiato in una pluralità di situazioni sul piano soggettivo, e sui modi della gestione dei beni; a fronte del regime sostanzialmente omogeneo dei beni, come beni incommerciabili e vincolati in perpetuo alla destinazione. E la stessa affermata appartenenza dei beni a titolo dominicale alle comunità degli abitanti utenti e non all'ente che li rappresenta (anche laddove essi all'ente sono formalmente imputati, « accatastati », come dice la legge toscana) solo in alcuni casi si traduce nella gestione collettiva degli stessi (dando luogo a vere e proprie « proprietà collettive »); mentre in altri casi (quelle tutt'ora ricadenti sotto l'impero della legge usi civici) questa titolarità si traduce bensì nell'imprescrittibilità del diritto o nelle forme della tutela del diritto stesso e del bene in quanto tale, ma in termini di godimento resta fondamentale nel solo esercizio degli usi.

Il modello della proprietà collettiva si va facendo strada nell'esperienza delle organizzazioni « montane » (organizzazioni « proprie » della comunità utente) secondo il modello privatistico di cui alla legge del 1994, già rimaste marginali, o addirittura ignorate sotto l'impero della legge usi civici, ma poi emerse all'attenzione nazionale

---

speciali di natura pubblicistica », soggetti a controllo pubblico ai quali la partecipazione è riservata ai « proprietari di fondi rustici siti nelle frazioni e località delle consorzierie che vi risiedono effettivamente per un periodo annuale minimo stabilito negli statuti ». La natura di questi enti risulta dubbia. V. R. LOUVIN, *Un bene comune tra pubblico e privato. Profili giuridici del fenomeno delle consorzierie valdostane*, Aosta, 2012. Nella provincia di Trento, la gran parte dei beni collettivi è gestita attraverso le Amministrazioni separate, ASUC, salvo speciali statuti per la Magnifica comunità di Fiemme e per le Regole di Spinale e Manez: v. l.p. Trento 14.6.2005 n. 6. In provincia di Bolzano, già la l.p. 7.1.1959 n. 2 riconosceva alle « interessenze, vicinie, e le altre comunità ed associazioni agrarie, comunque denominate e costituite, sia per la proprietà, sia per l'esercizio di altri diritti reali sulle terre esistenti nell'ambito della provincia soggette all'esercizio di usi civici », la natura di « comunioni private di interesse pubblico », regolate dalla stessa legge provinciale, salvo il rinvio al codice civile. Mentre l'amministrazione dei beni di uso civico (quindi distinta da quella delle predette associazioni) è attribuita ai Comitati frazionali secondo il modello della legge nazionale (l.p. Bolzano 12.6.1980 n. 16). Sulle « Amministrazioni separate », al di là di queste leggi regionali, vige la vecchia disciplina della legge comunale e provinciale e della legge cit. n. 278/1957. In giurisprudenza, v. Cass. II, 19.9.1992 n. 10748 e II, 23.12.1994 n. 11127, puntualmente citate da FULCINITI, *I beni d'uso civico*, cit., p. 259 e ss., con pertinenti osservazioni dell'Autrice in ordine alla natura e alle funzioni dei Comitati per l'amministrazione separata.

nella loro vivace realtà. Proprietà collettiva « di diritto pubblico » sembra invero corretto denominarne il tipo, come quello distinto dalla « proprietà spettante in comune a più persone » secondo il modello del codice <sup>(55)</sup>; pur nel carattere privatistico del soggetto gestore. Proprietà delle comunità in ordine ai beni di apprensione originaria, laddove soggetto è il gruppo e non i singoli individui, e l'interesse tutelato (interesse riconosciuto come pubblico, e tutelato con strumenti di diritto pubblico) è quello di assicurare la permanenza del bene nella sua materialità (e perciò indivisibile, ciò che contrasta in pieno con i principi civilistici) nel tempo, verso le future generazioni.

La fattispecie resta unica come quella individuata dalla legge usi civici, nelle « terre possedute da Comuni, Università e altre associazioni agrarie, comunque denominate, soggette all'esercizio degli usi civici » (art. 1), « di apprensione originaria » (art. 26); dalla legge n. 1102/71, nei « beni agro-silvo-pastorali appresi per laudo » (art. 10); dalla legge del 1994, nei « beni agro-silvo-pastorali in proprietà collettiva indivisibile inusucapibile » (art. 3), dove il tratto caratterizzante e unificante è dato, appunto, dall'apprensione originaria dei beni da parte di una comunità. Ma essa non si è tradotta, allo stato, in un unico modello di organizzazione e di gestione.

I modelli restano due, quello della legge usi civici, adattato con marginali modifiche nei diversi ordinamenti regionali, e quello delle leggi sulla montagna, limitato nella sua applicazione all'esperienza delle « comunioni familiari montane » e similari forme associative preesistenti <sup>(56)</sup>.

---

<sup>(55)</sup> Sul punto, va sempre tenuta presente l'ampia teorizzazione del PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 166 e ss. (sul « *tertium genus*, come realtà antichissima e rinascete: la proprietà collettiva »), dove tutta la problematica qui in esame, con un orientamento tendente a unificare nell'istituto le varie forme dell'esperienza positiva, di matrice privatistica (come il condominio) e di matrice pubblicistica (come gli usi civici e le varie forme di proprietà collettiva di diritto pubblico).

<sup>(56)</sup> Le stesse Regioni che hanno adottato leggi direttamente attuative delle leggi sulla montagna, in ordine alle comunioni familiari e montane o Regole (l.r. Veneto n. 26/96; l.r. Friuli n. 3/96) tengono distinta la disciplina in vigore in materia di « usi civici » e relative forme di gestione, come se si trattasse di due materie del tutto separate in punto di diritto (v. l.r. Veneto n. 31/94).

6. *La « proprietà collettiva ». Il profilo soggettivo (l'assetto organizzativo).*

I dati positivi sopra indicati consentono, in ordine alle forme di appartenenza e di gestione ascrivibili al secondo modello (e per qualche aspetto anche a quelle ascrivibili al primo modello) di delineare l'istituto della proprietà collettiva, negli elementi comuni alle varie forme che essa assume nelle diverse realtà del Paese, sulla base di comuni principi giuridici, tali da distinguerla da altre forme di possesso e sfruttamento collettivo della terra, ad essa assimilabili sul piano fattuale, come assetti fondiari collettivi <sup>(57)</sup>.

Forme di gestione collettiva della terra ovviamente possono essere costituite con strumenti civilistici: proprietari che tengono in comune le parti boschive dei tenimenti di pertinenza per la gestione migliore del bosco o per il pascolo delle mandrie di bestiame; comunioni familiari che mantengono in comune la proprietà delle terre ereditate perché più proficua all'uso dell'agricoltura e dell'allevamento secondo la loro convenienza (mantenendo la forma della comunione civilistica, artt. 1100 ss., 2248) ovvero diano ad esse la forma della società per l'esercizio in comune dell'attività economica (art. 2247). Si tratta di vicende comuni circa le quali appare inutile l'esemplificazione. In determinate zone del Paese e per determinate forme di assetto colturale la forma della proprietà comune (collettiva) può risultare più opportuna, anche dal punto di vista economico e della tecnica agraria, della proprietà individuale parcellizzata. Si tratta in ogni caso di beni agro forestali gestiti da una comunità di

---

<sup>(57)</sup> Sugli assetti fondiari collettivi, dal punto di vista dell'analisi economica, ma anche nella prospettiva della protezione dell'ambiente (della quale queste forme di godimento e gestione della terra, si presentano come importanti strumenti: v. anche M.S. GIANNINI, *Protezione della natura*, in *Enc. Novecento*, Roma, 1979), P. NERVI, *Aspetti economici della gestione delle terre civiche nella realtà attuale*, in « Dir. giur. agraria », 1997; *Il ruolo economico e sociale dei demani civici e delle proprietà collettive*, a cura di Id. (Convegno Trento, novembre 1997), Padova, 1999; Id., *La gestione patrimoniale dei domini collettivi*, in *Analisi degli aspetti economico-estimativi e giuridici delle terre soggette al diritto di godimento collettivo*, a cura di P. Gaio, F. Nuvoli, Sassari, 2002; Id., *Istituti regolieri e protezione della natura*, in « Archivio Scialoja-Bolla », 2008. « Assetti fondiari collettivi » è espressione che indica una determinata forma di gestione produttiva di beni agroforestali. « Proprietà collettiva » è espressione che indica un determinato tipo di appartenenza (cioè un dato giuridico).

persone, di utenti, di agricoltori, di coltivatori, attraverso un'organizzazione comune nell'ambito della quale si danno regole per dividersi i compiti di gestione e di lavoro, per distribuire i frutti e gli utili, per consentire determinati usi individuali della proprietà comune. Dal punto di vista fattuale queste forme di gestione e di appartenenza, sono del tutto assimilate a quelle nelle quali si esprime la proprietà collettiva di cui ci occupiamo, ma al medesimo modello agro economico, corrispondono modelli di disciplina giuridica diversi.

I caratteri giuridici dell'istituto che denominiamo « proprietà collettiva », attengono sia al profilo soggettivo (la comunità) sia al profilo oggettivo (i beni).

La comunità titolare dei beni (assuma essa o meno la personalità giuridica) non è un consorzio o una comunione di private persone (o di persone giuridiche pubbliche che operano secondo il diritto privato) ai sensi del codice (la proprietà o altro diritto reale che « spetta in comune a più persone », art. 1100) per aver acquistato il bene in virtù di uno dei modi d'acquisto previsti (art. 922), per compravendita, per successione a causa di morte, etc.; del quale hanno disponibilità giuridica.

La comunità titolare dei beni, come più volte ricordato, è una comunità di abitanti, cioè un insieme di persone (o di famiglie) legate tra loro da un vincolo di carattere politico, quello cioè di abitare nello stesso luogo, lo stesso luogo dei propri antenati, che è il luogo della vita comune dove si intrecciano le relazioni, si apprestano i servizi, si regola l'ordine sociale (una comunità, appunto, in senso sociologico prima ancora che giuridico) <sup>(58)</sup>. L'essere insieme non deriva dalla volontà delle singole persone, ma appunto, dal loro esserci, dalla loro appartenenza a quella determinata comunità; ciò per incolato (abitare stabilmente nel luogo) o per successione (essere discendente dagli antichi abitanti, dai membri dell'antica comunità) avendo conservato l'incolato.

Sul punto, si può utilizzare il concetto del c.d. condominio a mani riunite (che alcuni definiscono « di diritto germanico » per

---

<sup>(58)</sup> La nozione sociologica di comunità è quella classica fissata da F. TÖNNIES, *Comunità e società*, ed. it., Milano, 1963, part. p. 57 e ss.; v. anche ID., *Gemeinschaft*, in *Handwörterbuch der Soziologie*, a cura di A. Vierkandt, Stuttgart, 1931.

distinguerlo dal condominio disciplinato dal nostro codice e dagli altri della stessa area), sul quale si è formata un'ampia letteratura storiografica, con forti elementi di criticità circa il concetto in sé e la sua utilizzazione nell'ordinamento positivo<sup>(59)</sup>. Non è certo compito di queste note prendere posizione sul punto. Ritengo però che l'assetto soggettivo delle nostre comunità risponda al concetto delineato in dottrina intorno a quel tipo di « condominio »; che dunque a prescindere dal nome che si intenda usare, si traduce a pieno titolo in un istituto del nostro diritto positivo; caratterizzato, appunto, dal convergere sulla cosa di una pluralità di diritti della stessa natura (dominicali) e dello stesso oggetto (diverso quindi dalla proprietà divisa laddove i diversi diritti dominicali hanno ad oggetto diversi usi della cosa), come nel condominio del nostro codice; ma l'oggetto dei diritti non è la quota (come porzione ideale della proprietà) ma la cosa in sé, come oggetto di gestione e di uso comune (secondo regole fissate dall'organizzazione comunitaria) e di essi i soggetti non hanno la disponibilità giuridica ma solo il possesso finché dura la loro appartenenza alla comunità. In questo modello, come fu spiegato dal Solmi con autorevoli parole, si realizza un rapporto immediato del singolo con la cosa oggetto del diritto, sia pure attraverso le regole poste dall'organizzazione (della quale il singolo è parte)<sup>(60)</sup>. La comunità che si identifica nell'organizzazione, può essere *aperta* (tutti gli abitanti del luogo, o almeno tutti quelli che vi risiedono da un certo numero di anni), o *chiusa*, cioè limitata ai discendenti degli « antichi originari », salve ammissioni dei forestieri, secondo leggi speciali o discipline di fonte statutaria. Ma in entrambi i casi, la comunità risulta composta in un determinato momento storico nelle

---

(59) V. ad esempio, le osservazioni di PETRONIO, *Usi e demani civici*, cit., p. 512 e ss., con puntuali riferimenti di dottrina.

(60) SOLMI, *Adempriuvia*, cit., part. p. 307 e ss., 313 (la proprietà « si compenetra nel rapporto immediato del singolo con la cosa obbietto del diritto, senza tuttavia che il diritto concorrente degli altri comunisti e il diritto permanente dell'associazione [...] consentano che quel rapporto si muti in un diritto di piena proprietà su una quota parte del tutto »); RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti*, cit., p. 342 e ss.; PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 192. V. anche lo spunto di ROMANO, *Principi*, cit., p. 559. In fondo, al di là degli schemi giuridici, si tratta del fenomeno dell'« indiscusso primato dell'oggettivo sul soggettivo [...] dell'ordine fenomenico [...] dell'ordine comunitario [...] rispetto all'individuo » (GROSSI, *Proprietà (diritto intermedio)*, cit.).

persone (o nelle famiglie) che ad essa appartengono. O si è partecipi della comunità o non si è partecipi. L'esserci, appunto, non l'acquistare l'appartenenza.

Ma perché di proprietà collettiva possa parlarsi occorre *un'organizzazione propria* della comunità a cui singoli membri partecipino operando nella gestione dei beni comuni. Quindi, non un mero diritto d'uso, autoritativamente regolato, sia pure portante in sé caratteri dominicali secondo la dottrina degli usi civici, ma privo invero di una relazione diretta con la cosa nelle sue potenzialità produttive. L'organizzazione propria delle comunità può assumere forme diverse, secondo gli statuti e le consuetudini vigenti nei diversi territori, come s'è detto, ma deve restare necessariamente separata dall'ente Comune, il quale assume la gestione dei beni laddove l'organizzazione non si formi, o sia incapace di funzionare, secondo il principio della rappresentanza in capo al Comune degli interessi delle comunità minori <sup>(61)</sup>. Invero, il modello del « Doppio Comune » (cioè di un'organizzazione differenziata per la gestione dei beni comuni, aperta o chiusa che sia) diviene il modello organizzativo tipico nel quale prende forma la proprietà collettiva <sup>(62)</sup>.

Queste organizzazioni, in determinati casi, ma in ogni caso secondo la legge del 1994, sono riconosciute dalla legge come persone giuridiche. Già, come persone giuridiche di diritto pubblico (i « Domini collettivi » o Università agrarie delle province ex pontificie, le Regole cadorine), e più di recente come persone giuridiche di diritto privato. E ai sensi della legge del 1994, come si è detto, a tutte queste forme associative, una volta riordinate con leggi regionali, viene conferita la personalità giuridica di diritto privato.

---

<sup>(61)</sup> Sul punto, le precise e sempre valide affermazioni di ROMANO, *Principi*, cit., n. 34.

<sup>(62)</sup> Particolarmente rilevante, in questa prospettiva, l'esperienza delle Regole nella Regione veneta (Ampezzo, Cadore, Comelico), dove la distinzione tra Comunità regoliera (formata dai discendenti degli antichi abitanti, salva la possibilità di ammissione dei forestieri a determinate condizioni) e Comune, è chiara ed evidente, anche se la divisione dei beni e il riconoscimento alla Comunità della piena titolarità del « patrimonio antico », furono l'esito di vivaci contenziosi come dimostra il noto caso di Cortina d'Ampezzo (Commiss. Trento, 24.10.1947, Prefettura di Belluno, 5 marzo 1957; Appello Roma, 30.10.1955-25.2.1956; Pretura Cortina 23.3.1960 n. 31; tutte riportate in *Comunioni familiari montane*, a cura di E. Romagnoli, C. Tribeschi, vol. I, Brescia, 1975).

Ma detto riconoscimento o conferimento della personalità giuridica, in ordine a strutture associative, regolate nella loro organizzazione e nel loro funzionamento da norme interne (Statuti o Laudi) o da consuetudini (salve alcune scarse norme di fonte legislativa), comporta una limitata applicazione di alcuni istituti positivi. Se si tratta della personalità giuridica di diritto pubblico, come già per le Regole cadorine, il solo conferimento di essa, senza ulteriori indicazioni legislative, comporta l'applicazione di norme generali in materia di rapporti di lavoro, di procedure contrattuali, di gestione delle spese, etc.; ma si tratta di istituti che si applicano a tutte le organizzazioni a carattere pubblico, a prescindere dal fatto che abbiano o meno la personalità giuridica (come ad esempio alle Amministrazioni separate per la gestione di beni civici, ASBUC, che persone giuridiche non sono). Cioè, l'applicazione di questi istituti non è conseguenza del conferimento della personalità giuridica, ma deriva dal carattere pubblico dell'organizzazione. Se si tratta della personalità giuridica di diritto privato, come per le « comunità familiari montane » e le altre istituzioni cui si estende la disciplina di cui alla legge del 1994 (ivi comprese le Regole cadorine che vedono modificata la loro personalità) il conferimento di essa, anche qui senza ulteriori indicazioni, non comporta certo l'applicazione delle norme codicistiche previste per le diverse categorie di persone giuridiche contemplate dal codice (nel titolo I e nel titolo V) alle quali le nostre organizzazioni non sono ascrivibili. Esse, invero, conservano il loro Statuto, quello previsto dalle discipline speciali loro proprie, e segnatamente dalle discipline autonome fissate nei laudi e negli Statuti, nonché dalla consuetudine (gli uni e l'altra espressamente richiamati dalla legge statale).

Il riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato non ne modifica, invero, l'assetto in punto di organizzazione e di funzionamento interno, nella disciplina dei rapporti tra i membri del gruppo e l'organizzazione, tra i membri del gruppo tra loro, etc., secondo la ricca differenziazione che emerge dagli Statuti. Ciò che cambia in virtù di detto riconoscimento è l'assetto dei rapporti esterni, rapporto organico in luogo della rappresentanza, nell'esercizio della capacità di agire da parte dell'organizzazione attraverso i suoi organi, con imputazione diretta degli atti e della connessa responsabilità all'organizzazione come tale; responsabilità patrimo-

niale verso i creditori circoscritta al patrimonio sociale, senza investire il patrimonio degli associati; e così via. Laddove, in virtù del riconoscimento legislativo, persone giuridiche già di diritto pubblico (come le Regole cadorine, come le Università agrarie del Lazio, etc.) divengono persone giuridiche di diritto privato, ovviamente cambia il regime giuridico di queste organizzazioni, non trovando più applicazione in esse degli istituti di diritto pubblico sopra ricordati (in ordine al personale, alle procedure, alla responsabilità, etc.) <sup>(63)</sup>.

La trasformazione degli antichi « demani civici » secondo il modello della legge usi civici, nel modello delle proprietà collettive, via via che gli ordinamenti regionali (e singole iniziative di settore) facciano propria l'impostazione delle leggi sulla montagna, comporta dunque la costituzione nelle diverse realtà territoriali, di organizzazioni proprie delle comunità utenti (escludendo del tutto la gestione amministrativa del Comune), secondo il modello privatistico, rette sulla base di proprie disposizioni statutarie.

Si è detto che la plurisoggettività dell'organizzazione varia secondo le diverse tradizioni territoriali (e il relativo diritto consuetudinario), se aperta a tutti i cittadini residenti ovvero aperta solo a coloro la cui stabile dimora nel luogo risalga a precedenti generazioni o almeno a un certo numero di anni di attiva partecipazione. Ma in ogni caso, la comunità utente (quella che partecipa alla vita dell'organizzazione) dev'essere individuata nei suoi membri (singoli o capifamiglia), come quelli, tra gli aventi diritto in quanto cittadini residenti ovvero per altri titoli richiesti, che, per lavoro o per bisogno, della partecipazione attiva all'organizzazione comunitaria facciano richiesta e in essa si adoperino. Insomma, la plurisoggettività non può essere indifferenziata ma dev'essere stabile e nominativa (anche se tutti hanno il diritto di parteciparvi). Sul punto, va tenuto presente il modello che era stato affacciato per le Università agrarie delle province

---

<sup>(63)</sup> M. BASILE, A. FALZEA, *Persona giuridica. Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1983: « esistono esempi di fenomeni in cui personalità giuridica e proprietà o diritti collettivi convivono », rispetto ai quali si pongono problemi « di analisi, e di distinzione, delle situazioni attribuite all'ente personificato, e delle situazioni attribuite invece all'insieme dei suoi membri » (p. 273). Sul punto, v. l'ampia trattazione di PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 216 e ss., sul rapporto tra il titolo formale di proprietà in capo all'ente e i diritti di godimento della « collettività civica ».

ex pontificie e poi fu abbandonato dal legislatore del 1927/28, abrogando il Reg. 1922 attuativo della legge del 1894 sui Domini collettivi. Ma adesso il modello appare ripreso dalla legge del 1994 (« criteri oggettivi di appartenenza »). Quindi, anche se si tratta di comunità « aperte » (nel senso che a tutti i residenti sia riconosciuta una legittima pretesa a parteciparvi), occorre che nell'ambito dell'organizzazione siano individuati, secondo criteri oggettivi, le persone, i capi famiglia o fuochi, che per le condizioni di vita e di lavoro alla gestione comune dei beni possano effettivamente partecipare, e usufruire dei vantaggi e caricarsi gli oneri della partecipazione.

7. *La « proprietà collettiva ». Il profilo oggettivo (il regime dei beni).*

Il secondo elemento identificativo riguarda i beni. Anche qui si tratta di un elemento giuridico; mentre non rileva il fatto (assai rilevante viceversa sul piano pratico o agro economico) che si tratta per regola (ma non sempre e necessariamente) di beni agro-silvo-pastorali, o comunque di beni agrari (come nelle Partecipanze emiliane e in altre associazioni agrarie); ciò per cui la materia è attratta nella politica agroforestale, e nella competenza regionale.

Quel che rileva al fine dell'identificazione dei beni per ascrivere al tipo di quelli che si ascrivono alla « proprietà collettiva » e ne ricevono il regime, è il tipo dell'acquisto, derivante da « apprensione originaria », come s'è detto, o « per Laudo », secondo l'antica espressione in uso in alcune realtà dell'Arco alpino, dove « Laudo » (dizione anche usata in luogo di Statuto, cioè di fonte di diritto autonoma dell'organizzazione) descrive icasticamente l'apprensione della terra (del bosco) da parte della Comunità, che *loda* solennemente il *fatto* e ne dà sanzione <sup>(64)</sup>.

Invero i tipi sono diversi e l'apprensione « per laudo » è fatta propria dalla legge nazionale come espressiva di ogni tipo di apprensione originaria (a mo' di sineddoche, si direbbe), e coincide con l'« appartenenza originaria » di cui alla legge usi civici.

È la comunità che vive nel territorio, che si appropria dei beni attraverso il lavoro per farne fonte della propria sussistenza. Questa

---

<sup>(64)</sup> BOLLA, *Scritti di diritto agrario*, cit., p. 642 (che cita sul punto CIANI, *Storia del popolo cadorino*, cit.).

appropriazione (che è un fatto) si trasforma in appartenenza giuridicamente riconosciuta secondo modelli formali diversi nell'ambito dei diversi ordinamenti storicamente succedutisi; può coincidere o essere seguita da concessioni signorili o privilegi di principi (come nel noto caso delle Partecipanze emiliane e di molte Regole dell'Arco alpino) oppure consolidarsi a seguito dell'eversione della feudalità una volta rotto il godimento diviso della terra da parte delle comunità e dei baroni (come nelle province meridionali). Ma il fenomeno nella sua fattualità resta il medesimo. È sempre la comunità come tale, non singole individuate persone (se non quelle che tali sono perché membri della comunità stessa) che si appropria dei beni o che ne usufruisce per concessione. E non si appropria dei beni in virtù di un commercio giuridico (come il comprarli con proprio denaro) ma in virtù di un fatto politico che si trasforma in atto a carattere pubblicistico giuridicamente riconosciuto. Sul punto, resta emblematica l'impostazione del citato Decreto italico del 1806, che nel « richiamare » i beni dei c.d. corpi degli antichi originari all'amministrazione dei Comuni (e perciò riconoscendone la natura pubblica) escludeva dal provvedimento, come s'è ricordato, i beni di cui poteva essere provato l'acquisto « da antiche originarie persone col loro proprio danaro ».

È questo fatto (che può anche identificarsi con un atto) che individua i beni (cioè, le cose come oggetto del diritto collettivo) come quelli soggetti a un particolare regime giuridico e sottratti all'applicazione del diritto comune (il « patrimonio antico »). E li identifica distinguendoli, appunto, dagli altri beni che le stesse comunità possono avere successivamente acquistati con strumenti privatistici, i quali viceversa restano soggetti al diritto comune (l.r. Veneto, cit., n. 26/96, artt. 5 e 6).

Il regime giuridico dei beni è sostanzialmente rapportabile al c.d. regime demaniale (o « parademaniale », come si esprime la legge della Basilicata) della tradizione meridionale, con qualche variazione. Ovviamente, si fa riferimento al regime dei beni in punto di tutela, che in punto di gestione, come si è visto, si tratta di discipline totalmente diverse.

Questo c.d. regime demaniale, delineato dalla legge usi civici e dall'elaborazione giurisprudenziale che ne è seguita, si estende anche ai beni di quelle comunità particolari dell'Arco alpino o di

altre realtà del Paese, cui la legge usi civici non è stata ritenuta applicabile, come s'è visto, nella parte concernente il profilo della plurisoggettività (cioè il principio dell'apertura proprio e tipico della legge usi civici); nonché nella parte concernente il modello organizzativo come quello ricalcato sulla organizzazione comunale. Ma l'estensione dei principi del c.d. regime demaniale anche ai beni di queste comunità appare ormai pacifico sulla base di norme positive a carattere primario confermate dalle regioni e del tutto rispondenti agli antichi statuti e consuetudini che le leggi vigenti richiamano. Insomma, si tratta di un regime ad applicazione generale.

Detto regime è noto e può essere riassunto brevemente. Anzitutto, l'incommerciabilità dei beni secondo lo schema dell'art. 823 cod. civ. (inalienabilità, comprensiva della costituzione di diritti reali, inusucapibilità). Qualsiasi atto costitutivo di diritti reali, anche di garanzia, in capo a terzi, è colpito dalla sanzione della nullità. Qualsiasi fatto appropriativo è improduttivo di effetti. Tuttavia si tratta di incommerciabilità relativa (come del resto per la maggior parte dei beni pubblici) perché può essere derogata *singulatim* (cioè con riferimento a singole porzioni del bene comune) con specifica autorizzazione dell'organo competente per legge che deve valutare l'interesse pubblico (con riferimento alle esigenze della comunità utente) che giustifichi l'autorizzazione (e perciò la deroga al regime di tutela dei beni). Il possesso abusivo dei beni che non può giammai costituire titolo per l'usucapione degli stessi, in determinati casi previsti dalla legge (da intendere come eccezionali e perciò le relative norme di stretta interpretazione), può essere sanato (« legittimato » dice la vecchia legge) e tradursi in diritto reale di natura enfiteutica in capo al possessore. Ciò a fronte di consistenti « migliori » (da valutare caso per caso) apportate dal possessore al bene agroforestale, protraendosi il possesso per un lungo periodo. Si tratta tuttavia di un istituto tipico della disciplina tradizionale degli usi civici, non applicabile alle realtà non sottoposte a questa legislazione <sup>(65)</sup>.

Il regime dell'incommerciabilità è più rigido (rispetto a quello di cui alla legge usi civici) in ordine ai beni delle organizzazioni

---

<sup>(65)</sup> Sulla legittimazione, per tutti, G. CERVATI, *Appunti circa la legittimazione delle terre di uso civico*, in *Studi Zanobini*, II, Milano, 1965.

ascritte al tipo delle « comunioni familiari montane » e segnatamente delle Regole, con particolare riferimento alla disciplina regionale veneta. In ordine a detti beni, ogni deroga al regime dell'inalienabilità necessita, oltre che dell'autorizzazione regionale, anche di una specifica e motivata delibera di assenso da parte dell'organo interno della Regola <sup>(66)</sup>.

Anche i mutamenti di destinazione di singole porzioni dei beni (cioè, destinazione diversa, anche pubblica, da quella agrosilvopastorale loro propria) devono essere specificamente autorizzati, con riferimento alla valutazione degli interessi della comunità (« qualora (la diversa destinazione) rappresenti un reale beneficio per la generalità degli abitanti » (così, già l'art. 41 del Reg. usi civici 1928) a fronte dell'interesse in ordine al quale si prospetta il mutamento di destinazione. E anche qui, la disciplina delle Regole appare più rigida di quella tradizionale, laddove prevede, per i singoli mutamenti di destinazione (limitati a « singoli beni di modesta entità » e solo per alcuni tipi di interventi: art. 7, l. ult. cit.) la delibera dell'organo interno, nonché la contestuale apposizione del vincolo di destinazione su beni di entità corrispondente. Il patrimonio antico vincolato in perpetuo alle attività agro silvo pastorali, è iscritto nel libro fondiario con l'annotazione del vincolo (« a norma dell'art. 3 della l. 31.1.1994 n. 97 ») riconosciuto come « di interesse generale ».

Intorno alla disciplina del vincolo di destinazione, si pone il problema di stabilire se e a quali condizioni singole porzioni dei beni comuni (per i beni regolieri, quelli dell'antico patrimonio, vincolati in perpetuo alla destinazione agrosilvopastorale e alla permanenza nel dominio collettivo) possano esservi sottratte per assumere altra destinazione di pubblico interesse; come opere ed impianti pubblici che in ipotesi possano dar luogo ad espropriazione, per motivi di interesse generale (d.P.R. 8.6.2001, n. 327).

---

<sup>(66)</sup> V. art. 7, l.r. Veneto ult. cit., laddove prevede che la deliberazione di modifica della destinazione debba essere adottata dalle Regole secondo la disciplina del Laudo o Statuto, indicando la diversa utilizzazione prevista, nonché nuovi beni di entità corrispondente da vincolare alle attività agro-silvo-pastorali e connesse. Previamente la Regola è tenuta ad acquisire il parere del Servizio forestale regionale in ordine alla consistenza forestale e al vincolo idrogeologico. La deliberazione ha effetto solo a seguito dell'autorizzazione rilasciata dalla Giunta regionale.

Il problema riguarda in generale i beni pubblici o di interesse pubblico, che hanno in sé una destinazione, appunto, pubblica o di interesse pubblico, stabilita dalla legge. Si tratta di stabilire se per ragioni di interesse generale, cioè quelle che in ipotesi possono dar luogo ad espropriazione per pubblica utilità di beni privati, beni pubblici e beni di proprietà collettiva soggetti a vincolo di destinazione, possano essere dichiarati di pubblica utilità a fini espropriativi e quindi espropriati o sottoposti a servitù pubbliche, o comunque, asserviti alla realizzazione di opere pubbliche. Espropriare il bene vuol dire destinarlo ad altra destinazione, di interesse pubblico, ma diversa da quella cui il bene per legge è destinato.

Il principio sul punto <sup>(67)</sup>, si può formulare affermando che i

---

<sup>(67)</sup> V. art. 4, T.U. espropriazioni (d.P.R. n. 327/2001), comma 1 e 2 relativamente ai beni appartenenti al demanio pubblico e al patrimonio indisponibile, e comma 1-bis, aggiunto dall'art. 74, 1° comma, l. 28.12.2015 n. 221, relativo ai beni « gravati da uso civico », norme che prevedono in ogni caso un previo atto di sdemanializzazione o di mutamento di destinazione o di valutazione comparativa degli interessi in gioco che debba precedere la dichiarazione di pubblica utilità e quindi condizionare il procedimento espropriativo. V. anche art. 8, l.r. Toscana cit. n. 27/2014. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, IV, 3.5.1961 n. 297; in tema di espropriazione di beni soggetti ad uso civico, Commiss. usi civici Veneto 13.5.2005; Commiss. usi civici Lazio 18.2.1991; Appello Roma, 21.4.1992 (« i beni del demanio civico, universale sono espropriabili per pubblica utilità solo se previamente sdemanializzati »). In dottrina, sempre utile il riferimento a G. SABBATINI, *Commento alle leggi sulla espropriazione per pubblica utilità*, vol. I, Torino, 1890, part. p. 112 e ss. V. anche G. GIORGI, *Della espropriazione per causa di pubblica utilità in relazione ai beni del demanio pubblico*, Firenze, 1913. Sul punto di recente A. GERMANÒ, *Sulle giustiziabilità delle liti agrarie e delle liti agroalimentari*, in « Riv. dir. agr. », 2016, part. n. 4.1.

La Corte di Cassazione, S.U., con sentenza assai recente n. 7021/16 del 6.10.2015 pubbl. in data 11.4.2016, ha respinto il ricorso di alcune Regole Cadorene laddove ritenevano indispensabile, ai fini della destinazione di singole porzioni di beni regolieri ad usi di interesse pubblico (che possono dar luogo a dichiarazione di pubblica utilità e successiva espropriazione ai sensi del d.P.R. cit. 327/2001), il previo atto di assenso della Regola, nelle forme del suo Statuto; ed ha affermato che il vincolo di destinazione proprio dei beni regolieri, non comporta in quanto tale « l'inespropriabilità dei beni » stessi, né « la subordinazione del loro esproprio a forme di autorizzazione o consenso delle Regole ». Tuttavia nell'ambito della « valutazione comparativa dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera e l'opposto interesse al mantenimento della originaria destinazione dei terreni quale mezzo di salvaguardia dell'ambiente », l'autorità competente deve acquisire il preventivo parere della stessa Regola, in ordine al quale sussiste l'obbligo della stessa autorità competente « di motivare espressamente nell'assumere le

beni pubblici o di interesse pubblico, e quindi i beni in proprietà collettiva con destinazione agrosilvopastorale, non sono soggetti ad espropriazione se non previa autorizzazione dell'organo competente (o parere favorevole, o deliberazione comunque vincolante). Ma l'organo competente (ad esempio, la Regione) deve valutare (cito la legge toscana) la « prevalenza dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera pubblica o di pubblica utilità rispetto all'interesse collettivo ambientale soddisfatto dal bene del demanio collettivo civico » (espressione quest'ultima che si può tradurre in quella comprensiva di tutti i beni in proprietà collettiva). Ciò significa che la dichiarazione di pubblica utilità, presupposto necessario della espropriazione, che resta di competenza delle autorità di settore (secondo i casi, Ministeri, Regioni, Prefetture, etc.), non si perfeziona (e quindi non può costituire valido presupposto per l'espropriazione) se non preceduta o seguita, dal provvedimento dell'autorità preposta alla tutela del bene, con riferimento alla destinazione sua propria; la quale autorizza la nuova destinazione con specifico riferimento alle esigenze proprie di tutela del bene stesso.

In sostanza, nell'ambito del procedimento partecipato e complesso, si tratta di valutare la compatibilità della nuova destinazione pubblica o di interesse pubblico, che sta alla base dell'espropriazione, con la destinazione a sua volta di interesse pubblico del bene di cui si tratta.

Quindi, mentre nel normale procedimento di espropriazione (con oggetto beni privati o comunque non di interesse pubblico) la valutazione dell'autorità chiamata a dichiarare la pubblica utilità è esclusivamente intesa a stabilire la pubblica utilità dell'opera o dell'intervento di cui si tratta, nel nostro caso questa valutazione comporta una previa valutazione comparativa tra la pubblica utilità

---

deliberazioni finali ». In sostanza, la questione dell'espropriabilità dei beni regolieri viene ricondotta dalla Corte nell'ambito della più generale questione della espropriabilità dei beni pubblici o dei beni di uso civico, sempre condizionata in concreto al previo accertamento della sussistenza di « un interesse pubblico di rilievo superiore a quello soddisfatto con la precedente destinazione » (così art. 4, 2° comma cit. d.P.R. n. 327/2001). La sentenza della Corte (v. le osservazioni critiche di GERMANÒ, *Giustiziabilità*, cit.) appare in contraddizione con lo stesso principio affermato, laddove equipara i beni regolieri e quelli in proprietà privata che possono essere espropriati « per motivi di interesse generale ».

dell'opera da realizzare e l'interesse pubblico connesso alla destinazione originaria del bene. La quale ultima dunque può essere sacrificata non alla stregua di un bene privato, ma soltanto a fronte di preminente ed ineludibile esigenza di realizzazione dell'opera su quella determinata porzione immobiliare, tale da superare la contrapposta esigenza della tutela del bene in quanto tale.

Tutti i beni in « proprietà collettiva », o « demaniale civica », sono ascritti per legge, come s'è visto, a quelli tutelati come beni di interesse paesaggistico. Ciò comporta che ogni mutamento di destinazione (e quindi anche quelli intesi a conferire al bene una nuova e diversa destinazione di interesse pubblico, come la realizzazione su di esso di opere e impianti pubblici) deve essere autorizzata ai sensi del Codice dei beni culturali (artt. 146 ss.), a pena di invalidità (meglio: inefficacia) dell'autorizzazione al mutamento di destinazione; e della stessa dichiarazione di pubblica utilità se si tratta di procedimento espropriativo.

In ordine alla tutela dei beni (da aggressioni esterne, da abusive occupazioni, etc.), nell'ambito di applicazione della legge usi civici, sono attribuiti poteri di autotutela (secondo il modello dell'art. 823 cod. civ.) in capo agli uffici amministrativi (adesso la Regione, dopo il trasferimento delle funzioni: v. ad esempio l.r. Abruzzo n. 25/1988, art. 8 che assegna il potere di reintegra al Presidente della Giunta regionale e in via d'urgenza ai Sindaci o ai Presidenti delle Amministrazioni separate frazionali); nonché ai Commissari agli usi civici che possono disporre la « reintegra » dei beni nelle forme di un procedimento giurisdizionale, di ufficio, ovvero su domanda dei cittadini utenti o degli enti che li rappresentano. Ciò laddove è contestata la natura (se « demaniale o meno ») del bene; ché altrimenti, l'azione (di carattere possessorio) è esercitata davanti al giudice comune, ancora una volta su domanda dei singoli cittadini o dell'ente che li rappresenta.

In ordine ai beni in proprietà collettiva non soggetti alla legge usi civici, la tutela nelle forme giurisdizionali è senz'altro di competenza del giudice comune. Mentre resta dubbio (nel silenzio della normativa) se poteri di autotutela possano ritenersi sussistenti in capo all'amministrazione regionale.

*Mario Calderoni (1879-1914):  
il pragmatismo fra diritto ed economia*



BALDASSARE PASTORE - GIOVANNI TUZET

## CALDERONI, IL PRAGMATISMO FRA DIRITTO ED ECONOMIA

Mario Calderoni (1879-1914) è stato uno dei protagonisti della breve ma intensa stagione del pragmatismo italiano <sup>(1)</sup>. Laureato in giurisprudenza e vissuto perlopiù a Firenze, si interessò a una notevole varietà di questioni e scrisse di filosofia, psicologia, politica, diritto ed economia. Fu grazie all'incontro con Giovanni Vailati, di cui divenne discepolo e coautore, che in lui si sviluppò un acuto senso dei problemi filosofici e un rigore metodologico non comune. E fu conoscendo Papini e Prezzolini che si rafforzò nei quattro intellettuali un comune interesse per il pragmatismo filosofico di cui allora si iniziava a parlare anche in Europa, con accenti originali, sulla scorta delle opere di Peirce e James e del dibattito americano. Così Calderoni assieme a Vailati, Papini e Prezzolini partecipò fra il 1903 e il 1907 all'avventura del « Leonardo », la vibrante rivista fiorentina che agitò le acque culturali dell'epoca e fu organo del pragmatismo italiano <sup>(2)</sup>. Calderoni fu l'uomo che, secondo Papini, soprattutto per la morte precoce non riuscì a diventare il Platone di quel Socrate che fu Vailati. Ma ne rimangono i lavori a testimoniare una straordinaria gamma d'interessi e una grande acutezza di pensiero, a cui intendono rendere omaggio i testi qui raccolti.

Il suo primo scritto significativo ha natura giuridica: è la tesi di

---

<sup>(1)</sup> Su cui si può vedere *I pragmatisti italiani. Tra alleati e nemici*, a cura di G. Maddalena e G. Tuzet, Milano, AlboVersorio, 2007.

<sup>(2)</sup> I fascicoli della rivista sono ripubblicati in *Leonardo*, a cura di M. Quaranta e L. Schram Pighi, 2 voll., Bologna, Arnaldo Forni Editore, 1981. I principali pezzi pragmatisti si possono rileggere anche in *La cultura italiana del '900 attraverso le riviste*, a cura di D. Frigessi, vol. I (« Leonardo » « Hermes » « Il Regno »), Torino, Einaudi, 1960.

laurea del 1901 in cui discute le questioni fondamentali su cui al tempo si confrontavano ancora la scuola positiva e quella classica del diritto penale, ossia la questione del libero arbitrio e la giustificazione del diritto di punire. Calderoni difende l'idea che si possano distinguere i nostri atti volontari da quelli involontari e in questo modo giustificare la sanzione dei primi, senza tuttavia ipostatizzare ciò che chiamiamo 'libertà', ancorandola piuttosto alla nostra capacità di prevedere le conseguenze delle nostre azioni e modificarle a seconda di quanto desideriamo. Veniva così affrontata la questione della responsabilità non solo giuridica ma anche morale, che Calderoni continuerà a riprendere nella sua produzione successiva.

Sul « Leonardo » pubblica poi alcuni articoli molto incisivi sulle differenze fra il pragmatismo di Peirce e quello di James. Il che stava anche a segnalare alcune discontinuità fra il pragmatismo suo e di Vailati da una parte e quello di Papini e Prezzolini dall'altra. Dalla discussione che ne nacque (specie con Prezzolini) prese il via la vulgata dei *due* pragmatismi italiani, quello 'logico' e quello 'magico'. Il primo era rappresentato da Vailati e Calderoni, sulla scorta di Peirce e di una metodologia rigorosa che per molti versi anticipava quella dell'empirismo logico viennese degli anni Trenta. Il secondo era impersonato da Papini e Prezzolini, sulla scorta di James, della 'volontà di credere' e di un certo eclettismo metodologico. Le differenze fra i due pragmatismi sono state spesso enfatizzate dai commentatori a discapito degli elementi in comune, fra cui possiamo ricordare la teoria della credenza come disposizione ad agire e più in generale l'attenzione filosofica per la continuità fra percezione, pensiero e azione.

Ma il contributo più originale di Calderoni fu il tentativo di applicare il pragmatismo ad ambiti in cui altri non si erano spinti, cioè l'etica e l'economia. Già la tesi del 1901, dal titolo *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, manifesta, come abbiamo detto, un forte interesse per il tema della responsabilità e delle sue condizioni. A questo proposito Calderoni parla di 'plasticità' degli atti volontari: plastici sono gli atti suscettibili di essere modificati dalle credenze dell'agente relative alle loro conseguenze (positive o negative, vantaggiose o svantaggiose, sanzionatorie o premiali, ecc.). Il discorso viene ripreso soprattutto in *Forme e criteri di responsabilità*, un saggio del 1908 in cui Calderoni nota peraltro che il

termine ‘responsabilità’ è tendenzialmente usato in modo vago ed equivoco. In altri scritti egli svolge simili considerazioni sulla molteplicità degli usi del termine ‘diritto’ e precorre l’idea di Wittgenstein del significato come uso, così come l’idea di Quine che non ci sia una netta separazione fra analitico e sintetico e che solo in un quadro olistico si possano determinare i significati dei singoli termini che utilizziamo nei nostri scambi linguistici.

Quanto ai rapporti fra etica ed economia, Calderoni pensa che l’etica possa fare previsioni sulle scelte degli uomini avvalendosi di strumenti analitici e descrittivi tratti dalla scienza economica e volti a spiegare la formazione di attitudini e regole morali. Questa è essenzialmente l’idea sviluppata nel suo lavoro forse più importante, *Disarmonie economiche e disarmonie morali*. È un’opera del 1906 dove Calderoni lavora per così dire a una genealogia economica della morale, cioè a una spiegazione in termini economici dell’esistenza di determinate regole e attitudini morali. Analogamente, in molte sue pagine si trovano spunti di analisi economica del diritto, vale a dire considerazioni sulla logica economica sottostante a molti istituti giuridici, fra cui la responsabilità penale e quella civile in particolare. Se consideriamo che oggi l’analisi economica del diritto viene fatta nascere intorno agli anni Sessanta con le opere di Coase e Calabresi negli Stati Uniti, non possiamo che rimanere stupiti e ammirati per la straordinaria acutezza di Calderoni e la vastità dei suoi interessi, notando altresì come fosse fervido il dibattito nel nostro Paese in quel frangente storico, prima che le vicende belliche consumassero tante delle nostre forze non solo materiali e prima che l’involuzione politico-culturale dei decenni successivi ci costringesse a un ruolo marginale sulla scena del mondo <sup>(3)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> I testi qui raccolti sono stati inizialmente presentati in un Convegno tenuto il 12 dicembre 2014 presso l’Università Bocconi di Milano. Cogliamo l’occasione per ringraziare il Dipartimento di Studi Giuridici « A. Sraffa » dell’Università Bocconi che ha reso possibile tale incontro in collaborazione con il Centro di Ricerca BAFFI (ora CAREFIN) presso la medesima Università. In misura non inferiore va un ringraziamento ai « Quaderni fiorentini » per la generosa disponibilità a ospitare questi lavori.



BALDASSARE PASTORE

PRAGMATISMO E DIRITTO PENALE.  
LE RIFLESSIONI DI MARIO CALDERONI  
SU « LIBERO ARBITRIO » E « IMPUTABILITÀ »

1. Il metodo pragmatista e la controversia tra Scuola classica e Scuola positiva. — 2. Libero arbitrio e responsabilità penale. — 3. L'atto volontario e la previsione. — 4. Compatibilismo e garantismo.

1. *Il metodo pragmatista e la controversia tra Scuola classica e Scuola positiva.*

La riflessione di Mario Calderoni, giurista per formazione, si inserisce entro quella corrente, il pragmatismo, che ha dato un contributo importante al rinnovamento culturale ed epistemologico nell'Italia dell'inizio del XX secolo <sup>(1)</sup>.

Tale riflessione si caratterizza per il tentativo di fondare un sapere valido attraverso l'analisi del pensiero e del linguaggio. Ciò richiede un'opera di pulizia intellettuale volta ad eliminare i pro-

---

<sup>(1)</sup> Un ruolo centrale, in questo rinnovamento, ha avuto, nella Firenze dei primi anni del XX secolo, il « Leonardo », rivista, creata e redatta da Giovanni Papini e Giuseppe Prezzolini, alla quale aderiscono Giovanni Vailati e lo stesso Calderoni. Il « Leonardo » è stato considerato « l'organo ufficiale del pragmatismo italiano ». La stagione pragmatista del « Leonardo » dura dal 1904 al 1907. Calderoni partecipa all'avventura del « Leonardo » pubblicando due scritti (*Le varietà del pragmatismo*, II/3, novembre 1904; *Variazioni sul pragmatismo*, III/1, febbraio 1905). I due lavori sono stati ripubblicati negli *Scritti di Mario Calderoni*, ordinati a cura di O. Campa, con prefazione di G. Papini, vol. I, Firenze, La Voce, 1924, rispettivamente pp. 209-222 e pp. 239-258). Cfr. G. MADDALENA, G. TUZET, *Introduzione*, in *I pragmatisti italiani. Tra alleati e nemici*, a cura di G. Maddalena, G. Tuzet, Milano, AlboVersorio, 2007, pp. 9-10; G. TUZET, *Ha senso fare previsioni normative? Pragmatismo ed etica in Calderoni*, ivi, p. 53 e ss. Si veda anche P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana. 1859-1959*, Milano, Giuffrè, 1986, spec. pp. 80-81.

blemi inesistenti, gli equivoci e i luoghi comuni, e a diradare la nebbia del vago, dell'ambiguo, del generico, chiarificando i significati dei termini impiegati nella ricerca ed evitando così le vie delle distorsioni conoscitive, delle confusioni, dei sofismi, dei *non sense* (2). Va ricordato, qui, che, per Calderoni, la filosofia nasce dal dissenso sull'applicazione delle parole e dei concetti (3).

La prospettiva di Calderoni appare tanto estranea alla cultura dominante del primo Novecento italiano, quanto vicina alla sensibilità (prevalentemente analitica) degli ambienti filosofici legati alla « svolta linguistica » del secondo Novecento (4) e alle tesi wittgensteiniane del significato come uso (5). Si trattava di ricondurre i principi della conoscenza in un alveo di rigore e correttezza metodologici.

Nella tesi di laurea in Giurisprudenza (6) Calderoni dichiara l'intento di applicare tali metodi ai problemi del diritto penale. Le analisi e le riflessioni proposte nella tesi si inseriscono nel contesto culturale ottocentesco, nel quale continua ad avere rilevanza il conflitto (che invero ha attraversato tutta la storia del pensiero filosofico occidentale) tra determinismo e indeterminismo (7), e nel dibattito, interno alla cultura giuridica penalistica italiana, tra Scuola « classica » e Scuola « positiva ».

(2) Il riferimento teorico diretto è costituito dalle riflessioni di Giovanni Vailati. Di Vailati si veda, ad esempio, *Alcune osservazioni sulle questioni di parole nella storia della scienza e della cultura* (1899), ora in G. VAILATI, *Scritti*, a cura di M. Quaranta, Bologna, Forni, 1987, vol. II, pp. 49-74.

(3) « Il bisogno di conoscere il senso di una parola o di un concetto non nasce dunque finché v'è consenso nell'uso di essa ». Così M. CALDERONI, *La filosofia del diritto* (1905), in *Scritti*, cit., vol. I, p. 276.

(4) P. BORSELLINO, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, in « Rivista critica di storia della filosofia », XXXIV (1979), 3, p. 317. L'intero fascicolo è dedicato al pensiero di Calderoni.

(5) TUZET, *Ha senso fare previsioni normative?*, cit., p. 61.

(6) La tesi, dal titolo *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, fu pubblicata dalla Tipografia Ramella di Firenze nello stesso anno della laurea: il 1901. Il testo è stato inserito negli *Scritti*, cit., vol. I, pp. 33-167.

(7) Cfr., sul punto, E. RAPETTI, *Determinismo*, in « Enciclopedia filosofica », vol. 3, Milano, Bompiani, 2006, pp. 2755-2758. Si vedano altresì L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2002<sup>7</sup>, pp. 496-498; M. DE CARO, *Il libero arbitrio. Una introduzione*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 11-16, 27-75.

I due ambiti sono legati dalla questione del « libero arbitrio ». Quello di Calderoni si pone come tentativo « conciliazionista » o « compatibilista » attraverso la ridiscussione del binomio « libertà/causazione » e la ridefinizione di tali termini (8).

La prospettiva deterministica (9) afferma la valenza generale del principio di causalità (anche in riferimento alle azioni umane): il mondo si configura come un ordine meccanico di cause ed effetti dove l'iniziativa libera non trova spazio (10); nega all'essere umano la possibilità di agire diversamente da come ha agito (a parità di condizioni) (11); nega la libertà c.d. *incondizionale* o *categorica* (per cui l'essere umano sarebbe capace di azioni alternative).

La prospettiva deterministica appare antitetica all'impostazione indeterministica, che, nelle sue varie configurazioni, si caratterizza per l'assunzione di una concezione della libertà come interruzione della causalità (esenzione dalla causalità). Per l'indeterminismo l'essere umano è libero perché dipende da lui cosa fare (le nostre azioni dipendono dalla nostra volontà). La libertà è *categorica* o *incondizionale* (12).

La seconda metà dell'Ottocento vede, nel campo della cultura penalistica italiana, contrapporsi due scuole: quella « classica » e quella « positiva » (13).

(8) Cfr., in proposito, I. POZZONI, *Libertà e diritto penale nella riflessione del pragmatismo analitico italiano*, in « Dialegesthai. Rivista telematica di filosofia », 2007, 9: <http://mondodomani.org/dialegesthai>.

(9) Cfr. BORSELLINO, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, cit., pp. 319-321.

(10) La questione della libertà viene riformulata a partire dal Seicento alla luce delle categorie concettuali forgiate dalla rivoluzione scientifica.

(11) Per un'analisi della questione relativa al « non poter agire diversamente » si veda A. ROSS, *Colpa, responsabilità e pena* (1970), a cura di B. Bendixen e P.L. Lucchini, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 257-285.

(12) BORSELLINO, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, cit., pp. 321-322. La libertà che esclude la causalità « appare simmetrica e contraria rispetto alla negazione della libertà operata dai deterministi ». Ivi, p. 327.

(13) Per un primo inquadramento sul tema cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1978<sup>10</sup>, pp. 17-39; C.F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in *Storia d'Italia. Annali 12, La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, pp. 10-17; M. SBRICCOLI, *Storia del diritto*

La Scuola classica <sup>(14)</sup> assume come cardine concettuale l'idea dell'essere umano dotato di libero arbitrio e dunque pienamente responsabile degli atti da lui posti in essere. L'individuo è ritenuto capace di compiere scelte in maniera cosciente, volontaria, autonoma. I principi della « volontà colpevole », dell'imputabilità e della retribuzione caratterizzano tale dottrina. In essa il reo è visto come assolutamente libero nella scelta delle proprie azioni e, dunque, del tutto responsabile dei propri atti, senza alcun riferimento a forme di condizionamento che possano interferire nel suo agire. L'imputabilità si pone come limite all'incriminazione. Il reato (ente giuridico astratto) è violazione cosciente e volontaria del comando penale e implica la concreta capacità di intendere il valore etico-sociale delle proprie azioni e di determinarsi liberamente alle medesime sottraendosi all'influsso dei fattori interni ed esterni <sup>(15)</sup>. La condizione e la misura della pena sono date dall'esistenza e dal grado del libero arbitrio, che fonda l'imputabilità e che si caratterizza come facoltà di autodeterminarsi secondo una libera e totale scelta della propria volontà. La pena ha una funzione etico-retributiva e deve, pertanto, essere proporzionata al reato, personale, afflittiva, determinata, inderogabile. La pena è castigo per il male commesso e ha senso se l'individuo volontariamente e consapevolmente sceglie la violazione della norma, pur avendo la possibilità di sceglierne l'osservanza. La privazione della libertà di scelta (tra bene e male) esclude la punizione. La limitazione di tale libertà comporta la diminuzione della pena.

La Scuola positiva <sup>(16)</sup> nasce e si sviluppa, in opposizione a

---

*penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, t. I, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 537-567.

<sup>(14)</sup> Come è noto, uno dei massimi esponenti di tale scuola fu Francesco Carrara. Di Carrara si veda *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena* (1859), introduzione di F. Bricola, Bologna, il Mulino, 1993.

<sup>(15)</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1979, p. 496.

<sup>(16)</sup> Uno dei massimi esponenti di tale scuola fu Enrico Ferri, che la definisce « nuova scuola italiana del diritto penale ». Di Ferri si veda almeno *La scuola positiva di diritto criminale*, Siena, Enrico Torrini, 1883. « La Scuola positiva » fu la rivista fondata nel 1891 da Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, Giulio Fioretti.

quella « classica » (17), rivendicando una nuova funzione sociale del diritto penale: la difesa della società. Tale dottrina, che si autorappresenta come manifestazione dell'indirizzo sperimentale tipico del pensiero moderno, individua il principio di causalità come criterio cardine di spiegazione dei fenomeni fisici e psichici, individuali e sociali. Il reato non è il prodotto di una scelta libera del soggetto, ma è il risultato di un insieme di cause (antropologiche, fisiche, sociali). Il reato è un'azione concreta (non un ente giuridico astratto), un fenomeno naturale e sociale, rivelatore di una personalità socialmente pericolosa. La pericolosità va intesa come probabilità che l'individuo, per certe cause, sia spinto a commettere fatti criminosi (18). Il reo è spinto da forze che agiscono dentro e fuori di lui. I provvedimenti repressivi (le sanzioni penali) devono mirare alla difesa sociale. Giocano, qui, un ruolo rilevante le misure finalizzate a prevenire ulteriori comportamenti criminali tramite l'allontanamento dalla società di coloro che delinquono e/o, laddove possibile, il loro reinserimento nella vita sociale. Tali misure devono essere proporzionate alla pericolosità del reo e devono variare, adattandosi alle tipologie del delinquente. Devono essere indeterminate nella durata e derogabili in relazione alla cessazione della pericolosità. L'approccio è quello del determinismo psichico e, poiché anche i fatti psichici sono sottoposti al principio di causalità, il libero arbitrio non ha senso, è inconsistente, è solo un'illusione (19). La nozione « classica » di imputabilità è negata, perché evocativa della

---

(17) Di « scuola classica di diritto criminale » in Italia parla lo stesso Ferri, facendo riferimento, tra gli altri, ad autori quali Cesare Beccaria, Francesco Carrara, Pietro Ellero (che fu il maestro di Ferri). Cfr., ad esempio, *La scuola positiva di diritto criminale*, cit., pp. 10-11, 14. Si veda anche E. FERRI, *La scuola criminale positiva*, Napoli, Enrico Detken, 1885, pp. 6-7.

(18) MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 498.

(19) *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio* è il titolo della tesi di laurea di Ferri del 1877 (pubblicata nel 1878 presso la tipografia G. Barbèra di Firenze). Per Ferri, 'libero arbitrio' (o libertà morale o libertà volitiva) indica « la facoltà per cui l'uomo può volere una determinata cosa piuttosto che un'altra, indipendentemente da ogni causa o motivo, esterno o interno, che lo determini necessariamente a quella data volizione o decisione della volontà. Questa è appunto la libertà che forma l'oggetto della tanto dibattuta questione, e si esprime così: io posso voler fare questa cosa o quella, a mio piacere, all'infuori ed in opposizione ad ogni motivo, a qualsiasi causa necessaria, fisica o psichica, esterna od interna ». Le frasi, tratte da *La teorica dell'imputabilità e la*

« colpa morale » (che presuppone la libertà nella determinazione della volontà), mentre va affermata una nozione di responsabilità connessa all'idea che l'autore di un delitto deve rispondere per esso di fronte alla società (l'individuo è imputabile, e quindi responsabile, perché vive in società) <sup>(20)</sup>.

## 2. *Libero arbitrio e responsabilità penale.*

La controversia tra Scuola positiva e Scuola classica sta al centro dello scritto di Calderoni del 1901. Nel confronto tra le due prospettive, i punti teorici affrontati sono: 1) la questione del libero arbitrio, postulato dalla Scuola classica come fondamento dell'imputabilità, e negato dall'altra Scuola; 2) la giustificazione del diritto di punire, che la Scuola classica pone nella giustizia, e la Scuola positiva nell'utilità, nella necessità della società di difendersi dai suoi nemici (da coloro che ne ledono il benessere e la tranquillità), facendo sì che essi non possano nuocere <sup>(21)</sup>.

Si tratta, invero, di temi che trascendono la sfera del diritto penale e che investono il modo di concepire la morale. Tali temi, peraltro, toccano anche aspetti centrali riguardo al metodo da assumere nello studio del diritto penale. Per i fautori della Scuola positiva, infatti, assume rilevanza non più la considerazione astratta del reato quanto l'attenzione concreta al delinquente e a tutte le cause che lo spinsero a delinquere. Il metodo, pertanto, non deve essere diverso da quello adoperato per lo studio dei fenomeni naturali e deve dunque essere basato sull'osservazione e l'esperimento. In tal modo è possibile acquisire una conoscenza chiara del modo di prodursi e di svolgersi dei fenomeni e delle leggi che li governano, sì da poter intervenire nella realtà sociale <sup>(22)</sup>.

---

*negazione del libero arbitrio*, sono riportate in CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., p. 88.

<sup>(20)</sup> Per una puntuale analisi del pensiero di Ferri in tema di responsabilità si rinvia a I. MARCHINI, *La responsabilità legale*, in *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, a cura di P. Pittaro, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2012, pp. 17-32.

<sup>(21)</sup> CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., pp. 41-42.

<sup>(22)</sup> Ivi, p. 43.

Calderoni, al riguardo, avanza dei dubbi sulla applicabilità di tale metodo alla sfera del diritto penale. In generale, riconosce che molte premesse della Scuola positiva sono degne di considerazione e anche di adesione, ma sottolinea che molte delle conseguenze che essa ne trae sono inesatte o errate e, invero, non adeguate all'oggetto di indagine.

L'argomentazione di Calderoni inizia prendendo in esame proprio la questione del libero arbitrio, che si connette al problema, di evidente importanza pratica, della responsabilità penale.

In generale, alla luce della dogmatica penalistica, tale responsabilità presenta tre condizioni soggettive: *a*) la personalità o suità dell'azione, che designa l'ascrivibilità materiale del reato alla persona del suo autore; *b*) l'imputabilità o capacità penale, che designa una condizione psico-fisica del reo consistente nella sua capacità in astratto di intendere e di volere; *c*) l'intenzionalità o colpevolezza in senso stretto, che designa la coscienza e la volontà del concreto reato, e che può assumere la forma del dolo o della colpa o della preterintenzione. L'elemento oggettivo del reato è composto, invece, *a*) dall'azione (condotta offensiva del reo), che può essere sia commissiva sia omissiva; *b*) dal suo evento (il danno o il pericolo causalmente prodotti dall'azione) (23).

La questione del libero arbitrio, invero, ha affaticato l'ingegno umano ed è una questione (controversa) che sembra irrisolvibile. Essa ruota intorno alle seguenti domande: «l'uomo può *determinarsi da sé* ad agire in un modo piuttosto che in un altro?»; «può scegliere *liberamente* il male e il bene?»; «può essere, perciò, ritenuto responsabile dei propri atti?» (24).

Entra in gioco, qui, il tema della causalità nelle azioni umane (all'uomo, in quanto dotato della facoltà di volere, è applicabile il principio di causalità?). Se si assume che l'uomo sfugga alla «legge di necessità» (che governa tutti quanti gli altri esseri), allora si deve concludere che egli è «veramente libero», ossia «assolutamente» libero. Se, invece, si asserisce che la causalità operi anche nel campo

(23) Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 493-495, 734.

(24) CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., p. 45.

delle azioni umane, non è possibile parlare di libertà e va rifiutata la responsabilità (sia morale sia giuridica) <sup>(25)</sup>.

Il dilemma, invero, appare irresolubile. La prima prospettiva conduce ad una concezione « quasi miracolistica » della volontà, distaccata da ogni suo antecedente e non suscettibile di alcuna conoscenza scientifica; la seconda sembra approdare ad un fatalismo « più o meno larvato ». Volontà e fato si configurano, così, come « potenze antagonistiche » <sup>(26)</sup>. Si tratta — come sottolineava Manzini — di due speculari « metafisiche » (quella carrariana e quella ferriana) che si incontrano e si contendono il campo del diritto penale <sup>(27)</sup>.

Calderoni avanza seri dubbi sulla inevitabilità di questo dilemma. L'analisi del linguaggio ordinario centrato sull'uso delle parole (nella loro evoluzione e nelle differenti sfumature di significato assunte nel tempo <sup>(28)</sup>), e sull'attenzione alle « questioni di parole » (che sono, nello stesso tempo, anche questioni di pen-

---

<sup>(25)</sup> Ivi, pp. 45-46. Per Enrico Ferri (*La scuola criminale positiva*, cit., p. 15), il concetto di responsabilità, secondo la Scuola classica e « le legislazioni positive che la formulano », s'incardina tutto sull'idea del libero arbitrio o della libera volontà individuale, dominante e non dominata. Questo concetto invece non può essere accettato dalla Scuola positiva, la quale, « a nome e per ingiunzione scientifica della fisio-psicologia sperimentale, non può ammettere nell'uomo una simile potenza di libera volontà, superiore alla naturale e necessaria determinazione delle cause, fisiche, fisiologiche e psichiche, che ad ogni istante premono sull'individuo, che delibera ed agisce ». Il criterio della libertà morale come condizione di responsabilità penale è visto come detrito di idee passate, ispirate all'espiazione religiosa, che nel campo strettamente giuridico non hanno più ragion d'essere. « La società ritiene responsabile ogni individuo di ogni e qualunque azione da lui compiuta e reagisce a questa in modo utile o dannoso a chi l'ha compiuta, secondo che essa è utile o dannosa alla società, in mezzo a cui fu compiuta [...] Abbia o no senso morale, abbia o no libertà morale nel compiere il delitto: chi lo compie è individuo pericoloso, antisociale e la società reagisce contro di lui, per un bisogno innegabile della propria difesa o conservazione ». Ivi, p. 17.

<sup>(26)</sup> CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., pp. 46-47.

<sup>(27)</sup> Cfr. V. MANZINI, *La crisi presente del diritto penale*, Ferrara, Tip. Taddei, 1900, p. 4.

<sup>(28)</sup> Scrive CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., p. 56: « numerose espressioni, pure avendo per tutti la medesima *estensione*, non hanno per tutti la medesima *comprensione* ».

siero) <sup>(29)</sup>, rappresenta lo strumento per superare tale dilemma <sup>(30)</sup>.  
È solo

sollevando una ‘questione di parole’ che le nostre idee sul libero arbitrio e i suoi rapporti colla responsabilità morale e giuridica potranno farsi chiare; ed è dal non averla sollevata per tempo che dipende, in gran parte, lo sterile dispendio di forze intellettuali che intorno a questa questione si è prodotto <sup>(31)</sup>.

La questione del libero arbitrio mostra come l’influenza di un linguaggio poco preciso renda pressoché insolubili certi problemi. Si tratta, dunque, di superare la non sufficiente accuratezza in relazione a cosa si intende dire con le parole. Le parole salienti, qui, sono: causa, necessità, libertà.

La domanda « esiste il libero arbitrio? » ha senso solo se si chiarisce che cosa si intende — o si deve intendere — per « libero arbitrio ». Assume rilevanza, allora, l’analisi degli usi — nel tempo — dell’espressione. Ed è questo il percorso seguito da Calderoni.

In origine, « libero arbitrio » indicava la libertà pratica, la facoltà di scegliere *volontariamente*, fra le diverse azioni, quella che si preferisce e « di menare ad esecuzione il verdetto della volontà » <sup>(32)</sup>. La questione riguardava il « se » e il « fino a che punto » l’essere umano possa volere ciò che fa. Ma essa venne trasportata — così scrive Calderoni — « in una sfera più alta », quella della « libertà metafisica », che fu fatta consistere nell’indipendenza più

---

<sup>(29)</sup> Qui sono in opera gli assunti del pragmatismo critico, logico, che accomuna Vailati e Calderoni.

<sup>(30)</sup> Analisi del linguaggio e analisi dei processi ragionativi si legano strettamente nel pragmatismo logico di Calderoni. Cfr. G. PAPINI, *Prefazione*, in *Scritti di Mario Calderoni*, cit., vol. I, p. XIII.

<sup>(31)</sup> Così CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., p. 52. Il riferimento a Hume è, qui, evidente. Per Hume, infatti, la controversia sulla questione intorno a libertà e necessità ha « girato soltanto su parole ». Cfr. D. HUME, *Ricerca sull’intelletto umano* (1748), in ID., *Opere filosofiche*. 2, a cura di E. Lecaldano, Bari, Laterza, 1992, pp. 87 (da cui traggio la citazione), 89, 101. Il tema è affrontato nella *Sezione ottava della Ricerca sull’intelletto umano*, dal titolo *Libertà e necessità*.

<sup>(32)</sup> CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., p. 61. Per Aristotele, l’atto volontario implica il libero intervento della scelta (*Etica Nicomachea*, III). La scelta è un desiderio deliberato di cose che dipendono da noi.

assoluta da ogni vincolo di causalità<sup>(33)</sup>. La teologia cristiana giocò un ruolo preminente nel considerare l'indipendenza dalla causalità quale *essenza* dell'atto volontario e fondamento della responsabilità etica (nonché giuridica)<sup>(34)</sup>. Ne nacque la credenza che alla responsabilità morale dell'essere umano non bastasse la libertà « fisica », pratica, ma fosse necessaria una libertà « più elevata e recondita », superiore.

Ma — è questa l'opinione di Calderoni — se il problema della libertà è solo quello della volontarietà, allora ogni riferimento a una libertà « ulteriore », più profonda, più vera, implica un impiego abusivo del termine che va scartato<sup>(35)</sup>.

Le parole, peraltro, hanno un significato consacrato dall'uso e distinguere tra atti liberi e atti non liberi serve nella vita quotidiana, nel nostro accostarsi alla realtà dei fenomeni, formulando giudizi, che sarebbe assurdo pensare siano privi di senso.

L'opera di purificazione (di pulizia) volta a eliminare ogni indeterminatezza o ambiguità non può implicare l'allontanamento dal significato che il linguaggio comune attribuisce alle parole. E, nel linguaggio comune, nell'uso comune, la libertà di scelta rinvia alla nostra facoltà di volere una cosa piuttosto che un'altra e di eseguire la nostra determinazione volontaria<sup>(36)</sup>.

Ciò che il senso comune ha in ogni tempo postulato non è la libertà 'metafisica', consistente nell'essere sciolti da ogni vincolo di 'causalità', ma la libertà pratica, 'fisica', di fare ciò che vogliamo<sup>(37)</sup>.

<sup>(33)</sup> CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., p. 62.

<sup>(34)</sup> Ivi, p. 72 e ss. Come è noto, il problema del libero arbitrio — sconosciuto nella filosofia antica — e la sua introduzione nascono nel pensiero cristiano, di fronte alla difficoltà di conciliare l'esistenza del male nel mondo con la credenza nella bontà, preveggenza, onnipotenza e giustizia divine.

<sup>(35)</sup> Ivi, p. 63.

<sup>(36)</sup> Ivi, p. 65. Come sottolinea Tommaso d'Aquino (*Le questioni disputate*. Vol. III. *La verità*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 1993, q. 22, art. 6, p. 125), la libertà della volontà va considerata *in rapporto all'atto* (in quanto può volere o non volere), *in rapporto all'oggetto* (in quanto può volere questa o quella cosa e anche il suo opposto), *in rapporto all'ordine del fine* (in quanto può volere il bene o il male).

<sup>(37)</sup> Così CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., p. 66. Si noti come il richiamo al senso comune sia debitore nei confronti della tradizione filosofica scozzese. Cfr. M. CALDERONI, *La previsione nella teoria della conoscenza* (1907),

Qui trova fondamento la responsabilità dell'essere umano di fronte al suo simile per le azioni commesse.

Si tratta, dunque, di prendere in considerazione due problemi distinti (e suscettibili, ciascuno, di soluzioni opposte). Da una parte, la questione se le nostre azioni dipendano dalla nostra volontà (o meglio, quali sono le azioni che ne dipendono e fino a che punto siamo liberi e pertanto responsabili). Dall'altra parte, la questione se alle nostre azioni sia o no applicabile il principio di causalità. Chi nega tale applicabilità asserisce che i fenomeni della nostra mente, che sono gli antecedenti dell'azione volontaria, posseggano una fondamentale e irrimediabile irregolarità, cioè che una sicura previsione dei loro effetti non si ha e non si potrà mai avere.

Rimane il fatto che il dilemma tra la credenza nella assoluta *imprevedibilità* degli atti volontari e l'accettazione di un fatalismo escludente ogni responsabilità morale (e distruttore di tale responsabilità) è un falso dilemma <sup>(38)</sup>.

Diritto e morale richiedono che un atto sia l'emanazione del carattere e della personalità cosciente di un individuo che valuta i motivi. La suscettibilità al motivo, cioè l'attitudine ad agire in modo diverso a seconda della previsione delle conseguenze dei nostri atti — scrive Calderoni — « ben lungi dall'essere un argomento *contro* la libertà e la responsabilità, è piuttosto la prova di essa » <sup>(39)</sup>.

### 3. *L'atto volontario e la previsione.*

I temi del libero arbitrio e della responsabilità rinviano alla questione della volontà e dell'atto volontario.

Cos'è un atto volontario? Perché solo esso è atto responsabile? Riprendendo la definizione di Aristotele, è volontario quell'atto il cui principio risiede nell'agente stesso, « se conosce le circostanze particolari in cui si svolge l'azione » <sup>(40)</sup>. Volontario è quell'atto che

---

in *Scritti*, cit., vol. II, p. 5, dove si afferma che la filosofia ha importanti relazioni con il senso comune.

<sup>(38)</sup> CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., pp. 91-92.

<sup>(39)</sup> Ivi, p. 94.

<sup>(40)</sup> *Etica Nicomachea*, III, 1, 1111a, 23-24.

designa ciò che noi facciamo senza esservi costretti da una necessità qualsiasi. Involontarie sono quelle cose che noi facciamo per forza maggiore, per costrizione (cause esteriori) o per ignoranza. Lo stesso Aristotele osserva, però, che non possiamo chiamare involontari gli atti originati da collera e dal desiderio <sup>(41)</sup>. Allora va evidenziato che impulsi, istinti, passioni sono elementi che originano la volizione e senza i quali gli atti volontari sarebbero inintelligibili <sup>(42)</sup>. Ma, affinché si possa parlare di atti volontari, tali impulsi devono essere preceduti o accompagnati dalla coscienza (« chiara e lucida ») dell'atto che sta per seguire, insieme ad una visione (« più o meno netta, più o meno penetrante ») delle sue conseguenze <sup>(43)</sup>.

Per spiegare la produzione dell'azione volontaria Calderoni — richiamando Brentano — fa riferimento alla nozione di credenza, intesa come giudizio che formuliamo sulle cose <sup>(44)</sup> e che implica la considerazione delle conseguenze certe o probabili in relazione all'atto che si compie o sta per compiersi. L'atto volontario richiede che tali giudizi figurino fra le *cause* dell'atto stesso e che possano sospenderne o modificarne la produzione <sup>(45)</sup>. La credenza, dunque, è il precedente causale dell'atto volontario <sup>(46)</sup>. La volontà si pone come effetto di credenze <sup>(47)</sup>.

È dal momento in cui nasce la possibilità che l'impulso sia frenato dalla previsione delle conseguenze (la rappresentazione degli effetti desiderabili o dolorosi) che l'azione può essere definita volontaria <sup>(48)</sup>.

La volontà, così, riguarda l'influenza sui nostri atti dei giudizi

---

<sup>(41)</sup> Ivi, III, 1, 1111a, 24-25.

<sup>(42)</sup> CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., p. 96.

<sup>(43)</sup> Ivi, p. 97.

<sup>(44)</sup> Ivi, p. 98.

<sup>(45)</sup> Ivi, p. 99 e ss.

<sup>(46)</sup> Ivi, p. 114. Opera, qui, una forma di determinismo che Calderoni definisce « bene inteso » (p. 116).

<sup>(47)</sup> Cfr. TUZET, *Ha senso fare previsioni normative?*, cit., pp. 64-65. « L'azione volontaria è quella che può essere provocata o modificata dalla previsione di ciò che ne seguirebbe, in altri termini dalle credenze sui suoi effetti o conseguenze ».

<sup>(48)</sup> CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., p. 107. Di Calderoni cfr. anche *La volontarietà degli atti e la sua importanza sociale* (1907), in *Scritti*, cit., vol. II, pp. 39-42.

che formuliamo intorno agli atti stessi (49). Ciò presuppone, inoltre, l'esistenza di impulsi, tendenze, preferenze che sono fenomeni distinti dalle credenze (dai giudizi). Libertà e causalità sono connesse nella nozione di volontarietà.

Tutto ciò rileva al fine della ridefinizione della responsabilità, che va concepita dinamicamente ed evoluzionisticamente in quanto concetto articolato e complesso che richiede un approccio pluridisciplinare, aperto a diverse prospettive (50), e che ha nella volontarietà delle azioni il suo fondamento (51).

Le azioni volontarie sono quelle su cui influiscono i nostri giudizi in relazione alle loro conseguenze; sono quelle che possono essere provocate o modificate dalla previsione di ciò che ne seguirebbe (ossia dalle credenze sui suoi effetti o conseguenze) (52). Volontari e dunque responsabili sono gli atti che possono essere preveduti e la cui previsione influisce sulla loro produzione (53).

Volontarietà e previsione si connettono. La previsione costituisce lo strumento concettuale idoneo a dar conto delle questioni riguardanti l'imputabilità e la responsabilità (54).

Con il termine « responsabilità » si allude a conseguenze determinate che certi atti arrecano o dovrebbero arrecare a noi o agli altri (a situazioni che ci attendiamo come effetto di un nostro determinato atto). L'imputabilità è un elemento costitutivo della responsabilità. Tali conseguenze sono artificiali, prodotte, create dai

(49) CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., p. 108.

(50) Ivi, pp. 156-157, 166.

(51) BORSSELLINO, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, cit., p. 345.

(52) TUZET, *Ha senso fare previsioni normative?*, cit., p. 65.

(53) M. CALDERONI, *Intorno alla distinzione fra atti volontari ed involontari* (1905), in *Scritti*, cit., vol. I, pp. 270-272. Scrive CALDERONI, *Forme e criteri di responsabilità* (1908), in *Scritti*, cit., vol. II, pp. 85-86: « L'atto volontario è quello da cui è possibile astenersi in vista delle sue conseguenze ».

(54) Si tratta di un'applicazione della massima pragmatica — enunciata da Peirce — che può essere così riassunta: « il significato di x sta nelle conseguenze di x ». Cfr. TUZET, *Ha senso fare previsioni normative?*, cit., p. 54. Secondo C.S. PEIRCE, *Scritti scelti*, a cura di G. Maddalena, Torino, Utet, 2005, p. 215, « La nostra idea di qualcosa è l'idea dei suoi effetti sensibili [...] la concezione di questi effetti è l'intera nostra concezione dell'oggetto ». Sul punto v. M. CALDERONI, *Variazioni sul pragmatismo* (1905), in *Scritti*, cit., vol. I, pp. 239-240, 246-247, nonché PAPINI, *Prefazione*, cit., p. XIV.

membri di una collettività in modo più o meno consapevole anche (se non prevalentemente) mediante « norme di condotta »<sup>(55)</sup>. Tali norme presentano gradi diversi di costanza, fissità, generalità e possono essere diversamente elaborate, sanzionate, modificate. L'esistenza di una norma di condotta è sempre più o meno indizio di certe responsabilità, così come l'esistenza, in un determinato ambiente, di determinate responsabilità è indizio dell'esistenza di una norma<sup>(56)</sup>.

La norma è un comando che si contraddistingue per essere « un'indicazione preventiva dell'approvazione o della riprovazione » relative a certi atti. Si traduce, così, « in conseguenze di determinata natura » (castighi, pene, premi, ricompense, lodi, biasimo) promesse o minacciate<sup>(57)</sup>. La responsabilità giuridica si esprime e si manifesta mediante organi e procedure speciali (legislazione, giurisdizione) e si fa valere per lo più mediante la forza fisica<sup>(58)</sup>.

Calderoni assume, dunque, una concezione imperativistica del diritto. L'attenzione è rivolta ai motivi dell'azione, che la influenzano, ma che, propriamente, non la guidano.

Solo l'azione volontaria potrà essere impedita dalla previsione di un male (vicino o lontano). Fra le previsioni che possono influenzare le azioni volontarie vi sono quelle connesse alla rappresentazione delle norme (moralì e/o giuridiche) e delle conseguenze (negative o positive) comportate, rispettivamente, dalla loro violazione o dal loro rispetto<sup>(59)</sup>.

Ora, affinché un individuo possa essere riconosciuto respon-

(55) CALDERONI, *Forme e criteri di responsabilità*, cit., pp. 58-61; BORSELLINO, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, cit., p. 340.

(56) CALDERONI, *Forme e criteri di responsabilità*, cit., p. 60.

(57) Ivi, p. 71.

(58) Ivi, p. 61. La responsabilità morale, invece, « non si concreta se non nei provvedimenti diversi, e non sempre meno efficaci, della riprovazione, del biasimo, del disonore, e non attraverso organi specializzati ma per mezzo dell'opinione pubblica o privata ».

(59) BORSELLINO, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, cit., p. 339. Scrive CALDERONI, *Forme e criteri di responsabilità*, cit., p. 68: « La nozione di atto volontario trova [...] la sua ragione d'essere nel fatto che la condotta degli uomini 'dipende' in una certa misura (differente per uomini differenti e per il medesimo uomo in circostanze differenti) dalla loro *previsione o aspettazione* degli effetti, prossimi o remoti, delle loro azioni, ossia nel fatto che le nostre speranze e i nostri

sabile, occorre che l'azione sia *in suo potere*. E tale azione ha a che fare con il nostro apprezzamento sulla sua desiderabilità, considerando diverse azioni possibili che si presentano come alternative <sup>(60)</sup>. La desiderabilità che conduce alla preferibilità dell'azione deriva dai fini che si intendono perseguire.

#### 4. *Compatibilismo e garantismo.*

L'impostazione generale assunta da Calderoni è quella riconciliazionista o compatibilista, che ha in Hume un importante esponente. Per Hume la libertà riguarda le azioni che, per essere libere, devono seguire, senza costrizioni o impedimenti, la nostra volontà, ma non riguarda la volontà medesima (né le scelte da essa operate). Volontà e scelta sono determinate dalla nostra storia, dalla nostra esperienza, dalle circostanze, dal carattere, dalle passioni, dalle affezioni interne, dagli influssi ambientali e familiari che ci hanno formato. Le azioni sono determinate dalla volontà umana, che, a sua volta, è determinata da fattori esterni all'agente <sup>(61)</sup>.

Il programma del compatibilismo o riconciliazionismo è quello di mostrare che il contrasto tra determinismo e indeterminismo è solo un contrasto su parole e può essere risolto ridefinendo la due nozioni chiave: causalità e libertà <sup>(62)</sup>.

La causalità (alla quale non sfuggono le azioni umane) viene ridefinita come congiunzione costante di un fenomeno anteriore e di un fenomeno conseguente.

La libertà viene ridefinita come potere di agire in accordo con i propri desideri e le proprie inclinazioni, al di fuori di impedimenti

---

timori delle conseguenze dei nostri atti figurano fra le *cause* che concorrono a determinarli od impedirli ».

<sup>(60)</sup> CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., p. 114.

<sup>(61)</sup> HUME, *Ricerca sull'intelletto umano*, cit., Sezione ottava, pp. 100-102, 105. Cfr. DE CARO, *Il libero arbitrio. Un'introduzione*, cit., pp. 60-61, 68, 70; BORSSELLINO, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, cit., pp. 324-325.

<sup>(62)</sup> P. BORSSELLINO, *Intervento*, in *La responsabilità politica. Diritto e tempo*, Atti del XIII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Pavia - Salice Terme, 28-31 maggio 1981, a cura di R. Orecchia, Milano, Giuffrè, 1982, p. 174.

e costrizioni <sup>(63)</sup>. Essa, dunque, non è incompatibile con la causalità delle azioni umane.

Tali azioni stanno, infatti, in una connessione (regolare, uniforme) con la situazione interna dell'agente, con i suoi desideri e inclinazioni <sup>(64)</sup>.

La libertà, allora, non va messa in soffitta in quanto fortemente connessa ad aspetti rilevanti della vita umana (attribuzioni di responsabilità, giudizi morali, pratiche punitive, ecc.). Si tratta, infatti, di un assunto basilare dell'esperienza degli esseri umani <sup>(65)</sup>. L'essere responsabili (il poter rispondere di ciò che si fa) implica la postulazione della libertà di scelta. Questa postulazione è parte fondante dell'interazione tra le persone. L'istituzione/ascrizione della libera scelta serve per definire la responsabilità della condotta, le valutazioni, le sanzioni. L'assunzione della libera scelta non solo consente regole sociali di ascrizione di responsabilità, ma ha un impatto reale sulla condotta, cambiandola, conformandola <sup>(66)</sup>.

La libertà è un presupposto imprescindibile dell'etica e si collega ai temi della giustificazione del diritto di punire e del metodo nelle discipline penalistiche.

<sup>(63)</sup> Chi nega il libero arbitrio non elimina ma muta il concetto di volontà, negandole la proprietà di essere priva di cause e, pertanto, ritiene non opportuno parlare di libertà per azioni che, se pur volontarie, non sono prive di cause. Cfr. BORSELLINO, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, cit., p. 330.

<sup>(64)</sup> Non viene affrontata, in questa prospettiva, la domanda se i desideri e le inclinazioni, che sono cause dell'azione, siano essi stessi causati.

<sup>(65)</sup> Valga, al riguardo, quanto scrive H.L.A. HART, *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto* (1968), introduzione di M. Jori, Milano, Edizioni di Comunità, 1981, pp. 208-209, a proposito del principio di responsabilità. Tale principio si lega alla capacità di prevenire e pianificare il corso futuro delle nostre vite all'interno delle strutture coattive del diritto. «Infatti il sistema che rende dipendente da un atto volontario l'assoggettabilità alla sanzione giuridica, non solo massimizza la capacità degli individui di determinare il proprio futuro destino mediante una propria scelta; ma massimizza anche la loro capacità di identificare in anticipo lo spazio che verrà loro lasciato dalle interferenze del diritto». Il diritto che fa dipendere l'assoggettabilità alla pena da un atto volontario richiede l'esercizio delle capacità di autocontrollo. La società umana è una società di persone che interpretano le azioni come manifestazioni di intenzioni e scelte.

<sup>(66)</sup> Sul tema si rinvia alle notazioni di C. CASTELFRANCHI, *NeuroNorme: per un approccio non riduzionista. Cosa cercare e non cercare nel cervello*, in « Rivista di filosofia del diritto », 2014, numero speciale, pp. 35-36.

Considerando il tema della giustificazione del diritto di punire, la responsabilità (morale e giuridica) assume un carattere normativo, ascrittivo (non certo predittivo). Il problema è chi *deve* essere punito (o premiato) per gli atti compiuti. L'imputazione di tali condotte è possibile solo in base ad un ordinamento normativo.

Va evidenziata, qui, una certa ambiguità nel pensiero di Calderoni. La volontarietà dell'atto si pone come antecedente inferenziale della responsabilità. L'imputazione di una sanzione ne è il suo conseguente inferenziale. Il criterio della prevedibilità, però, spiega come venga determinato l'antecedente fattuale, non il conseguente normativo. Fare previsioni normative ha senso a fini conoscitivi, cioè allo scopo di sapere che cosa (probabilmente) accadrà in seguito all'applicazione o meno di certe norme. Non ha senso, invece, a scopo definitorio, né giustificativo. Le previsioni non ci danno il significato dei concetti normativi (67).

L'attribuzione di responsabilità, che ha nella determinazione causale della volontà il proprio presupposto, comporta una valutazione e una decisione (68).

La dimensione valutativa, invero, assume un posto centrale nella giustificazione del diritto di punire e, come Calderoni nota opportunamente, l'approccio utilitaristico della Scuola positiva (la pena si fonda sulla pericolosità del delinquente; il diritto di punire si basa sulla necessità o utilità per la società di difendersi da chi ne mina l'esistenza o il benessere) non sfugge a tale dimensione etica (69). La difesa sociale costituisce un valore che, come qualsiasi altro valore, la scienza non può giustificare.

Peraltro, la « difesa della società », in quanto espressione vaga e indeterminata, dà adito al pericolo continuo di violazioni e soprusi nell'esercizio dell'azione penale. Calderoni propende per la prospettiva « classica », che ruota intorno alla nozione di « tutela giuri-

---

(67) Riprendo, qui, quanto evidenziato da TUZET, *Ha senso fare previsioni normative?*, cit., pp. 54, 66-68.

(68) BORSELLINO, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, cit., p. 341.

(69) CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., pp. 125-127.

dica » (70). La pena è una minaccia di un male effettivo per l'agente ed è un mezzo per soddisfare l'esigenza di distogliere l'individuo dalla violazione del diritto, fornendo nuovi motivi a certe azioni (71). La minaccia della sanzione è motivo di inibizione dell'azione criminosa (e incentivo a non violare il diritto) (72). La tutela giuridica di determinati fini (presenti nella coscienza individuale e sociale) giustifica meglio il diritto di punire e costituisce anche un riferimento per la limitazione dello stesso diritto (73). Tra tali fini vi è quello del rispetto dell'individualità umana (74).

Il diritto — scrive Calderoni, riprendendo Vico — ha bisogno del *certo* e il certo si ottiene fissando limiti e categorie generali e astratte (75). La pena, dunque, deve essere eseguita quale fu stabilita dalla legge e non in base ad una presunta temibilità (pericolosità) del reo. Il riferimento al reato come *ente giuridico* è espressione della necessità di una determinazione legale del diritto e del valore comparativo dei delitti tra loro e con le rispettive pene. Tutto ciò « a scopo di pubblica garanzia » (76).

Il metodo del diritto penale (basato su astrazioni e generalizzazioni, e su una inevitabile valutatività) è funzionale a questa essenziale esigenza garantistica.

La Scuola positiva sostituisce al metodo che considera il reato come ente astratto, rapporto di contraddizione tra il comportamento

(70) Ivi, p. 128.

(71) Ivi, p. 131. Calderoni aderisce alla teoria dell'intimidazione. Tale teoria è accolta, tra gli altri, in Italia, da G.D. ROMAGNOSI, *Genesis del diritto penale* (1791), a cura e con Saggio introduttivo di R. Ghiringhelli, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 227-228 (§ 395), p. 234 (§ 410), e, in area tedesca, da P.J.A. FEUERBACH, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano* (1798), a cura di M.A. Cattaneo, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 104-105, 108-112.

(72) Cfr. CALDERONI, *La volontarietà degli atti e la sua importanza sociale*, cit., pp. 45-47, 49-50. Dello stesso autore si veda *Forme e criteri di responsabilità*, cit., p. 72.

(73) Il diritto di punire riveste, invero, una costante centralità in relazione al tema della limitazione del potere a garanzia della libertà individuale.

(74) BORSSELLINO, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, cit., p. 344.

(75) CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., p. 148.

(76) Ivi, p. 149.

e la norma (77), il metodo dell'osservazione e dell'esperimento. Sostituisce allo studio formale proprio del giurista, che assume come punto di riferimento le regole in base alle quali ai comportamenti qualificati come leciti o illeciti vengono imputate sanzioni, la ricerca empirica delle connessioni causali propria dello scienziato sociale, che assume le regole solo per spiegare il comportamento stesso o per studiare il loro effetto sulla condotta (78). Ma, in tale modo, l'etica è fagocitata nella scienza (79).

Il diritto penale valuta (e indirizza) determinate condotte umane. Opera secondo meccanismi di astrazione, di constatazione delle somiglianze e di elaborazione di medie (nelle quali l'astrazione si trova continuamente implicata) (80). Osservazione e controllo (sperimentale) sono solo elementi secondari e accessori all'interno del metodo dell'astrazione assunto dalla scienza penalistica. Tale scienza è normativa e fa riferimento a classi o schemi simbolici idonei ad includere/escludere fatti concreti. Essa costituisce schemi e sistematizza concetti. La scienza penalistica è attività di astrazione su base concreta.

Ridurre, inoltre, il giudizio penale ad un esame della temibilità dell'individuo (cosa che la Scuola positiva propugna) significa eliminare una delle più valide garanzie della libertà individuale faticosamente acquisite in epoche recenti: la garanzia della libertà contro gli arbitrii di qualunque specie (81).

Emerge la « vena » garantistica, liberale, di Calderoni. La pena raggiunge il suo « massimo d'efficacia » quando la minaccia penale è rivolta a tutti coloro che compiono volontariamente un reato e quando è *rafforzata* dalla promessa d'impunità per tutti quelli che o non l'hanno compiuto o l'abbiamo compiuto involontariamente (82).

(77) Per CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., pp. 73-74 (§§ 32-36), il delitto non è un ente di fatto, ma un ente giuridico ed ente giuridico è « il rapporto *contraddittorio* tra il fatto dell'uomo e la legge ». Ivi, p. 73 (§ 35).

(78) BORSELLINO, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, cit., p. 345.

(79) Ivi, p. 327.

(80) CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, cit., p. 143.

(81) Ivi, pp. 150, 154.

(82) Scrive CALDERONI, *La volontarietà degli atti e la sua importanza sociale*, cit., p. 52: « l'evoluzione subita dal diritto penale [...] è stata precisamente nella direzione di

Queste considerazioni d'efficacia, però, non sono sufficienti. Valgono anche altre considerazioni che riguardano la dimensione « umanitaria », « liberale », connessa al diritto di punire. Rileva, in proposito, l'apprezzamento della pena come un male da restringere quanto più è possibile ai casi in cui essa appaia strettamente necessaria (a tutela dei diritti dell'essere umano) <sup>(83)</sup>.

Calderoni anticipa, qui, il modello normativo del « diritto penale minimo » <sup>(84)</sup>, finalizzato a una duplice funzione: alla prevenzione generale dei delitti e alla prevenzione generale delle pene arbitrarie e sproporzionate.

La restrizione della responsabilità penale alle azioni volontarie rende più efficaci le punizioni e le rende meno oppressive per l'individuo <sup>(85)</sup>.

La subordinazione di tale responsabilità alle azioni volontarie, da questo punto di vista, si pone come uno degli elementi che contraddistinguono gli ordinamenti liberali.

---

assicurare agli individui sempre maggior garanzia di non esser puniti se non per gli atti che abbiano deliberatamente ed espressamente voluti ».

<sup>(83)</sup> CALDERONI, *Forme e criteri di responsabilità*, cit., pp. 73-76. Viene revocata in dubbio la teoria dell'esemplarità della pena, basata su considerazioni di utilità.

<sup>(84)</sup> L'espressione « diritto penale minimo » è stata introdotta da Luigi Ferrajoli facendo riferimento, insieme, ad una dottrina metateorica di giustificazione dei sistemi penali e ad un modello teorico di un diritto penale garantista. Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 325-332. Dello stesso autore si veda Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*. 2. *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 356-361.

<sup>(85)</sup> CALDERONI, *Forme e criteri di responsabilità*, cit., pp. 76-78.

ROBERTO BARTOLI

SCUOLA POSITIVA E SCUOLA CLASSICA  
DEL DIRITTO PENALE  
NELLA PROSPETTIVA DI MARIO CALDERONI

1. Considerazioni introduttive. La 'fonte' de *I postulati*. — 1.1. Scuola positiva e scuola classica: la duplice prospettiva di Calderoni, penalistica ed epistemologica. — 1.2. Il contesto storico-penalistico in cui si inserisce la riflessione di Calderoni. — 2. La 'posizione articolata' di Calderoni e il personalismo che la ispira. — 3. Il rapporto 'positivisti/classici' nella prospettiva penalistica. La questione del libero arbitrio. — 3.1. La questione della giustificazione del diritto penale. — 4. Il rapporto 'positivisti/classici' nella prospettiva epistemologica. La netta contrapposizione tra le scuole sulle questioni del metodo e delle garanzie. — 4.1. I limiti della scuola classica e il loro superamento mediante l'integrazione con la scuola positiva. — 5. Uno sguardo all'attualità: neuroscienze e diritto penale alla luce della 'lezione' di Calderoni.

1. *Considerazioni introduttive. La 'fonte' de I postulati.*

Al fine di inquadrare meglio il tema che mi è stato assegnato, ritengo opportuno compiere tre considerazioni preliminari. Anzitutto, si deve precisare che le mie riflessioni muoveranno essenzialmente dall'opera di Calderoni *I postulati della scienza positiva e il diritto penale* (1). Se è vero che Calderoni si occupa dei rapporti tra positivismo e diritto penale anche in altri lavori (si veda, in particolare, *Forme e criteri di responsabilità* (2)), tuttavia l'unica opera in cui positivisti e classici costituiscono un punto di riferimento espresso e sono visti nel loro rapporto dialettico (di confronto/scontro) è proprio quella de *I postulati*.

Inoltre, si tratta di un'opera che va ad affrontare 'di petto'

---

(1) Edita a Firenze nel 1901, adesso è pubblicata in M. CALDERONI, *Scritti*, a cura di O. Campa, Firenze, La Voce, 1924, vol. I, p. 33 e ss.

(2) Edita nel 1908 nella « Rivista di psicologia applicata », adesso si trova in CALDERONI, *Scritti*, cit., vol. II, p. 57 e ss.

proprio le questioni più dibattute tra le due ‘scuole’. Come avremo modo di vedere meglio in seguito, essa si compone essenzialmente di tre parti: la prima è dedicata alla problematica del libero arbitrio e più in generale al concetto di responsabilità; nella seconda parte si affronta la questione degli scopi della pena e più in generale del diritto penale; infine l’ultima parte è dedicata ‘al metodo’ del diritto penale, nel senso che contiene una riflessione fondamentalmente epistemologica sulle componenti strutturali, sull’essenza — se così si può dire — della scienza penale e più in generale della scienza giuridica.

1.1. *Scuola positiva e scuola classica: la duplice prospettiva di Calderoni, penalistica ed epistemologica.*

La seconda precisazione s’impone per chiarire un’ambiguità concettuale che contraddistingue la riflessione di Calderoni: nel riferirsi ai due filoni di pensiero, la prospettiva adottata dal Nostro ha un duplice significato, da un lato, propriamente penalistico, dall’altro lato, per l’appunto epistemologico. Sotto il primo profilo, quando Calderoni parla di scuola positiva e di scuola classica si riferisce specificamente alle due scuole del diritto penale esistenti nel momento storico in cui Egli scrive. Ciò avviene in particolare quando vengono affrontati il tema del libero arbitrio e quello della giustificazione della pena. Così, rispetto al primo tema, Calderoni muove dal contrasto tra i positivisti che negano il libero arbitrio e i classici che invece affermano l’esistenza di tale libertà di scelta. Rispetto alla giustificazione della pena, la riflessione di Calderoni si basa sulla contrapposizione tra i positivisti che indirizzano lo strumento punitivo verso il futuro, nel contrasto alla pericolosità sociale del soggetto, e i classici che invece lo rivolgono soprattutto al passato in una prospettiva prevalentemente retributiva.

Quando però Calderoni affronta il tema del ‘metodo del diritto penale’, ed ecco il secondo profilo a carattere epistemologico, la contrapposizione tra scuola positiva e scuola classica assume connotati e significati peculiari e diversi che trascendono la dimensione penalistica. Più precisamente, la contrapposizione diventa prevalentemente tra ‘il positivismo’ inteso come scienza — per così dire — empirica, naturalistica, fattuale e contraddistinta da una

certa 'concretezza', e 'il classicismo' che invece viene inteso come scienza socio-giuridica, normativa, valoriale, caratterizzata da una vocazione all' 'astrattezza'. Così, nelle pagine iniziali de *I postulati* Calderoni scrive:

bisogna inoltre tener conto dell'apparente antagonismo fra la concezione 'scientifica' delle cose e quella che morale e diritto hanno considerato finora come essenziale alla propria esistenza e a cui il positivismo quella vorrebbe sostituire. La scienza tende a concepire i fenomeni come svolgentisi gli uni dagli altri secondo leggi fisse e costanti, fornite del carattere della *necessità*; mentre la morale e il diritto li considerano come atti a mutarsi e trasformarsi docilmente sotto la mano dell'uomo dotato di volontà e libertà. Di qui un dissidio che, apparente o reale che sia, ha ad ogni modo fatto credere esservi fra i risultati della scienza ed i postulati della morale un' insanabile contraddizione <sup>(3)</sup>.

Ed ancora, stavolta nelle pagine finali de *I Postulati*, e in termini ancora più chiari sul piano concettuale, Calderoni precisa:

la questione del metodo può dirsi il nodo della controversia tra i positivisti ed i 'classici'. Il metodo di cui i positivisti propugnano l'adozione anche nelle discipline penali è, com'è noto, quello stesso delle scienze naturali, 'positive'; cioè l'osservazione e, entro i limiti del possibile, lo sperimento, che mettano in luce le vere cause del delitto, rimuovendo le quali soltanto si può sperar di sopprimere il delitto stesso <sup>(4)</sup>.

Ebbene, in questi due passi appena citati emerge piuttosto chiaro come Calderoni identifichi la scuola positiva con la scienza positiva *tout court* e la scuola classica con la scienza giuridica *tout court*. E se in un certo qual modo l'identificazione della scuola positiva con il positivismo scientifico ha una sua plausibilità, in quanto, soprattutto in origine, l' 'operazione' tentata dai positivisti fu proprio quella di 'dissolvere' la dimensione giuridica nell'empirismo, per converso, l'identificazione scuola classica e scienza giuridica potrebbe destare qualche perplessità. Tuttavia, si deve osservare come anche quest'ultima identificazione sia inevitabile, per la semplice ragione che al tempo in cui Calderoni scrive non esiste ancora la piena consapevolezza della 'scienza' giuridica e come sia stato proprio grazie a un confronto con l'empirismo positivista che

---

<sup>(3)</sup> CALDERONI, *I postulati*, cit., p. 39.

<sup>(4)</sup> Ivi, p. 141.

ha preso forma la riflessione sulla dimensione *scientifica* del diritto alla quale Calderoni offre un interessante contributo.

In sostanza, la comparsa del positivismo ha una funzione dirompente per la stessa storia del sapere. Una volta comparsa la scienza nella sua dimensione esclusivamente empirica, e oltretutto volta a ‘minacciare’ il diritto, ai fini di difendere i caratteri fondamentali del diritto, si finisce per riflettere sui caratteri ‘scientifici’ (non empirici, ma valoriali) del diritto. Ecco allora che Calderoni, quando parla di metodo classico, spesso ha in testa la scienza giuridica *tout court*, la scienza valoriale contrapposta alla scienza empirica, offrendo un importante contributo a una presa di coscienza della stessa.

### 1.2. *Il contesto storico-penalistico in cui si inserisce la riflessione di Calderoni.*

La terza ed ultima premessa riguarda il contesto storico in cui vengono scritti *I Postulati*, contesto che senza dubbio ha avuto una certa influenza sul pensiero di Calderoni.

Anzitutto, si deve osservare come alla fine dell’Ottocento la contrapposizione tra le due scuole fosse notevolmente affievolita <sup>(5)</sup>. Da un lato, il positivismo non era più — per semplificare — quello lombrosiano a carattere biologico, né quello di Garofalo a carattere psicologico, anche perché proprio in quegli anni prendeva sempre più corpo e vigore il movimento che verrà denominato *socialismo giuridico* e che muoveva da una decisa negazione della prospettiva antropologica per spostare interamente l’attenzione sulla *questione sociale* <sup>(6)</sup>. Dall’altro lato, e conseguentemente, i classici avevano ormai vinto — per così dire — la battaglia del Codice del 1889 e

---

<sup>(5)</sup> Per un quadro complessivo dei rapporti tra scuola classica e scuola positiva non si può che rinviare ai numerosi lavori di M. Sbriccoli. In particolare si v. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell’Italia unita*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia, Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 493 e ss.; Id., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, ivi, p. 591 e ss.; Id., *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, ivi, p. 819 e ss.; Id., *Il diritto penale liberale. La “Rivista Penale” di Luigi Lucchini (1874-1900)*, ivi, p. 903 e ss.

<sup>(6)</sup> SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale*, cit., p. 828 e ss.

quindi rispetto ai positivisti avevano assunto una predisposizione di fondo molto diversa, iniziando a intravedere il contributo che poteva derivare da una valorizzazione della ricerca empirica e della prospettiva sociale (7). Inoltre, non si può fare a meno di ricordare come gli anni che vanno dal 1894 al 1900 sono quelli in cui vengono messi a repentaglio le ‘pubbliche libertà’ e dove il pensiero classico-liberale e quello positivista-socialista finiscono per combattere fianco a fianco contro « il colpo di Stato della borghesia » (8).

D'altra parte, è anche vero che la contrapposizione restava, non tanto sulla questione del libero arbitrio, senza dubbio molto importante, ma alla fine destinata ad essere ridimensionata per la sua indiscutibile imponderabilità e quindi irrisolvibilità, quanto piuttosto sulle finalità della pena e sul metodo. Circa le finalità, ciò che nei classici continuava a suscitare forti perplessità era l'idea positivista che la pena dovesse ridurre i propri fini ad una semplice difesa diretta e immediata contro il ‘reo’; mentre i positivisti contestavano ai classici un'eccessiva astrattezza che precludeva di prendere in considerazione il reo in carne ed ossa. Circa il metodo, i classici non erano minimamente disponibili a rinunciare all'idea che la scienza penale dovesse restare anzitutto scienza valoriale, anche per le conseguenze negative che si avrebbero potuto avere sul piano delle garanzie. I positivisti, invece, si facevano portatori di istanze sociali volte a mettere in evidenza le ‘cause’ del conflitto sotteso al reato e i limiti di un diritto troppo spesso avulso dalla realtà sociale e antropologica.

Ecco allora che il contesto storico in cui Calderoni scrive ha in sé le basi per aprire a un ragionamento che, tenendo saldi alcuni principi — per così dire — classici, apre tuttavia alla possibilità che la scienza giuridica possa integrare al proprio interno il contributo delle scienze sociali.

## 2. *La ‘posizione articolata’ di Calderoni e il personalismo che la ispira.*

E la posizione di Calderoni si muove senza dubbio in questa

---

(7) SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale*, cit., p. 966 e ss.

(8) SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., p. 572.

direzione, presentandosi tuttavia particolarmente articolata a causa non solo di una indiscutibile autonomia e una acuta problematicità del suo pensiero, ma anche per la rigorosa coerenza a una prospettiva che, come avremo modo di vedere meglio in seguito, non esito a definire personalistica.

Più precisamente, per quanto riguarda le problematiche specifiche del libero arbitrio e degli scopi del diritto penale, se a prima vista Calderoni cerca di smorzare i toni e di attenuare le contrapposizioni mettendo in evidenza l'esistenza di falsi miti o comunque di fraintendimenti, tuttavia più sviluppa nel dettaglio il suo pensiero, più marca le differenze tra i postulati della scuola positiva e quelli della scuola classica: come vedremo, Calderoni finisce per valorizzare notevolmente sia il procedimento motivazionale che sta alla base delle decisioni (e quindi nella sostanza la libertà del volere), sia le funzioni della pena 'responsabilizzanti', come la prevenzione speciale mediante intimidazione e la retribuzione.

Per quanto riguarda il metodo, l'operazione è per certi aspetti inversa, per cui, dopo aver respinto quello 'positivista' o, meglio, quelli che si possono definire gli eccessi di tale impostazione, Calderoni si adopra per una interessantissima e assai moderna integrazione, facendo proprie istanze riconducibili al socialismo giuridico. In buona sostanza, si può dire che l'intento di Calderoni sia anzitutto quello di difendere l'essenza valutativa e valoriale del diritto, di cui il diritto penale può essere considerato un'espressione particolarmente emblematica, dalle pretese dei positivisti di dissolvere tale valutatività e valorialità nell'empiria, e quindi, in questa prospettiva, la posizione di Calderoni si colloca agli antipodi rispetto a quella dei positivisti. Tuttavia, una volta 'salvata' la scienza giuridica da questo tentativo di dissoluzione, la posizione di Calderoni è nel senso che essa deve in qualche modo recepire alcune importanti indicazioni offerte dal positivismo.

D'altra parte, ciò che a me interessa mettere in evidenza è soprattutto il fatto che questa posizione così articolata, oltre ad essere il frutto di una visione libera ed eclettica (pragmatica), è anche la conseguenza di una visione ben precisa di Calderoni, e cioè di una prospettiva ispirata a un forte e, non esito a dire, moderno personalismo garantista, che rappresenta a mio avviso il tratto più interessante del pensiero di Calderoni. Ed infatti è in virtù della

centralità della persona che Calderoni valorizza il procedimento motivazionale che sta alla base di ogni decisione criminosa di cui si può chieder conto in termini di responsabilità. Ed è sempre grazie ad un accentuato personalismo che la funzione della pena viene concepita in termini di intimidazione speciale e di retribuzione, funzione quest'ultima oltretutto capace di mantenere la risposta sanzionatoria entro limiti di proporzione e quindi nel rispetto delle garanzie a tutela dell'uomo. Ed ancora, la cifra valutativa del diritto e della scienza giuridica, difesa così a oltranza da Calderoni, si lega alla circostanza che soltanto là dove predomina una prospettiva 'astratta', da correggere con elementi di 'concretezza', è possibile elaborare quei principi di garanzia che sono a tutela della libertà umana e dei diritti individuali. Ma soprattutto, addirittura lo stesso tentativo finale di realizzare un'integrazione del positivismo nella scienza giuridica è espressione di una visione in cui lo stesso positivismo rappresenta un completamento delle istanze personalistiche che devono essere alla base del diritto penale, in quanto è proprio grazie allo spostamento dell'attenzione sul reo che si può configurare un diritto penale autenticamente capace di responsabilizzare il singolo individuo e al contempo di difenderlo da possibili eccessi punitivi.

### 3. *Il rapporto 'positivisti/classici' nella prospettiva penalistica. La questione del libero arbitrio.*

Come abbiamo accennato, Calderoni, di primo acchito, sembra considerare quello della libertà del volere una sorta di falso dilemma. Tuttavia, nel suo svilupparsi, la posizione finisce per valorizzare proprio quella libertà del volere di cui voleva sminuire l'importanza, marcando quindi una forte presa di distanze dalla concezione positivista.

Questa, in estrema sintesi, l'opinione di Calderoni. L'idea di fondo è che nel tempo la problematica sul libero arbitrio si sia venuta inutilmente ingarbugliando:

originariamente, *liber arbitrium* non poteva voler dire altro che la facoltà di scegliere volontariamente fra le diverse azioni quella che si preferisce, e di menare ad esecuzione il verdetto della volontà [...] Solo più tardi questa [la questione se l'uomo possa volere ciò che fa e fare ciò che vuole] venne

considerata come la questione semplicemente della libertà fisica, questione facilmente risolvibile in senso affermativo; mentre la questione detta del 'libero arbitrio' fu trasportata in una sfera più alta, quella della 'libertà metafisica' (9).

Le ragioni che hanno portato ad attribuire rilevanza al 'livello superiore' del libero arbitrio sono secondo Calderoni di tipo essenzialmente teologico, nascendo dalla necessità avvertita dai dottori della Chiesa di ricondurre il tutto a Dio, ma anche di spezzare, al fine di giustificare la presenza del male nel mondo senza doverlo poi ricondurre a Dio, il legame tra quest'ultimo, da un lato, e l'uomo e il mondo, dall'altro, legame spezzato per l'appunto dall'idea del libero arbitrio (10).

Ebbene, per Calderoni

il problema della libertà è uno solo. Ed è il problema della *volontarietà*. Ogni indagine avente per oggetto una libertà 'ulteriore', più profonda e più verace di questa, implica un impiego abusivo di termini atto a traviare il pensiero filosofico, e pertanto da scartarsi (11).

Ed ancora:

se ora interroghiamo l'uso popolare, se ci domandiamo che *cosa vogliamo dire* quando diciamo di essere liberi di scegliere questo piuttosto che quel corso di azioni, vediamo che in ogni caso ci riferiamo alla nostra facoltà di volere una cosa piuttosto che un'altra, e di eseguire questa nostra determinazione volontaria » (12).

Non solo, ma

alla credenza dell'uomo nella propria libertà — afferma Calderoni — noi attribuiamo, con Aristotele e Cartesio, con Cousin e Mill, tutta la forza di verità scientifica [...] Noi siamo convinti che la negazione della libertà quale base della morale e del diritto sia fondata su un vero e proprio sofisma, che scientificamente non regge. Essa ha [...] lo stesso valore della 'negazione della realtà esteriore' e simili tesi [...] Come a chi negava la realtà delle cose esteriori fu da taluno risposto col dare un calcio ad una pietra come a chi negava il moto fu risposto col mettersi a camminare, così è lecito a chiunque

---

(9) CALDERONI, *I postulati*, cit., p. 61 e s.

(10) Ivi, p. 72 e ss.

(11) Ivi, p. 63.

(12) Ivi, p. 65.

confutare un filosofo negatore della libertà col compiere la più insignificante delle azioni volontarie <sup>(13)</sup>.

D'altra parte, come accennato, una volta identificata la libertà di scegliere con la *libertà di agire*, Calderoni svolge considerazioni che contraddicono le sue stesse conclusioni, attribuendo nuovamente rilevanza 'autonoma' alla stessa libertà della volontà. Ciò si coglie molto bene quando, dopo aver valorizzato la libertà di agire, l'Autore parla del concetto di volontà e di responsabilità <sup>(14)</sup>, e definisce quest'ultima come l'essere consapevoli delle conseguenze alle quali si va incontro se si agisce in un certo modo, e che postula necessariamente un procedimento motivazionale e quindi una decisione all'interno dello stesso capace di orientarsi nel senso del rispetto delle norme. Scrive Calderoni:

tali impulsi e passioni [collera, desiderio] sono bensì fra i coefficienti della volontà, fra gli elementi che combinandosi danno origine al fatto complesso della volizione [...] Ma i movimenti che questi impulsi producono possono considerarsi come volontari o no a seconda del contenuto *intellettuale*, per così dire, della nostra mente al momento in cui si eseguono e che su di essi inferisce. Mentre infatti fra gli scienziati e i filosofi non manca chi consideri tutta quanta la volontà la nostra vita impulsiva ed attiva, impulsi e stati sentimentali come manifestazioni della volontà, il linguaggio ordinario sembra riserbare la designazione di volontari a quelli fra gli impulsi che siano preceduti e accompagnati da una chiara e lucida coscienza dell'atto che sta per seguire, con una visione più o meno netta, più o meno penetrante, delle sue conseguenze. Questa coscienza è quella che permette ad altri impulsi, atti a controbilanciare il primo di sorgere: che permette, cioè, il fatto dell'*inibizione*, senza possibilità della quale non vi è atto propriamente volontario <sup>(15)</sup>.

Ed ancora:

affinché un individuo possa essere ritenuto responsabile occorre che l'azione sia in suo potere. Ma 'essere in suo potere', che cosa implica se non 'l'assenza di ogni ostacolo insuperabile eccetto la mancanza di spina al bene?'. È precisamente in questo caso che la punizione e l'espressione della disapprovazione morale sono anche utili per fornire la forza impulsiva deficiente <sup>(16)</sup>.

Ed infine:

---

<sup>(13)</sup> Ivi, p. 118 e s.

<sup>(14)</sup> Ivi, p. 94 e ss.

<sup>(15)</sup> Ivi, p. 97.

<sup>(16)</sup> Ivi, p. 109 e s.

finché l'organismo intellettuale rimane inalterato e rimane quindi la possibilità che sorgano impulsi contrari alla passione dominante, la responsabilità persiste inalterata <sup>(17)</sup>.

Detto in altri termini, per Calderoni il procedimento motivazionale non consiste in una 'catena causale lineare', ma (modernamente) in un conflitto tra motivi che spingono a delinquere e motivi inibenti che invece spingono a non delinquere (posti dalla norma connessa alla punizione) e il soggetto risulta libero di scegliere se aderire o meno ai motivi che spingono a delinquere o a non delinquere. Ma se così stanno le cose, proprio perché Calderoni si riferisce alla libertà di scelta tra motivi contrastanti, finisce per porre alla base del diritto penale proprio quella libertà di autodeterminarsi il cui ruolo aveva precedentemente tentato di ridimensionare.

Questa contraddizione, se può destare perplessità in una prospettiva volta a misurare la coerenza 'interna' all'opera de *I postulati*, in realtà è del tutto coerente con il pensiero complessivo di Calderoni, che, come accennato, risulta fortemente 'responsabilizzante' e personalistico. Soltanto se un soggetto è capace di farsi motivare da una norma e di decidere per il suo rispetto o per la sua violazione, può essere considerato pienamente responsabile del suo comportamento.

Di questo ce ne rendiamo conto soprattutto se si fa riferimento all'altra opera di Calderoni *Forme e criteri di responsabilità*, dove proprio il concetto di responsabilità si fa così pregnante da essere letto sia in una prospettiva di garanzia per l'individuo, sia addirittura in una chiave funzionale alla stessa efficacia preventiva del sistema, anticipando così una lettura funzionale dei principi di garanzia senza dubbio moderna. Ed infatti, nell'individuare le due ragioni che portano a punire soltanto gli atti autenticamente volontari, da un lato Calderoni afferma che

sulle leggi influisce sempre più l'apprezzamento della pena come un male da restringersi quanto più possibile ai casi in cui essa appaia strettamente necessaria, facendo chiedere ed ottenere la garanzia di non essere puniti se non quando tale sia veramente il caso (Diritti dell'uomo) <sup>(18)</sup>;

---

(17) Ivi, p. 110.

(18) CALDERONI, *Forme e criteri*, cit., p. 75.

dall'altro lato, in una prospettiva utilitaristica, si precisa che

perché la pena raggiunga la sua piena efficacia, occorre non solo che sia punito chiunque abbia compiuto volontariamente il reato, ma anche che chi non lo ha compiuto in alcun modo non venga punito [...] Il 'massimo d'efficacia' quindi della pena non si raggiunge se non quando la minaccia penale rivolta a tutti coloro che avessero volontariamente compiuto un reato venga *rafforzata* dalla promessa d'impunità per tutti quelli che o non l'abbiano compiuto o l'abbiano compiuto involontariamente <sup>(19)</sup>.

### 3.1. *La questione della giustificazione del diritto penale.*

Anche rispetto alla questione della giustificazione del diritto penale si registra l'intento iniziale di Calderoni di avvicinare scuola positiva e scuola classica e di superare le loro differenze, ma ancora una volta l'approdo finale è nel senso di esaltare la contrapposizione. In particolare, sono due gli aspetti che vengono affrontati: da un lato, il principio di fondo, o meglio, il fine ultimo del diritto penale identificato nella difesa sociale; dall'altro lato, la questione delle finalità della pena.

Per quanto riguarda il principio di fondo della difesa sociale, si esprimono perplessità in ordine alla 'difesa sociale' della scuola positiva, perché si tratterebbe di espressione generica, vaga, manipolabile:

frase equivoca — afferma Calderoni —, che dà adito al pericolo continuo di violazioni e soprusi nell'esercizio del magistero penale, per l'impossibilità di determinare che cosa si debba intendere per bene della società e la conseguente probabilità che qualche furbo l'identifichi con questo o quell'interesse transitorio particolare <sup>(20)</sup>.

Tuttavia, non solo si afferma che il concetto di difesa sociale appartiene pure alla scuola classica, ma anche che all'interno della scuola classica il concetto è meno vago e per certi aspetti più garantista, coincidendo con l'idea di tutela giuridica: « se interpretata con sufficiente larghezza, tutti, compresi i classici, si possono trovare d'accordo nell'accettarla » <sup>(21)</sup>;

ma la dottrina 'classica' ci offre [...] un concezione più rigorosa e scientifica,

<sup>(19)</sup> Ivi, p. 73.

<sup>(20)</sup> CALDERONI, *I postulati*, cit., p. 127.

<sup>(21)</sup> Ivi, p. 127.

di qual genere di difesa sociale sia quella a cui serve il diritto penale; e tale da non essere affatto in contraddizione inconciliabile con ciò che forma la parte sostanziale del positivismo moderno [...] la difesa della società, se così chiamar si vuole, non si esercita contro un uomo libero allo stesso modo con cui si eserciterebbe contro un pericolo naturale, un animale furioso, un pazzo infrenabile. Contro questi agenti la sola maniera di provvedere è di porre impedimenti fisici all'effettuazione del danno. Ma sull'uomo libero, suscettibile di essere influenzato da motivi, capace pertanto di astenersi da una azione in vista di conseguenze che questa porterà su lui o su altri, è possibile agire per via morale <sup>(22)</sup>.

In sostanza, Calderoni sulla scia di quanto sostenuto da Francesco Carrara (non a caso citato a p. 128 e s.), finisce per distinguere tra un diritto penale della prevenzione e della neutralizzazione e un diritto penale della punizione e della responsabilizzazione. Mentre il primo vede come protagonista la pericolosità e quindi si rivolge anche a coloro che sono irresponsabili, il secondo si riferisce invece alla responsabilità e quindi soltanto a coloro che si sono posti scientemente contro l'ordinamento. In altri termini ancora, ci può essere una tutela della società diretta, immediata, dove nella sostanza si impedisce quasi fisicamente a un soggetto di compiere reati attraverso la neutralizzazione preventiva della sua pericolosità (che poi è quella propugnata dai positivisti), ed una tutela della società indiretta, mediata, dove l'impedimento opera molto prima dell'azione, avendo come punto di riferimento la motivabilità del soggetto responsabile.

Per quanto riguarda le funzioni della pena, dopo aver messo in evidenza i limiti delle concezioni c.d. moniste (giustizia assoluta; esemplarità della pena; espiazione), Calderoni prende in esame quella positivista sia per apprezzarne la componente eclettica, sia anche per mettere in evidenza due limiti, espressione della mancata valorizzazione di quegli scopi che hanno come punto di riferimento la personalità dell'uomo, riemergendo così la prospettiva personalistica che contraddistingue l'intero pensiero di Calderoni. Da un lato, « nella dottrina dei positivisti è notevole la sfiducia rispetto [...] all'efficacia della minaccia della pena a distogliere i male intenzionati dal delinquere » <sup>(23)</sup>. Ed infatti fra tutte le funzioni preventive,

---

<sup>(22)</sup> Ivi, p. 131.

<sup>(23)</sup> Ivi, p. 136.

quella della intimidazione speciale è quella maggiormente responsabilizzante, visto che per funzionare necessita proprio che il precetto entri tra i motivi a non delinquere. Dall'altro lato, si critica il fatto che si metta da parte la retribuzione, la quale invece costituisce la giustificazione della pena rispetto al singolo reo anche in termini di garanzia per l'individuo stesso:

la nostra coscienza morale, come ci addita quali sono i fini che debbono essere protetti contro eventuali violazioni, così pure ci addita i limiti entro cui tale protezione, si disegni essa come difesa sociale o tutela giuridica, va mantenuta; l'individualità umana, per la simpatia naturale che desta, costituendo per se stessa un fine che va rispettato. Vi sarà quindi un punto in cui il fine della sicurezza la cui necessità è tanto urgente quanto è più grave il male minacciato, non basta più a giustificare il sacrificio della individualità, in cui la pena (che, per essere una restrizione della personalità, è in sé un male) sembra un mezzo troppo increscioso per ottenere il risultato voluto? Qual è questo punto? Quello in cui la pena cessa di essere giusta, perché sproporzionata al demerito del colpevole. Nel determinare questo punto, la nostra coscienza morale sarà giudice inappellabile [...] ecco dunque come il concetto di merito, di ciò che è giusto subisca il delinquente come conseguenza del suo operato, è concetto che non si può assolutamente evitare, perché esso è un elemento che entra continuamente nei nostri giudizi <sup>(24)</sup>.

4. *Il rapporto 'positivisti/classici' nella prospettiva epistemologica. La netta contrapposizione tra le scuole sulle questioni del metodo e delle garanzie.*

Diversamente da quanto abbiamo visto per le due tematiche penalistiche della libertà del volere e della giustificazione della pena, rispetto a quella epistemologica l'andamento della riflessione di Calderoni risulta, per così dire, inverso, nel senso che, se, da un lato, si afferma con forza la netta contrapposizione tra positivisti e classici, dall'altro lato, però si avanza anche l'idea di una loro necessaria integrazione. Soffermandoci anzitutto sulla netta contrapposizione, essa viene colta sotto due profili, da un lato, su un piano generale, potremmo dire metodologico; dall'altro lato, su un piano più specifico, concernente le garanzie.

Per quanto riguarda il primo profilo del metodo, Calderoni ritiene nella sostanza 'inaccettabile' che quello empirico delle scienze positive si possa 'sostituire' a quello 'finora prevalente':

---

(24) Ivi, p. 138.

anzitutto occorre scartare una opinione, che più volte nel corso del presente lavoro abbiamo dichiarata errata: quella cioè che un'organizzazione, qual è quella del diritto, che ha per scopo la determinazione ed il raggiungimento *di fini*, possa aver per base unica l'osservazione della realtà. Se una cosa debba o non debba essere, è questione in cui la 'scienza' non ha nulla a che fare. Se una pena sia o no conveniente, giusta, opportuna, è cosa che solo il nostro 'sentimento' può decidere <sup>(25)</sup>.

A ben vedere, la questione è trattata anche nel paragrafo che Calderoni intitola « L'«indipendenza» della morale », dove si pone la questione in questi termini:

sono due i modi con cui l'attività scientifica (comprendendo con questa tutti i tentativi di spiegazione generale o speciale dei fenomeni, e quindi anche i sistemi metafisici e religiosi) hanno sembrato minacciare l'esistenza autonoma della morale: l'uno consiste nella negazione della libertà [...] l'altro in una tendenza più o meno conscia a non considerare più come inappellabile il giudizio del senso morale, e nella corrispondente opinione che la scienza possa in certo qual modo sostituirlo nella determinazione di ciò che è bene di fare <sup>(26)</sup>.

E dove si giunge alla seguente conclusione: « la scienza non può creare 'valori etici', come non può creare valori estetici » <sup>(27)</sup>.

Di estremo interesse sono le considerazioni che Calderoni fa discendere da questa impossibilità di sostituire la scienza giuridica con la scienza empirica, conseguenze che, da un lato, aprono la strada a una integrazione fra tali saperi, e dall'altro lato contribuiscono a fondare in termini sempre più consapevoli la scienza giuridica. Così, sotto il primo profilo, grande rilievo hanno le riflessioni sui rapporti tra astratto e concreto. La stessa scienza giuridica, infatti, pur essendo contraddistinta da astrattezza, non può fare a meno di un confronto serrato con la realtà empirica:

se è vero che la sola osservazione oggettiva della realtà non può bastare né al giurista, né al moralista; pur nondimeno è sempre su un materiale concreto, *di fatto*, che deve esercitarsi il giudizio nostro; e quindi quanto più la pena sarà stabilita caso per caso, quanto più essa terrà conto di molteplici e variabili elementi che possono concorrere a modificare l'opportunità e la

---

<sup>(25)</sup> Ivi, p. 142.

<sup>(26)</sup> Ivi, p. 118.

<sup>(27)</sup> Ivi, p. 120.

misura del castigo, tanto più il nostro metodo sarà ‘positivo’ nel senso più proprio della parola <sup>(28)</sup>.

Ma anche la scienza empirica, contraddistinta da una vocazione alla concretezza, non può rinunciare ad astrazioni, sia nella forma della elaborazione di ipotesi, sia nella configurazione di leggi esplicative:

le scienze stesse che hanno per oggetti i fatti procedono per due vie principali: la constatazione delle somiglianze e la determinazione di medie: processi nei quali l’astrazione si trova continuamente implicata <sup>(29)</sup>.

Inoltre,

se non vi fossero anche nei fatti delle somiglianze e delle ripetizioni accanto alle loro diversità, non solo la scienza storica sarebbe impossibile, ma sarebbe perfino impossibile riferire un fatto qualsiasi per mezzo delle parole; non avremmo che una successione d’impressioni indefinibili <sup>(30)</sup>.

Sotto il secondo profilo dei caratteri della scienza giuridica, Calderoni coglie con grande lucidità quello valoriale mettendone in evidenza il suo insuperabile relativismo:

pur troppo inevitabilmente, ogni sistema dogmatico e assoluto di morale, ogni precettistica astratta, ogni ‘codificazione’ delle nostre norme di condotta non può alla lunga non apparire insoddisfacente ed incompleta <sup>(31)</sup>.

La contrapposizione tra scuola classica e scuola positiva viene colta anche sul piano delle garanzie. Mentre il positivismo avrebbe in sé rischi per le garanzie, la scuola classica si porrebbe invece in continuità con il pensiero di Beccaria, volto a tutelare i consociati dai possibili abusi:

intanto i seguaci della nuova scuola, col voler ridurre senz’altro il giudizio penale ad un libero esame della *temibilità* dell’individuo, tolgono senza essere forse abbastanza consci della gravità di ciò che propongono, una delle più valide garanzie di libertà individuale, una di quelle più faticosamente acquistate in epoche recenti. D’accordo in ciò colle dottrine in apparenza più discordi dalle loro, come, p. es., quella della espiazione, essi tendono in

---

<sup>(28)</sup> Ivi, p. 142 e s.

<sup>(29)</sup> Ivi, p. 143.

<sup>(30)</sup> *Ibidem*.

<sup>(31)</sup> Ivi, p. 144.

pratica a rinnovare le forme più schiette del procedimento inquisitorio, col subbiettivismo, coll'arbitrio eccessivo del giudice, colla pena indeterminata e straordinaria e la confusione delle parti in giudizio <sup>(32)</sup>.

Certo, lo stesso Calderoni non esita a individuare limiti ed eccessi anche in alcune posizioni di Beccaria (l'intolleranza assoluta verso ogni interpretazione della legge penale; un ossequio alla legge e alla certezza della pena portato fino all'accecamento di non volerne sapere neanche del diritto di grazia), ma si considerano limiti ed eccessi che si spiegano in ragione della lotta cruenta che Beccaria ha dovuto portare contro il vecchio sistema.

4.1. *I limiti della scuola classica e il loro superamento mediante l'integrazione con la scuola positiva.*

D'altra parte, una volta messa in salvo la componente valutativa della scienza giuridica e la necessità di rispettare i principi di garanzia, Calderoni evidenzia anche i limiti della scuola classica e come il positivismo possa dare un contributo al loro superamento, concludendo quindi per l'opportunità di una loro integrazione:

il movimento positivistico deve piuttosto considerarsi come un tentativo di completare ed integrare l'indirizzo fin qui prevalente nel diritto penale, di spingerlo più velocemente in una direzione già presa, di additarne certe lacune e di colmarle, senza per questo rinunciare ai benefici dall'indirizzo prevalente presi più specialmente di mira. Esso non può propugnare la sostituzione assoluta del 'metodo positivo' al metodo astratto: ciò sarebbe, come abbiám visto, non avere intesa del tutto la natura del metodo positivo, e disconoscere quella del diritto stesso: ma nello stesso tempo ci dà un avvertimento di tener conto, più di quanto non lo si sia fatto forse per il passato, dei risultati dell'osservazione positiva, e soprattutto insiste su alcuni fatti e leggi nuove scoperte o intravedute dalla scienza moderna che possono condurci a vedere un po' diversamente la natura dell'uomo, oggetto del diritto penale, e la società <sup>(33)</sup>.

Ecco allora che Calderoni individua alcuni punti problematici sui quali la scuola positiva può offrire un contributo integrativo. Anzitutto, sul piano della determinazione/individualizzazione della pena. Premesso che « l'individualizzazione della pena » non è l'aspirazione esclusiva di nessuna scuola speciale, ma la tendenza naturale

---

<sup>(32)</sup> Ivi, p. 159.

<sup>(33)</sup> Ivi, p. 155.

del progresso »<sup>(34)</sup>, Calderoni osserva come il *liberum arbitrium indifferentiae* come solo e indispensabile fondamento della libertà e della responsabilità abbia portato a far concepire queste qualità come fisse ed inalterabili dell'uomo. Tuttavia, la responsabilità deve essere concepita in termini dinamici ed evolutzionistici, con la conseguenza che si potrebbe attribuire rilevanza anche a nuove ipotesi di irresponsabilità e che la commisurazione della pena non può prescindere dal fatto particolare nella sua complessità<sup>(35)</sup>.

Ed ancora: è grazie al positivismo che ci si è resi conto che una parte della delinquenza è connessa anche a cause sociali, per cui, mentre alcuni sono in difficoltà a sfuggire a certi impulsi quando tutto nella vita concorre a togliere stimolo e potenza alla difesa contro di essi, altri soggetti appartengono alla schiera di privilegiati che compiono il bene senza fatica, in quanto tutto in loro cospira a far vedere il lato buono delle cose. Da qui un grande e benefico impulso a tutte le riforme sociali che tendono a togliere le cause della delinquenza<sup>(36)</sup>.

Infine, lo sguardo gettato sulla realtà consente di prendere coscienza dei limiti del diritto penale e della necessità di interventi più sociali che giuridici: « la pena può considerarsi come il sintomo dell'impotenza della società a provvedere altrimenti ai mali che la travagliano »<sup>(37)</sup>.

##### 5. *Uno sguardo all'attualità: neuroscienze e diritto penale alla luce della 'lezione' di Calderoni.*

Senza con questo voler fare di Calderoni un uomo della contemporaneità (molto pericoloso fare di studiosi del passato anticipatori e antesignani), tuttavia a me pare che la sua 'lezione', sintetizzabile nei tre aspetti della 'salvaguardia' del diritto punitivo, del personalismo e della integrazione tra scienza giuridica e scienze

---

<sup>(34)</sup> Ivi, p. 154.

<sup>(35)</sup> Ivi, p. 156 e s.

<sup>(36)</sup> Ivi, p. 158.

<sup>(37)</sup> *Ibidem.*

empiriche, sia valida anche oggi, dove, com'è noto, si è sviluppato il tema dei rapporti tra diritto penale e neuroscienze <sup>(38)</sup>.

A ben vedere, le problematiche che sono sorte sono molto analoghe (per non dire identiche) a quelle di centocinquanta anni fa. Alla luce di alcuni 'esperimenti', si è giunti alla conclusione che il processo volitivo sembrerebbe prendere avvio inconsciamente, in quanto il cervello si preparerebbe all'azione molto prima che il soggetto sia consapevole di aver deciso di compiere il movimento <sup>(39)</sup>. Da qui l'idea che noi non saremmo liberi di scegliere, ma già determinati <sup>(40)</sup>, e quindi tutta una serie di conseguenze per il diritto penale, per cui, muovendo dalla contestazione della categoria tradizionale della colpevolezza, o si giunge a interpretarla in senso meramente funzionale, nel senso che l'individuo si punisce non perché avrebbe potuto agire diversamente, ma perché lo Stato ha interesse a preservare la fiducia della collettività nella vigenza della norma <sup>(41)</sup>, oppure ci si spinge a sostenere la necessità di sostituire l'apparato sanzionatorio tradizionalmente adoperato con quelle che

---

<sup>(38)</sup> All'interno di una letteratura divenuta ormai vastissima, cfr. per tutti i contributi pubblicati nei seguenti volumi collettanei: *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, a cura di M. De Caro, A. Lavazza, G. Sartori, Torino, Codice, 2010; *Diritto penale e neuroetica*, a cura di O. Di Giovine, Padova, Cedam, 2013; *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, a cura di L. Palazzani e R. Zannotti, Torino, Giappichelli, 2013. Inoltre, in una prospettiva rigorosamente penalistica, v. O. DI GIOVINE, *La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 2013, p. 626 e ss.; C. GRANDI, *Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale*, ivi, 2014, p. 1249 e ss. Per i rapporti tra diritto processuale penale e neuroscienze cfr. M. BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), p. 1 e ss.

<sup>(39)</sup> Per una ricostruzione della vicenda v. per tutti I. MERZEGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Milano, Raffaello Cortina, 2012, p. 82 e ss.

<sup>(40)</sup> Cfr. per tutti GREEN-COHEN, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, in *Philosophical Transaction of the Royal Societies Lond.* B, 2004, p. 1780 e ss.

<sup>(41)</sup> G. MERKEL, G. ROTH, *Freibeitsgefühl, Schuld und Strafe*, in *Entmoralisierung des Rechts*, a cura di K.J. Grün, M. Friedman, G. Roth, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2008, p. 65 e ss.; G. MERKEL, *Hirnforschung, Sprache und Recht*, in *Festschrift für R.D. Herzberg*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 21 e ss.

chiameremmo misure di sicurezza con finalità preventiva e correttiva (42).

Ebbene, il diritto penale deve essere ancora una volta salvaguardato. Su un piano meramente empirico, non si può fare a meno di notare come gli esperimenti si riferiscano più alla questione della libertà di agire che a quella di volere e come in realtà non si sia ancora riusciti a fornire la prova conclusiva della mancanza o della presenza della libertà del volere. In buona sostanza, da un punto di vista empirico, non è mai stato dimostrato alcunché, né che l'uomo è libero, né che è determinato (43). Ecco allora che la questione diventa: in assenza di una prova empirica, il sistema si deve improntare in senso deterministico oppure in senso indeterministico? E la risposta non può che darcela la concezione personalistica che sta alla base dei nostri sistemi penali moderni. L'opzione per il determinismo, infatti, aprirebbe a una prevalenza delle istanze dello Stato su quelle dell'individuo, mentre soltanto l'opzione per l'indeterminismo afferma la prevalenza dell'individuo rispetto allo Stato e quindi dei principi rispetto alle istanze di prevenzione/correzione/neutralizzazione (44).

Fatto salvo il diritto penale, si deve ritenere che i risultati delle neuroscienze possano dare un importante contributo alla configurazione del diritto penale. Anche perché a me non persuadono prospettive eccessivamente separatiste tra scienza giuridica e scienza penale (45), in quanto la stessa empiria è strumento di controllo contro normativismi fini a se stessi che spesso nascondono ancora una volta istanze preventive a discapito delle garanzie (46).

Vero questo, il dato maggiormente interessante sta nel fatto che le neuroscienze offrono un contributo non solo per l'imputabilità e per la personalizzazione degli strumenti sanzionatori, ma anche

(42) F.J. RUBIA, *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neuro científica*, Barcellona, Critica, 2009, p. 148 e ss.

(43) Analogamente, L. EUSEBI, *Neuroscienze e diritto penale: un ruolo diverso del riferimento alla libertà*, in *Il diritto nelle neuroscienze*, cit., p. 132 e ss.

(44) In questa prospettiva v. anche W. HASSEMER, *Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal*, in « InDret », 2011, p. 8 e s.; nonché, volendo, R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 71 e s.

(45) In questa direzione invece HASSEMER, *Neurociencias*, cit., p. 10 e ss.

(46) Sul punto, sia consentito rinviare a BARTOLI, *Colpevolezza*, cit., p. 89 e ss.

per l'elaborazione di un concetto di responsabilità (colpevolezza, motivabilità) su cui è opportuno riflettere. Sempre di più emerge infatti che il processo motivazionale non si svolge nel frangente in cui viene commesso il fatto, ma si snoda attraverso dinamiche che iniziano a svilupparsi in momenti molto precedenti al fatto (47). Attenzione: qui non si tratta di rispolverare il vecchio concetto del *diritto penale d'autore*, per cui il rimprovero non deve essere riferito al fatto, ma deve retroagire alla condotta di vita e cioè al modo in cui il reo ha agito per la formazione della propria personalità, bensì della circostanza che proprio lo stesso procedimento motivazionale riguardante un determinato fatto storico tende a svilupparsi assai prima dello stesso fatto commesso: « le decisioni attinenti a condotte connotate da un contenuto moralmente o socialmente significativo [...] scaturiscono dalle esperienze e dalle facoltà acquisite nel corso di lassi temporali dilatati, risultando così il frutto di processi cognitivi e volitivi di durata medio-lunga » (48). Con la duplice conseguenza che, da un lato, « i dati neuroscientifici, e in particolare le informazioni circa eventuali *deficit* cerebrali che abbiano influito sulla normalità del procedimento motivazionale, potranno allora senz'altro incidere sul giudizio di colpa » (49); dall'altro lato, attribuire rilevanza alle ipotesi di c.d. precolpevolezza non solo non appare in conflitto con il principio di c.d. coincidenza, per cui le valutazioni sulla imputabilità devono essere compiute al momento del fatto, ma addirittura consente di configurare un diritto penale autenticamente personalistico (50).

Ancora oggi risultano quindi valide le conclusioni a cui giungeva Calderoni alla fine de *I postulati*:

gli studi positivi moderni, psicologici, antropologici e sociali, hanno se non altro il merito di aver fatto concepire in un modo più relativo la natura e la funzione del diritto penale. La controversia fra la scuola positiva e la scuola classica può dirsi pertanto un prodotto, più che di divergenze reali di dottrine, di tendenze e di aspirazioni. Eccessivamente ostile è stata forse finora l'attitudine sì da una parte che dall'altra; ed è venuto, parmi, il

---

(47) GRANDI, *Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale*, cit., p. 1285 e ss.; DI GIOVINE, *La sanzione penale*, cit., p. 633 e s.

(48) GRANDI, *Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale*, cit., p. 1286.

(49) Ivi, p. 1287.

(50) BARTOLI, *Colpevolezza*, cit., p. 191 e ss.

momento in cui alle lotte ed alle polemiche, in parte almeno sterili, debba succedere il riconoscimento dei rispetti limiti, il temperamento delle tendenze, e la serena collaborazione <sup>(51)</sup>.

E non è un caso che un'eco del 'lascito' di Calderoni risuoni in queste recentissime parole di un giovane studioso:

ciò che pare potersi rimproverare alle letture più intransigenti delle ricerche neuroscientifiche non è dunque tanto il progetto di reperire ed interpretare evidenze empiriche sul funzionamento meccanicistico-causale del cervello utilizzabili anche in ambito giuridico, quanto la pretesa di dedurre *ipso facto* da tali evidenze conclusioni definitive sulla libertà dell'essere umano, immediatamente traducibili sul piano penalistico: come è stato più volte sottolineato, il giudizio di responsabilità penale non può tradursi ad un portato dell'osservazione dell'attività elettrica cerebrale <sup>(52)</sup>.

---

<sup>(51)</sup> CALDERONI, *I postulati*, cit., p. 159.

<sup>(52)</sup> GRANDI, *Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale*, cit., p. 1282.



GIOVANNI TUZET

PREVISIONE E RESPONSABILITÀ:  
LA « PLASTICITÀ » DEGLI ATTI VOLONTARI  
IN CALDERONI

1. Introduzione. — 2. Atti volontari e responsabilità. — 3. Responsabilità giuridica e analisi economica del diritto.

1. *Introduzione.*

Il presente saggio verte sulla concezione della *responsabilità* giuridica e morale esposta da Mario Calderoni (1879-1914). A suo avviso, il primo passo che deve compiere chi voglia intendere il significato del qualificare un atto o un soggetto come ‘responsabile’ è il collegamento fra responsabilità e *volontarietà*: sollevano una forma di responsabilità gli atti che sono volontari. Il secondo passo consiste nella precisazione di cosa intendiamo per ‘volontarietà’. Seguendo Calderoni, l’azione volontaria è quella che può essere provocata, modificata o inibita dalla *previsione* di ciò che ne seguirebbe. In altri termini, è volontaria l’azione suscettibile di essere influenzata dalle credenze sui suoi effetti (certi o probabili) o in senso lato dalle sue conseguenze (fattuali o normative) che siamo in grado di prevedere. Ora, fra ciò che può essere previsto hanno un particolare rilievo le sanzioni, specialmente quelle negative quando parliamo di responsabilità giuridica. Infatti, ciò che può inibire il compimento di una certa azione è la minaccia di un male o di una pena. La sanzione negativa è una conseguenza che l’agente responsabile è in grado di prevedere e tenere in considerazione nel decidere se compiere o meno l’azione prospettata.

Così dunque si articolano credenze, volontà e responsabilità: responsabile è colui che agisce volontariamente e volontario è l’atto

suscettibile di essere influenzato dalle previsioni delle sue conseguenze.

La capacità di decidere se compiere l'azione, se modificarla, o se astenersi da essa determina quella che Calderoni chiama *plasticità* degli atti volontari. Plastici sono gli atti suscettibili di essere influenzati dalle credenze dell'agente in merito alle loro conseguenze. Il presente saggio discute questa concezione collocandola nel suo contesto storico e mostrando altresì come si connetta a diversi spunti di analisi economica del diritto presenti nel pionieristico lavoro di Calderoni (1).

## 2. *Atti volontari e responsabilità.*

Già a partire dalle sue prime opere Calderoni si confronta con il concetto di responsabilità, che nella sua prospettiva si lega strettamente a quelli di volontà e credenza. Mentre un Papini si interessa alla volontà come causa di credenze vere (la 'volontà di credere' come forza realizzatrice) e un Vailati mette piuttosto a fuoco la volontà come causa di credenze false (autoinganni), Calderoni si occupa della volontà come *effetto* di credenze (2).

Nella sua tesi di laurea (3) egli tratta essenzialmente due questioni, oggetto di controversia fra la scuola positiva e la scuola classica del diritto penale: 1) l'esistenza del libero arbitrio, che la scuola classica afferma e pone a fondamento dell'imputabilità e che

(1) Alcuni punti del presente lavoro riprendono parti di G. TUZET, *Ha senso fare previsioni normative?*, in *I pragmatisti italiani. Tra alleati e nemici*, a cura di G. Maddalena e G. Tuzet, Milano, AlboVersorio, 2007, pp. 53-74, ripubblicato con modifiche in Id., *La pratica dei valori. Nodi fra conoscenza e azione*, Macerata, Quodlibet, 2012, pp. 125-140, cui rimando per approfondimenti sul pragmatismo di Calderoni.

(2) *La cultura italiana del '900 attraverso le riviste*, a cura di D. Frigessi, vol. I («Leonardo» «Hermes» «Il Regno»), Torino, Einaudi, 1960, p. 270. Cfr. P. CASINI, *Alle origini del Novecento. «Leonardo», 1903-1907*, Bologna, il Mulino, 2002. Per un quadro generale, vedi A. SANTUCCI, *Il pragmatismo in Italia*, Bologna, il Mulino, 1963 e C. SINI, *Il pragmatismo americano*, Bari, Laterza, 1972.

(3) *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale* (1901), in M. CALDERONI, *Scritti*, a cura di O. Campa, 2 voll., Firenze, La Voce, 1924, vol. I, pp. 33-167; cfr. *ivi*, pp. 25-26. Sull'influenza metodologica di Calderoni su altri giuristi, vedi P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana: 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 79-84.

invece nega la scuola positiva; 2) la giustificazione del diritto di punire, che la scuola classica colloca nella giustizia e la scuola positiva nell'utilità (4). Senza entrare nei dettagli di tale disputa storica (5) si può rilevare che, in merito al primo punto, Calderoni difende una posizione che oggi si direbbe 'compatibilista', che cioè concilia libertà e causazione, in quanto riconosce nella volontà l'effetto di nostre credenze e la causa di azioni libere. Queste ultime rendono responsabili. Così dunque si articolano volontà e responsabilità: responsabile è colui che agisce volontariamente.

La nostra opinione è che il problema della libertà è uno solo. Ed è il problema della *volontarietà*. Ogni indagine avente per oggetto una libertà 'ulteriore', più profonda e più verace di questa, implica un impiego abusivo di termini atto a traviare il pensiero filosofico, e pertanto da scartarsi (6).

Tale libertà 'ulteriore' potrebbe per Calderoni essere chiamata *trascendentale*, ma ai fini giuridici e morali è sufficiente la libertà *pratica* che consiste nella volontarietà di un atto e che costituisce « il fondamento della responsabilità dell'uomo *di fronte ai propri simili* » (7).

Ma come si distinguono le azioni volontarie da quelle involontarie? L'azione volontaria è quella che può essere provocata, modificata o inibita dalla previsione di ciò che ne seguirebbe, in altri termini dalle credenze sui suoi effetti o in senso lato sulle sue conseguenze (conseguenze fattuali quando il soggetto si rappresenta ciò che accadrà in seguito all'azione o conseguenze normative quando si rappresenta ciò che dovrà o dovrebbe accadere secondo un dato ordine normativo). Infatti « è solo a quegli atti su cui hanno influito vere e proprie *credenze* nostre, che diamo il nome di

---

(4) CALDERONI, *Scritti*, cit., vol. I, pp. 41-42. Su questi punti vedi P. BORSELLINO, *Libertà, giustificazione della pena e metodo delle discipline penali in Calderoni*, in « Rivista critica di storia della filosofia », XXXIV (1979), 3, pp. 316-348; cfr. M.A. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 330-332. Sul tema della responsabilità giuridica, v. fra gli altri *Responsabilità e diritto*, a cura di F. Santoni de Sio, Milano, Giuffrè, 2008.

(5) Ne trattano peraltro i contributi di R. Bartoli e B. Pastore nel presente volume.

(6) CALDERONI, *Scritti*, cit., vol. I, p. 63.

(7) Ivi, p. 72.

volontari »<sup>(8)</sup>. Che le credenze abbiano tale ruolo è prova della nostra libertà.

La suscettibilità al motivo, l'attitudine cioè ad agire in modo diverso a seconda della previsione delle conseguenze dei nostri atti, ben lungi dall'essere un argomento *contro* la libertà e la responsabilità, è piuttosto la prova di essa<sup>(9)</sup>.

Non si frenerebbe dal bere chi, nonostante la sete, venisse informato che la bevanda è avvelenata? La previsione delle infauste conseguenze inibirebbe l'azione, a meno che non si tratti di un aspirante suicida, nel qual caso la credenza così formata spingerebbe ancor più rapidamente all'azione. In questo senso le nostre credenze sugli effetti o conseguenze di un atto volontario sono fra le sue *cause*<sup>(10)</sup>. Naturalmente non contano solo le conseguenze per la propria persona, ma anche quelle che coinvolgono familiari, amici, terzi a vario titolo, e non solo gli effetti certi di un'azione ma anche quelli probabili, con una diversa forza motivazionale a seconda della probabilità stimata.

Ciò vale nelle relazioni interpersonali a qualsiasi livello, di carattere istituzionale o meno, quale che sia il tipo di interesse o desiderio dell'agente.

Se bene osserviamo gli atti che chiamiamo volontari, vediamo che son tutti atti che non avverrebbero più, poniamo, se qualche informazione ci venisse data al momento dell'agire intorno alle conseguenze o al risultato dell'azione stessa. Se, per es., all'atto di firmare un contratto mi venisse riferito che l'altro contraente non è solvibile o, in altre parole, che non potrò avere i quattrini che mi spettano in compenso dell'opera mia; oppure se al momento di commettere un suicidio per amore mi venisse detto o potessi argomentare da qualche indizio che ogni speranza non è perduta, e che potrò un giorno essere corrisposto nei miei sentimenti<sup>(11)</sup>.

Si noti che, per essere analitici sotto il profilo teorico, non bastano le credenze a spiegare le azioni, occorrono anche i desideri

---

<sup>(8)</sup> Ivi, p. 98. Ma forse si può obiettare che questa teoria previsionale confonde il *significato* di 'volontarietà' con un *criterio* che utilizziamo per sapere se un atto è volontario.

<sup>(9)</sup> Ivi, p. 94.

<sup>(10)</sup> Ivi, p. 99. Cfr. ivi, pp. 108-109, 114 e 271.

<sup>(11)</sup> Ivi, vol. II, pp. 39-40.

degli agenti, o i loro ‘sentimenti’ per parlare più genericamente, o le loro *preferenze* per utilizzare una terminologia affine a quella economica.

Da nessuna combinazione di rappresentazioni o credenze potrebbe *dedursi* quale sarà l’atto seguente, ove non si conosca quale sarà il sentimento, nel senso più ampio della parola, ch’esse determineranno: in altre parole, quale sarà l’azione che l’agente *preferirà* <sup>(12)</sup>.

Per riprendere l’esempio della bevanda avvelenata, l’individuo che preferirà vivere si asterrà dal bere, mentre berrà colui che preferisce morire, sulla base della medesima credenza previsionale.

Ora fra ciò che può essere previsto hanno un particolare rilievo le *sanzioni*. Infatti, ciò che può inibire il compimento di una certa azione è la minaccia di un male o di una pena <sup>(13)</sup>. La sanzione negativa è una conseguenza che l’agente responsabile è in grado di prevedere e tenere in considerazione nel decidere se compiere o meno l’azione. Così dunque si articolano credenze, volontà e responsabilità: responsabile è colui che agisce volontariamente e volontario è l’atto suscettibile di essere influenzato dalle previsioni delle sue conseguenze <sup>(14)</sup>.

Sulla giustificazione del diritto di punire, rileva Calderoni, ogni giudizio di merito o demerito relativo a una condotta ne presuppone la responsabilità, quindi la scuola positiva che nega il libero arbitrio non può che rivolgersi a una giustificazione utilitarista in termini di difesa sociale; ma Calderoni obietta giustamente che anche un richiamo all’utile ha poco significato in un discorso che nega il libero arbitrio <sup>(15)</sup>: che senso ha esortare il legislatore o altri a una condotta

---

<sup>(12)</sup> Ivi, vol. I, p. 116. La scienza non può creare « valori etici », come non può creare « valori estetici » (ivi, p. 120); essa ci informa dettagliatamente sulle conseguenze dei nostri atti, ma la loro valutazione non è opera della scienza stessa ma dei nostri « sentimenti » (ivi, p. 122). Cfr. G. PONTARA, *Conoscenza e valutazione: lo scetticismo etico di Calderoni*, in « Rivista critica di storia della filosofia », XXXIV (1979), 3, pp. 349-366.

<sup>(13)</sup> « Se le azioni volontarie sono solo quelle e tutte quelle, su cui influiscono i nostri giudizi sulle conseguenze loro, ne consegue che solo l’azione volontaria potrà essere impedita dalla previsione di un male vicino o lontano che sia per derivare a qualcuno (propria persona, famiglia, amici, patria, umanità). Solo su di essa potrà agire il *motivo*, egoistico o altruistico » (CALDERONI, *Scritti*, cit., vol. I, pp. 108-109).

<sup>(14)</sup> Cfr. ivi, vol. I, pp. 271-272, nonché vol. II, pp. 36-40.

<sup>(15)</sup> Ivi, vol. I, pp. 125-126.

ispirata all'utilità se comunque tutte le nostre azioni sono determinate e in qualche senso non modificabili? Il pregio della scuola positiva sta semmai, per Calderoni, nell'aver individuato la forza o addirittura l'irresistibilità di *certi* impulsi per *certe* categorie d'individui (16). (Questo punto, sia detto per inciso, mi sembra ancora fondamentale per il contemporaneo dibattito sulle neuroscienze). Che continuino a esserci delitti mostra che l'efficacia della pena ha dei limiti « ed è di sommo interesse il conoscere *quali sono* questi limiti » (17). Tenendo comunque fermo l'assunto che una cosa è la protezione contro gli atti di un uomo libero (su cui si può influire minacciando sanzioni) e un'altra è la protezione contro un pericolo naturale (contro cui non ha senso levare minacce sanzionatorie).

La stessa tesi è presentata in lavori successivi (18), dove Calderoni l'armonizza alle *tesi pragmatiste* sviluppate nel frattempo sulla scorta di Peirce e consistenti nell'individuare il significato di una proposizione o di una teoria nelle sue *conseguenze pratiche*, o meglio nelle sue conseguenze non solo prevedibili e riscontrabili nell'esperienza (mediante esperimenti in particolare) ma anche suscettibili influenzare la nostra condotta a seconda dei nostri desideri (19). Si noti che in questo senso una credenza falsa è una credenza dannosa sotto il profilo pratico.

*Appunto perché* il credere modifica il nostro modo di agire, il credere una cosa *falsa* è un atto così grave per noi. Credere una cosa falsa e poi agire in conformità ad essa, vuol dire agire in conformità a delle aspettative che poi non si verificheranno; in altre parole vuol dire agire in vista di risultati che invece non si raggiungono. Il 'fiasco' è il coronamento di una 'volontà di credere' non sufficientemente inibita (20).

---

(16) Ivi, p. 136.

(17) Ivi, p. 137.

(18) In particolare nello scritto del 1905 *Intorno alla distinzione fra atti volontari ed involontari* (ivi, pp. 267-273) e in quello del 1907 *La volontarietà degli atti e la sua importanza sociale* (ivi, vol. II, pp. 25-55).

(19) « Nessuna proposizione, la quale sia suscettibile di esser tradotta in termini sperimentali, può esser priva d'importanza pratica per noi, poiché essa, indicandoci sempre qualche conseguenza possibile dei nostri atti, è sempre atta a modificare, più o meno profondamente, gli atti stessi, ed a fornirci, in altre parole, nuove regole per la volontà » (ivi, vol. I, p. 215).

(20) Ivi, p. 218. Si noti che in questo modo Calderoni si premura di distinguere il pragmatismo di Peirce da quello della 'volontà di credere' popolarizzato da James.

Tornando a noi, l'importanza della previsione si riscontra infatti nel definire volontario l'atto modificabile se variano le previsioni delle sue conseguenze. Tali atti, come si è detto, rendono responsabili (21). E tali conseguenze, sanzioni negative o positive, sono ciò che la morale e il diritto prospettano al fine di regolare la condotta degli uomini, sulla base del presupposto che questi siano capaci di prevederle, deliberare e agire in conformità a quanto deciso.

Tutta quanta la nostra organizzazione morale e giuridica, annettendo ad atti determinati conseguenze determinate ed artificiali, come la riprovazione, il castigo, la pena, ha per iscopo di fornire ulteriori motivi per astenersi dai medesimi; ma essa non può rivolgersi evidentemente se non a chi è capace di prevedere, e per quegli atti, la previsione delle cui conseguenze può essere causa modificatrice degli atti stessi (22).

Che le sanzioni, pene o ricompense, siano fra le conseguenze che possono far compiere, modificare o frenare un atto, dipende come si è detto dalla capacità degli uomini non solo di prevederle ma anche di deliberare in merito, cioè di decidere se compiere comunque l'azione, se modificarla, o se astenersi da essa. Questa capacità si può esprimere parlando di *plasticità* degli atti volontari (23). Il corpo plastico « è quello che conserva le modificazioni di forma impressigli dall'ambiente » (24). In analogia con questa proprietà fisica, plastici sono gli atti suscettibili di essere influenzati dalle credenze dell'agente in merito alle loro conseguenze.

Quando un atto è tale che esso sarebbe o sarebbe stato diverso se le aspettative dell'agente relative alle sue conseguenze fossero o fossero state diverse, allora l'atto in questione è di quelli che noi chiamiamo *volontari*. Se invece un atto si produce e si riproduce *qualunque siano* le conseguenze che derivano o si credono derivare dalla sua produzione, allora questo atto è di

---

(21) Mentre irresponsabili sono « quegli atti che non potevano essere preveduti (neppure con un'attenzione più intensa), o la cui previsione non poteva influire sulla loro produzione » (ivi, p. 272). (O meglio, sono irresponsabili quegli atti su cui non possono influire le previsioni delle loro conseguenze).

(22) *Ibidem.*

(23) Ivi, vol. II, pp. 39, 71, 85.

(24) Ivi, p. 39.

quelli che si dicono *non voluti, non volontari, o non influenzabili dalla volontà* <sup>(25)</sup>.

Con i suoi tipici esempi, tratti dall'esperienza comune e spie di una sensibilità da giurista concreto, Calderoni argomenta che la distinzione fra atti volontari e involontari è essenziale alla vita pratica e « quasi istintiva » <sup>(26)</sup>.

Il bambino presto impara a distinguere se qualcuno lo offende o gli fa male intenzionalmente o senza volere, e reagisce diversamente nei due casi. [...] E perfino il cane reagisce diversamente quando è pestato involontariamente dal suo padrone o quando ne riceve un calcio intenzionale <sup>(27)</sup>.

Per convincervi di ciò provatevi ad immaginare, se potete, un uomo che fosse *daltonico* rispetto a questa distinzione: un uomo, cioè, che in tutte le circostanze della vita manifestasse la più assoluta incapacità a distinguere le azioni volontarie dalle involontarie. Che cosa avverrebbe? Noi lo vedremmo agire e reagire di fronte ai suoi simili nei modi più incomposti e fuori di proposito: egli darebbe dei calci, poniamo, ad un bambino perché non cresce abbastanza rapidamente di statura; darebbe delle frustate a sua moglie per farla partorire; si esaurirebbe in comandi, minacce, offerte, preghiere, consigli per persuadere ad un lume di non spegnersi e ad un malato di non morire <sup>(28)</sup>.

Questa efficace *reductio ad absurdum* mostra come sia radicata nella nostra esperienza e sensibilità pratica la distinzione fra ciò che è volontario e ciò che non lo è. Negarla è sofisma da cattiva filosofia. Perché è assurdo battere la bambola che non fa quello che le viene chiesto <sup>(29)</sup>. E ancora, « diciamo che il buttarsi o no dalla finestra sta in nostro potere, ma che il fermarsi a mezza strada fra la finestra e il suolo non sta il nostro potere » <sup>(30)</sup>. Allo stesso modo, diverso è non fare una cosa perché superiore alle nostre forze e non farla per vigliaccheria o pigrizia, così come è diverso non resistere a una cosa

---

<sup>(25)</sup> Ivi, p. 68.

<sup>(26)</sup> Ivi, p. 27.

<sup>(27)</sup> *Ibidem*.

<sup>(28)</sup> Ivi, pp. 28-29.

<sup>(29)</sup> Ivi, pp. 38-39.

<sup>(30)</sup> Ivi, p. 33.

perché la si desidera e non resistervi perché involontaria (come uno starnuto o un conato di vomito) <sup>(31)</sup>.

In questa prospettiva il diritto penale è in sostanza « una forma di pedagogia per adulti, diretta o modificare le loro azioni volontarie » <sup>(32)</sup>. E quando si punisce chi la violato la legge lo si fa per indurlo a non farlo di nuovo e per indurre gli altri e non imitarlo <sup>(33)</sup>.

Si badi che di fronte alla minaccia di una pena le persone si dividono in tre categorie <sup>(34)</sup>: 1) quelle per cui la pena non sarebbe necessaria, poiché anche senza di essa si asterebbero da una certa azione; 2) quelle per cui è utile, poiché le fa desistere; 3) quelle per cui è inutile, poiché commettono il reato ugualmente. La categoria cruciale è la seconda, ed è su questa che si devono calibrare le pene. Gli studi positivisti sull'inefficacia delle pene, se pur importanti nell'indicare certe forme di involontarietà del comportamento, mancano il bersaglio: la questione che ci preme è *controfattuale*, in quanto ci chiediamo chi delinquerebbe se le pene non ci fossero. Dice giustamente Calderoni che « per giudicare della efficacia della pena occorrerebbero degli studi e delle statistiche non sulle persone che delinquono *non ostante la pena*, ma su quelli che *appunto perché la pena c'è* non delinquono e che delinquerebbero se la pena non ci fosse » <sup>(35)</sup>. In questa prospettiva la pena si presta a un'*analisi economica*:

---

<sup>(31)</sup> Ivi, pp. 33-34. Naturalmente ci sono margini diversi e casi dubbi: l'orgasmo è volontario o involontario?

<sup>(32)</sup> Ivi, p. 46.

<sup>(33)</sup> Analogamente, il prezzo di mercato di un bene non è tanto stabilito per remunerare chi l'ha prodotto ma per indurre altri a produrlo in quantità tale da incontrare le esigenze del mercato (ivi, p. 47). E la « legge d'indifferenza del mercato » impedisce di individualizzare i prezzi dei beni analogamente all'impossibilità di individualizzare *ex ante* le sanzioni del diritto penale (ivi, pp. 48-54).

<sup>(34)</sup> Ivi, p. 50. Cfr. ivi, vol. I, p. 322: fra chi non subisce la pena c'è colui per il quale la sanzione prevista è stata *appena efficace* a distoglierlo e colui che avrebbe preferito essere punito piuttosto che compiere l'atto. Sul marginalismo di Calderoni cfr. M. MORI, *La filosofia morale e l'etica marginalista di Calderoni*, in « Rivista critica di storia della filosofia », XXXIV (1979), 3, pp. 367-386; v. anche M. TORALDO DI FRANCA, *Pragmatismo e disarmonie sociali. Il pensiero di Mario Calderoni*, Milano, FrancoAngeli, 1983.

<sup>(35)</sup> CALDERONI, *Scritti*, cit., vol. II, p. 51.

sarebbe certamente curioso che mentre tutti riconoscono l'efficacia di un aumento di certi prezzi (dovuto poniamo ad un'*imposta*) nel distogliere gruppi più o meno numerosi di uomini dal compiere certi atti, non si riconoscesse alcuna consimile efficacia alla pena [...] che in sostanza *non è che un'imposta* che è messa dalla legge a compiere atti determinati e di particolare gravità che si chiamano delitti <sup>(36)</sup>.

L'analogia con i rapporti economici può essere spinta oltre i confini del diritto penale, per vedere nei rapporti giuridici e morali i riflessi di una logica più profonda che riguarda gli scambi fra gli uomini alla luce delle rispettive credenze e aspirazioni.

Dalla morale semplicistica dei decaloghi fino al diritto civile o penale, tutto può considerarsi come un vasto sistema di distribuzione e retribuzione, creato dalle aspirazioni e passioni contrarie degli uomini, che rendono necessarie *sanzioni* determinate ad atti determinati <sup>(37)</sup>.

Tutti gli *scambi*, infatti, derivano dalla possibilità di atti volontari:

dalla possibilità di atti volontari derivano tutte quelle forme di rapporti fra uomini in cui si dà o si promette qualche cosa affinché un altro o qualcun'altro o tutti gli altri si inducano a fare o ad astenersi da qualche cosa. Queste transazioni, ora si compiono fra un individuo determinato ed un altro individuo determinato, ora fra gruppi indeterminati d'individui, ora fra coloro che fanno le leggi e gli altri cittadini; secondo i casi quindi saremo nel campo della pedagogia, dell'economia, della morale, del diritto privato, del diritto pubblico, del diritto penale <sup>(38)</sup>.

Con la differenza che nella pedagogia si possono individualizzare le misure educative, ma nella legislazione e in altri contesti no. Con la conseguenza che realizzare la *giustizia retributiva* (consistente nel dare a ciascuno il suo) può essere molto arduo se non impossibile proprio in quei contesti giuridici che vorrebbero esserne espressione. Riflettiamo infatti sulle caratteristiche di un provvedimento legislativo:

---

<sup>(36)</sup> Ivi, p. 52. Ma oggi l'interpretazione della pena come imposta o prezzo è molto controversa. Cfr. C.E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », XLVIII (2005), 4, pp. 1336-1401.

<sup>(37)</sup> CALDERONI, *Scritti*, cit., vol. I, p. 294. La difficoltà di vederlo nasce dal fatto che nel mondo morale manca l'unità di misura comune che esiste nel mondo economico, cioè il danaro.

<sup>(38)</sup> Ivi, vol. II, p. 53.

sotto l'apparente maggiore uniformità, sotto la maggiore impersonalità e quindi imparzialità del provvedimento, si celano disparità grandissime e sperequazioni gravi di trattamento per gl'individui che soggiacciono (accettandolo più o meno volontariamente) al provvedimento medesimo. Le medesime azioni volontarie, infatti, e la cui volontarietà nessuno può negare, si compiono dai diversi individui in condizioni diversissime, le quali alla loro volta non dipendono dalla volontà di nessuno. Ecco perché l'ideale della giustizia retributiva — a ciascuno secondo i suoi meriti, secondo i suoi sacrifici, secondo il suo lavoro — è un ideale al quale ci si potrà avvicinare di più ma che non potrà mai esser del tutto raggiunto <sup>(39)</sup>.

Ma ora facciamo il punto su ciò che ci riguarda più da vicino. Calderoni si concentra sulle condizioni (fattuali) della responsabilità, mentre nei suoi primi scritti è piuttosto evasivo sulle sue conseguenze (normative). Per usare un vocabolario a noi contemporaneo, l'antecedente inferenziale della responsabilità è in Calderoni la volontarietà dell'atto, mentre il suo conseguente inferenziale è l'imputazione di una certa sanzione. Ora un problema teorico è che il criterio della prevedibilità spiega come venga determinato tale antecedente fattuale, ma non specifica il conseguente normativo (quale sanzione e in capo a chi). Oltretutto nei suoi primi scritti Calderoni non dice molto sullo statuto dell'imputazione stessa di responsabilità, che egli conosce bene nelle sue diverse forme giuridiche ma non qualifica filosoficamente. Il nesso fra volontarietà dell'atto e responsabilità è infatti di tipo normativo (o 'ascrittivo' secondo alcuni) <sup>(40)</sup>, non predittivo. Tuttavia in successive pagine di Calderoni i criteri di imputazione della responsabilità giuridica vengono debitamente approfonditi e sottoposti a una lettura economica *ante litteram* rispetto all'analisi economica del diritto che convenzionalmente si fa nascere con le opere di Coase e Calabresi negli Stati Uniti all'inizio degli anni '60 del Novecento. Come già abbiamo visto, infatti, le pagine di Calderoni sono ricche di simili spunti e restano a testimoniare l'acutezza del suo pensiero e la vastità dei suoi interessi.

---

<sup>(39)</sup> *Ibidem*. A questa esigenza mi pare rispondano almeno le cornici edittali indicate dalle norme penali.

<sup>(40)</sup> Così H.L.A. HART, *The Ascription of Responsibility and Rights*, in « Proceedings of the Aristotelian Society », XLIX (1949), pp. 171-194.

### 3. *Responsabilità giuridica e analisi economica del diritto.*

In uno scritto del 1908, *Forme e criteri di responsabilità* <sup>(41)</sup>, Calderoni nota che l'uomo vivente in società è « avvolto in una fitta rete di responsabilità » e che tuttavia il termine 'responsabilità' « è spesso usato con un significato vago, indeterminato, variabile » <sup>(42)</sup>. È lo stesso tipo di osservazione che egli aveva fatto alcuni anni prima a proposito del termine 'diritto' <sup>(43)</sup>. Ma qui aggiunge, a proposito del termine 'responsabilità', che nei suoi diversi usi « facciamo sempre allusione a *conseguenze* determinate che certi atti arrecano, o sogliono arrecare, o dovrebbero arrecare per noi od altri; conseguenze caratterizzate dal fatto di non essere le conseguenze *naturali* degli atti stessi ma di essere conseguenze *artificiali*, prodotte cioè dall'intervento più o meno deliberato, più o meno disciplinato, degli altri membri della collettività di cui facciamo parte » <sup>(44)</sup>.

È da notare che le « conseguenze artificiali » di cui parla Calderoni sono le sanzioni e che questo passaggio accenna alla loro dimensione normativa, specificamente deontica, quando parla di conseguenze che certi atti « dovrebbero arrecare per noi od altri ». Ma si noterà anche che tale qualificazione deontica è posposta alla loro caratterizzazione in termini di ciò che certi atti « arrecano, o sogliono arrecare ». In più, nel seguito, Calderoni definisce le nostre « *liste di responsabilità* » come « liste di conseguenze che per opera dei nostri simili certi atti producono, o produrrebbero se li com-

<sup>(41)</sup> CALDERONI, *Scritti*, cit., vol. II, pp. 57-97.

<sup>(42)</sup> Ivi, pp. 57-58. A conferma, si confrontino ad esempio: (a) la responsabilità per ciò a cui ci si è impegnati; (b) la responsabilità per ciò che si poteva prevedere; (c) la responsabilità per ciò che altri hanno compiuto e di cui si risponde al posto loro. Cfr. B. PASTORE, *Etica della responsabilità e tutela della natura: note sulla filosofia della crisi ecologica di Hans Jonas*, in « Ragion pratica », 15 (2000), pp. 109-130, segnatamente p. 127.

<sup>(43)</sup> CALDERONI, *Scritti*, cit., vol. I, pp. 275-283, dove egli svolge anche delle pionieristiche osservazioni *à la* Wittgenstein sul significato come uso e *à la* Quine sull'impossibilità di separare nettamente giudizi analitici e sintetici — a riguardo mi permetto di rimandare anche a G. TUZET, *Logica ed usi del pragmatismo*, in « Teoria e Critica della Regolazione Sociale », Quaderno 1 (2007), pp. 1-14, ripubblicato con modifiche in ID., *La pratica dei valori*, cit., pp. 109-123.

<sup>(44)</sup> CALDERONI, *Scritti*, cit., vol. II, pp. 58-59.

piessimo » (45). Da quest'ultima definizione scompare totalmente la dimensione deontica della sanzione.

Come oggi è ampiamente condiviso sulla base della critica di Hart alle 'teorie predittive del diritto', non è accettabile una riduzione dei concetti normativi a previsioni sulle loro conseguenze fattuali (46).

Oltretutto, le previsioni sull'applicazione di norme sono ancora più incerte di quelle meramente fattuali, dal momento che l'arbitrio o l'errore degli uomini possono sempre contraddire una previsione normativa del tutto attendibile. Non v'è soltanto un'incertezza epistemica che le previsioni normative condividono con quelle fattuali, ma anche un'incertezza ontologica consistente nel fatto che gli uomini e le autorità possono sempre, volontariamente o per errore, discostarsi da quanto le norme prescrivono — mentre un tuono, ovviamente, non può rifiutarsi di seguire un lampo o sbagliarsi nel farlo (47).

E ancora, che conclusioni trarre se volessimo sottoporre il concetto stesso di responsabilità a una lettura pragmatista come quella suggerita da Calderoni? Diremmo che responsabile è chi ci aspettiamo venga sanzionato? Una risposta del genere catturerebbe la natura normativa del concetto? Catturerebbe il fatto che il responsabile potrebbe restare impunito? Catturerebbe il fatto che un'autorità normativa potrebbe condannare un innocente? Potremmo così criticare la decisione di tale autorità? Non ha senso criticare il tuono che segue il lampo, ma ha senso criticare il giudice che condanna un innocente o un impone un risarcimento a chi non deve esserne gravato. E questo si spiega con la natura normativa dell'imputazione di responsabilità e sanzioni.

---

(45) Ivi, p. 59. Analogamente quando parla « dell'approvazione o della riprovazione, della riconoscenza o del risentimento che certi atti *provocherebbero*, se si compissero, dalla parte di chi enuncia il comando o la norma stessa » (ivi, p. 60, corsivo mio).

(46) H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), Oxford, Oxford University Press, 1994<sup>2</sup>, pp. 10-11 in particolare. Ma cfr. I. POZZONI, *Il pragmatismo analitico italiano di Mario Calderoni*, Morolo, IF Press, 2009.

(47) Chiaramente questa considerazione non vale per il determinista secondo cui ci sarebbe solo un problema epistemico, di insufficiente conoscenza sulle cause dei comportamenti.

Sotto un profilo teorico possiamo dire che una teoria pragmatica del diritto come quella delineata da Calderoni sulla scorta di Peirce fatica a catturare le conseguenze normative del diritto in quanto tali. Se le si vuole catturare, si può elaborare una forma di 'pragmatismo concettuale' che specifichi per ogni concetto giuridico (come il concetto di usufrutto, di ipoteca, o quant'altro) quali conseguenze normative ne costituiscono il significato. Ma questa opzione rinuncia alla dimensione empirica del pragmatismo di Calderoni, che sfugge a un arido concettualismo pur rischiando di ridurre ciò che deve essere a ciò che è o si prevede che sia. In più, a difesa di Calderoni, si deve ricordare che egli distingue bene le conseguenze *naturali* di un atto da quelle *artificiali*, e che le seconde sono appunto le conseguenze normative derivanti dall'applicazione di un certo concetto giuridico a un atto umano.

Resta in ogni caso che le previsioni normative sono uno strumento di grande importanza dal punto di vista conoscitivo e dell'orientamento a fini pratici. Se un investitore vuole sapere come un certo investimento verrà trattato dal sistema fiscale di un paese, un esperto potrà fornirgli delle previsioni in tal senso, che potranno influenzare la decisione dell'investitore. Ciò facendo non gli fornirà in senso stretto il significato di 'investimento', ma gli consentirà di formare delle credenze sulle conseguenze dell'investimento e decidere se operarlo o meno. La stessa logica è sottesa come abbiamo visto all'imputazione di responsabilità ed è proprio sui criteri distintivi delle sue forme giuridiche che ci soffermeremo in ultima analisi, per delinearne altresì gli aspetti economici nella prospettiva di Calderoni.

A differenza della responsabilità morale quella *giuridica* « si manifesta mediante degli organi e una procedura speciale (gli organi e la procedura legislativa e giudiziaria) e si fa valere per lo più col mezzo della forza fisica »<sup>(48)</sup>. Fra le forme della responsabilità giuridica si possono distinguere a grandi linee quella civile e quella penale.

La responsabilità *civile* consiste nel rimediare in qualche modo a un danno, cosa che non accade con quella *penale*. « La privazione

---

(48) CALDERONI, *Scritti*, cit., vol. II, p. 61.

della vita inflitta al colpevole di un omicidio non ha per risultato, né può avere per iscopo di rendere la vita all'ucciso » (49), com'è ovvio. Meno ovvio è che la riparazione del danno non sarebbe possibile, nella massima parte dei casi, se non esistesse quel mezzo di scambio, o misura comune, che chiamiamo 'danaro' (50). (Pur se non è necessariamente così, in quanto ci possono essere riduzioni in pristino). Tuttavia la « distinzione fra indennizzo e castigo non è sempre facile a mantenersi » (51), benché a grandi linee la loro differenza possa mantenersi.

Contro la tesi deterministica della scuola positiva, Calderoni insiste ancora una volta sul valore pratico della distinzione fra atti punibili e non punibili, basandola sulla distinzione fra atti volontari e non. La nostra condotta sociale è impensabile senza questo genere di distinzione (52). E la volontarietà dipende, come sappiamo, dalla suscettibilità di modifica alla luce delle previsioni sugli effetti, prossimi o remoti, degli atti.

Si deve notare peraltro che fra le conseguenze certe e quelle del tutto imprevedibili « vi è la vasta sfera delle conseguenze previste con un grado maggiore o minore di *probabilità*, e di quelle non previste bensì ma che si sarebbero potute prevedere se la conoscenza che abbiamo delle possibili e probabili conseguenze del non prevedere ci avesse indotti ad una maggiore 'attenzione' » (53). Il grado di attenzione possibile serve a determinare il grado della colpevolezza di un agente, indicandoci quanto il soggetto sia stato negligente o imprudente nel non prevedere determinate conseguenze (54).

La modificabilità dei nostri atti volontari viene chiamata come in precedenza *plasticità* e Calderoni la illustra con un tipico esempio di senso comune (la differenza tra l'atto di chi ferma per aria il braccio altrui che sta per colpire e l'atto di chi alza a sua volta il bastone per minacciare il malintenzionato) e ancor prima con un

---

(49) Ivi, p. 62.

(50) Ivi, p. 63.

(51) Ivi, p. 64.

(52) Ivi, pp. 67-72.

(53) Ivi, p. 70.

(54) « Di modo che la sfera della volontarietà vera e propria (intenzionalità, deliberato proposito di produrre una conseguenza ecc.) è circondata per così dire da un larghissimo 'alone' di semivolontarietà » (*ibidem*).

esempio che sembra tratto dalla contemporanea *teoria dei giochi*: chi agisce in un contesto sociale è chiamato a formare previsioni tenendo conto delle previsioni altrui sui suoi atti.

Ogni uomo che agisca fra uomini deve porsi la questione quale effetto avrà la sua condotta, ancora prima che egli non l'abbia iniziata, sulla condotta altrui, cioè in qual modo modificheranno gli altri uomini le loro azioni per la previsione delle modificazioni che egli arrecherà alle proprie <sup>(55)</sup>.

Su questa base i sistemi penali moderni prevedono certe *garanzie* per gli individui come quella di non punire se non le loro azioni volontarie, raggiungendo in questo modo « il doppio risultato di rendere da un lato più efficaci le punizioni, dall'altra di renderle meno oppressive per l'individuo » <sup>(56)</sup>.

La pena ideale sarebbe quella che non fosse mai applicata in quanto dotata della massima efficacia di dissuadere tutti i potenziali criminali; il che non potrebbe essere se non fosse garantita l'impunità a coloro che non hanno compiuto l'atto incriminato o che l'abbiano compiuto involontariamente <sup>(57)</sup>.

Venendo poi alla responsabilità civile, che Calderoni aveva trascurato nei suoi precedenti lavori, il discorso procede ricordando lo scopo principalmente « *riparativo* o *redistributivo* » <sup>(58)</sup>, cosa che però, nelle pagine successive, Calderoni stesso ridimensiona mostrando il valore di incentivo delle regole sulla responsabilità civile, con notevoli spunti da analisi economica del diritto <sup>(59)</sup>. Va ricordata ancora la differenza basilare fra responsabilità civile e penale:

mentre la responsabilità penale ci si presenta come l'imposizione di un danno (il danno della pena) che viene ad aggiungersi al danno del male avvenuto e che va quindi giustificato ulteriormente con ragioni diverse, la

---

<sup>(55)</sup> Ivi, p. 71.

<sup>(56)</sup> Ivi, p. 76.

<sup>(57)</sup> Ivi, pp. 72-73.

<sup>(58)</sup> Ivi, p. 79.

<sup>(59)</sup> Sull'idea che per l'analisi economica le regole giuridiche siano sostanzialmente degli *incentivi*, v. per tutti R. COOTER *et al.*, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, vol. I (*Fondamenti*), Bologna, il Mulino, 2006, p. 13, o anche D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto* (2000), Bologna, il Mulino, 2004, p. 33.

responsabilità civile non impone nessun nuovo danno, ma non fa che trasferire, che *spostare* un danno avvenuto da un individuo ad un altro <sup>(60)</sup>.

Ne è conseguenza che la volontarietà sembra non essere un criterio così indispensabile per l'imputazione della responsabilità civile come lo è per quella penale. Di fatto, nota però Calderoni <sup>(61)</sup>, la tendenza prevalente è quella di utilizzare il 'criterio della colpa'. Come mai? La risposta è in termini di *incentivi*: incentivare quella condotta *volontaria* che non produce danni. Le varie forme di responsabilità senza colpa non sono pertanto le eccezioni che vanno giustificate. Semmai, la giustificazione che occorre è quella del criterio della colpa (stante il fatto che, almeno a un primo sguardo, la volontarietà non è così importante per imputare la responsabilità civile come lo è invece per quella penale).

La risposta alla domanda fatta sopra è appunto nella plasticità degli atti volontari e nel proposito del legislatore di ridurre le condotte dannose incidendo sulle loro cause volontarie.

In altre parole, la responsabilità civile — sebbene non abbia per iscopo principale di funzionare da incentivo ad astenersi dagli atti dannosi — pur nondimeno è atta, come qualunque altra conseguenza non gradevole di un atto, a divenire un motivo per trattenersi dall'atto medesimo; e per tal modo viene a riavvicinarsi alla responsabilità penale e a farne in certo qual modo le veci <sup>(62)</sup>.

C'è una potente funzione e logica economica alla base di questo (ricordando anche che la sanzione penale è un costo aggiuntivo al danno già prodotto dal reo): ridurre i costi sociali delle nostre attività, fra cui vanno contati i costi dell'intervento del sistema giuridico (processuali *in primis*).

L'atto volontario è quello da cui è possibile astenersi in vista delle sue conseguenze; il rendere la responsabilità civile conseguenza di un atto volontario, se atto volontario vi è, è il sistema più *economico* per il legislatore

---

<sup>(60)</sup> CALDERONI, *Scritti*, cit., vol. II, p. 79. Il punto può essere parafrasato in termini di *costi*.

<sup>(61)</sup> Ivi, p. 80 e ss.

<sup>(62)</sup> Ivi, p. 85.

in quanto tende ad evitare la necessità di ristabilire o riparare l'ordine giuridico col prevenire il disordine <sup>(63)</sup>.

Il criterio della colpa si estende fino al punto di spiegare il cd. caso fortuito: di casi assolutamente fortuiti, quando si tratta di danni, è ben raro che si possa parlare secondo Calderoni. La tesi appare controintuitiva, ma l'argomento per supportarla è convincente. La vittima di un cd. caso fortuito è tendenzialmente qualcuno che ha tenuto volontariamente una certa condotta e dunque si è esposto a un rischio, sopportandone così le conseguenze negative. Calderoni offre a questo proposito l'esempio dell'agricoltore che costruisce un fienile sapendo che ogni anno in una certa zona una certa percentuale di fienili sono colpiti da fulmine. Il fulmine che disgraziatamente colpisce il suo fienile non è certamente un atto volontario dell'agricoltore stesso o di terzi, ma neppure rappresenta un caso assolutamente fortuito, se è corretto sostenere che la scelta di costruire il fienile sia stata un'assunzione di rischio e in qualche senso una causa rilevante dell'esito dannoso. Questo ne conclude Calderoni:

se ci è impossibile di trovare un caso fortuito assolutamente parlando, ci è però possibile, se non sempre facile, di dire da quale di due azioni o di due generi d'attività, d'impresa, ecc. un dato danno suol derivare con maggiore frequenza. Ora man mano che la connessione causale fra il danno e l'opera o l'attività volontaria di persone diverse dal danneggiato diventa meno stretta, questi rimane in campo come colui la cui attività preveggenze si trova più prossimamente connessa col danno medesimo. Se qualcuno può evitare un danno 'fortuito' o disporre la propria attività in modo da renderne quanto meno gravose è possibile le conseguenze, questi è precisamente il 'proprietario' <sup>(64)</sup>.

Analogamente si possono spiegare certe forme di responsabilità 'senza colpa' come la responsabilità vicaria (ad es. rispondere dei

---

<sup>(63)</sup> Ivi, p. 86. « Esso è il sistema più 'economico' anche in un senso più complesso » (aggiunge subito dopo Calderoni), « come quello che meglio concilia l'interesse di chi fa le leggi (persona o collettività) con l'interesse dei singoli che alle leggi sono soggetti, e rappresenta il miglior compromesso fra i fini che la legge si propone e gli altri fini che i consociati si propongono » (*ibidem*).

<sup>(64)</sup> Ivi, p. 90.

danni cagionati dai propri domestici, sulla base di un'assunzione di rischio) e quella che oggi chiamiamo 'responsabilità oggettiva' (65).

Di solito il soggetto su cui ricade la colpa è quello che ha tratto un vantaggio dalla condotta dannosa. Ma se c'è una divergenza fra il criterio della colpa (gravare del danno chi lo ha maggiormente voluto) e quello del vantaggio (gravare del danno chi ne trae maggior vantaggio), essa si spiega con lo scopo redistributivo della responsabilità civile, come nell'esempio dell'allora recente legislazione sugli infortuni del lavoro, emanata a favore dei gruppi più deboli stabilendo la responsabilità come una *forma d'imposta* sull'attività imprenditoriale (66).

Si tratta di considerazioni estremamente moderne da parte di Calderoni, cui si aggiunge il suo rilievo di una tendenza solidarista verso forme di responsabilità collettiva in favore dei danneggiati (a maggior ragione se questi sono vittime di certe condotte socialmente utili).

È così che, dove si sente la necessità di introdurre delle forme di responsabilità senza colpa, si manifesta la tendenza a trasformarle in forme più o meno manifeste di *responsabilità collettiva* (di gruppi, classi o intere società) verso i danneggiati. Questa tendenza è uno degli aspetti più notevoli che presenta il movimento, così sensibile nel mondo moderno, verso l'istituzione di nuove forme di *solidarietà*, ed una di quelle destinate a rendere più diverso il diritto dell'avvenire dal diritto del passato (67).

Per concludere, Calderoni insiste sull'*analogia fra responsabilità civile e forme d'imposta*. A volte le imposte hanno il mero scopo di 'fare cassa', come si dice oggi; ma a volte si avvicinano alla responsabilità civile in quanto hanno lo scopo di incoraggiare o scoraggiare certe attività.

Abbiano carattere fiscale o no, le imposte producono sempre effetti sulle azioni degli uomini; e questi effetti ora si traducono, per adoperare un termine tecnico, nella diminuzione della base imponibile; ora in traslazioni e ripercussioni indirette il cui prodursi costituisce un criterio indispensabile

---

(65) Ivi, pp. 90-91. Nella seconda metà del nostro Novecento, v. soprattutto P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961.

(66) CALDERONI, *Scritti*, cit., vol. II, pp. 92-93.

(67) Ivi, p. 95.

della opportunità o desiderabilità delle imposte e della preferibilità di certe imposte ad altre <sup>(68)</sup>.

In ogni caso un'imposta produce degli effetti di qualche tipo e l'analisi economica serve a cogliere quali incentivi o disincentivi essa comporti e se questi siano in linea con gli scopi che il legislatore o regolatore si propone con essa.

Se per esempio rendete responsabile degli infortuni un imprenditore solo nel caso di *colpa* da parte sua, otterrete il risultato che egli sarà certamente spinto ad una maggiore vigilanza o ad una maggiore oculatezza nello scegliere chi deve vigilare e dirigere. Se invece gli addossate la responsabilità anche per 'caso fortuito' sarà non più l'attività negligente che colpirete, ma l'attività dell'imprenditore in generale; avrete, in altre parole, *un peso sull'industria* <sup>(69)</sup>.

L'esempio già richiamato della legislazione sugli infortuni del lavoro mostra quanto Calderoni fosse attento alle modifiche del diritto dei suoi anni e quanto acuta fosse la sua analisi dei processi in corso. Che una forma di responsabilità o un'altra sia stabilita a carico di un imprenditore non è solo e non è tanto questione giuridico-concettuale; è anche e soprattutto scelta politica dagli effetti equiparabili a un'imposta (è « *un peso sull'industria* »); ed è misura suscettibile di produrre o meno i risultati attesi non solo in virtù dei desideri del legislatore o regolatore che la pone ma anche in virtù delle previsioni che gli agenti coinvolti faranno e delle condotte che terranno secondo i rispettivi desideri coniugati alle relative credenze.

Il risultato teorico che se ne può trarre in poche parole è che il diritto, nella sua multiforme vicenda storica, è più il risultato di una serie di forze e di motivi che non il progetto e prodotto di singole autorità. Legislatori, regolatori, giudici, amministratori, cittadini e agenti a vario titolo cooperano, talora in modo inintenzionale, alla realizzazione di un ordine comune che pur nei suoi precari equilibri realizza « il contemperamento delle varie tendenze, dei vari bisogni, delle varie idealità » <sup>(70)</sup> che si affacciano alla storia umana.

---

<sup>(68)</sup> Ivi, p. 96.

<sup>(69)</sup> Ivi, p. 97.

<sup>(70)</sup> Ivi, vol. I, p. 140.

ROSA M. CALCATERRA

LA RESPONSABILITÀ DI CREDERE.  
OSSERVAZIONI SUL PRAGMATISMO ETICO  
DI MARIO CALDERONI

1. Quale pragmatismo? — 2. L'etica della chiarezza e il compito terapeutico della filosofia. — 3. Normatività come libertà.

1. *Quale pragmatismo?*

Nel 1924, avviandosi alla conclusione delle sue pagine introduttive ai due volumi in cui aveva raccolto gli scritti di Mario Calderoni, Giovanni Papini scriveva:

Qualcuno, presto o tardi che sia, ripiglierà i fili interrotti, i muri incompiuti, e allora, per quanto assurda possa sembrare oggi una simile profezia, il pensiero di Calderoni apparirà come uno dei maggiori contributi della filosofia italiana nel primo decennio di questo secolo <sup>(1)</sup>.

Non vi è dubbio che l'originalità di questo filosofo, la sua capacità di sviluppare argomenti e pratiche filosofiche che anticipavano linee importanti della filosofia novecentesca, siano ormai riconosciute e perciò credo che sia più che opportuno continuare a raccogliere l'invito di Papini a riprendere 'i fili interrotti' della breve eppur intensa attività filosofica di Calderoni, a tentarne ulteriori intrecci e sviluppi.

Il titolo del mio intervento allude, chiaramente per contrasto, alla polemica di Calderoni nei confronti di William James, del quale egli appunto contestava quella che gli sembrava la nota cruciale del suo pragmatismo, vale a dire la teoria delle credenze offerta nel

---

<sup>(1)</sup> G. PAPINI, « Introduzione » a *Scritti di Mario Calderoni*, a cura di G. Papini, Firenze, La Voce editrice, 1924, vol. I.

famoso volume jamesiano intitolato *The Will to Believe* (2). Più in particolare, l'espressione 'responsabilità di credere' vorrebbe catturare un gruppo di argomenti avanzati dal filosofo pragmatista intorno al nesso tra costruzione delle credenze, costruzione delle norme pratiche e responsabilità morale e giuridica. Mi riferisco, ad esempio, alla tesi che le credenze non sono solo regole d'azione, come l'intero movimento pragmatista sostiene, ma sono « addirittura imperativi ipotetici », come afferma Calderoni nello scritto *Variazioni sul pragmatismo* (1905) (3). Mi riferisco, inoltre, alle sue definizioni degli atti volontari e involontari, così come alla distinzione tra cause interne e cause esterne dell'azione. Questo significa che le credenze, pur comportando un'obbligatorietà solo ipotetica, comunque chiamano in causa l'intreccio tra volere, potere e dovere in quanto categorie semantiche preposte a rappresentare la capacità umana non di « modificare *qualsivoglia* pratica », come giustamente precisa Calderoni, bensì di incidere sulle pratiche giuridiche e morali della società. Si tratta di un argomento molto complesso e meritevole di seria discussione, sul quale cercherò in seguito di proporre qualche osservazione. Mi limito per ora a sottolineare la centralità del concetto di volontà che tale argomento suggerisce proprio laddove stabilisce un nesso tra la costruzione delle credenze e la costruzione delle norme pratiche, insistendo sui concetti di 'previsione' e 'aspettativa'.

Come sappiamo, la polemica di Calderoni nei confronti della versione jamesiana del pragmatismo era tutt'uno con la sua scelta filosofica a favore del pragmatismo di Peirce: una scelta che, a mio avviso, fu innanzi tutto e per lo più una scelta eticamente fondata ossia legata all'attribuzione, tipicamente peirceana, di un forte valore etico al metodo scientifico-sperimentale. Infatti, nel famoso testo di Peirce, *The Fixation of Belief* (4), che insieme a *How to Make Our*

---

(2) W. JAMES, *The Will to Believe*, in ID., *The Will to Believe and Other Essays in Popular Philosophy*, New York, Holt & Co, 1897, trad. it. *La volontà di credere*, Milano, Rizzoli, 1984.

(3) M. CALDERONI, *Variazioni sul pragmatismo*, in ID., *Scritti sul pragmatismo*, a cura di A. Di Giovanni, Acireale-Roma, Bonanno editore, 2007, p. 88.

(4) Ch.S. PEIRCE, *The Fixation of Belief*, in ID., *Collected Papers* (CP), vol. V, ed. by P. Weiss, C. Hartshorne, Cambridge Ma, Harvard University Press, 1931, 5.2, §§

*Ideas Clear* <sup>(5)</sup>, è considerato in genere come una sorta di manifesto del pragmatismo, si trova una chiara presa di posizione in questo senso. Dopo aver descritto quelli che gli sembrano essere i principali metodi per stabilire le credenze — il metodo della tenacia, dell'autorità, dell'apriori e infine il metodo della scienza, riferendosi a quest'ultimo afferma:

È vero che anche gli altri metodi hanno i loro meriti: una chiara coscienza logica ci costa fatica — proprio come qualsiasi altra virtù, come tutto ciò che teniamo più caro. Ma non dovremmo desiderare che le cose stessero diversamente. Lo spirito del metodo logico di un uomo dovrebbe essere amato e riverito come la sua sposa, che egli ha scelta fra tutte. Non occorre che egli condanni le altre; al contrario, può rispettarle profondamente e così facendo egli rispetta di più la propria. Ma essa è colei che egli ha scelto e sa di aver avuto ragione facendo quella scelta. E avendola fatta, egli lavorerà e lotterà per lei, e non si lamenterà se ci sono colpi da incassare, sperando che ve ne siano altrettanti da restituire, e si sforzerà di essere il degno paladino e campione di colei dai cui splendori egli trae la sua ispirazione e il suo coraggio <sup>(6)</sup>.

La scelta 'etica' a favore del pragmatismo di Peirce mi sembra del resto confermata anche laddove Calderoni individua, oltre alla versione peirceana e a quella jamesiana, anche una terza forma di pragmatismo. Nei due scritti pubblicati a breve distanza sul « Leonardo », *Le varietà del Pragmatismo* (novembre 1904) e *Variazioni sul pragmatismo* (febbraio 1905), Calderoni distingue infatti tre forme di questo filone di pensiero: 1) il pragmatismo « critico, che mira ad eliminare, come questioni insussistenti, tutte quelle questioni filosofiche (e non filosofiche) le quali non siano suscettibili di tradursi in termini relativi al nostro mondo 'pratico' sperimentale », ossia non si riferiscano ad « *aspettative nostre effettive* od anche semplicemente possibili », come appunto recita la massima pragmatica di Peirce; 2) il pragmatismo della « *volontà di credere* » che fa astrazione provvisoria o definitiva dalla questione della *verità o falsità* delle credenze (con chiaro riferimento alla linea James-Schiller-Prezzolini); 3) « una terza varietà [...] che riconoscendo la

---

358-387; trad. it. *Il fissarsi della credenza*, in *Scritti scelti*, a cura di G. Maddalena, Torino, Utet, 2008, pp. 185-203.

<sup>(5)</sup> Ch.S. PEIRCE, *How to Make Our Ideas Clear*, in CP 5.2, §§ 388-410; trad. it. *Come rendere chiare le nostre idee*, in *Scritti scelti*, cit., pp. 205-227.

<sup>(6)</sup> Ch.S. PEIRCE, *Scritti scelti*, cit., p. 203.

funzione grandissima esercitata dalle operazioni attive e volontarie nel progresso del nostro sapere, ne trae diverse conseguenze d'indole metodologica, relative alla sfera delle definizioni, delle ipotesi, degli esperimenti». Questa terza forma, chiaramente improntata all'idea del pragmatismo come ratifica filosofica del metodo sperimentale scientifico, riconosce senz'altro una qualità etica anche nel pragmatismo della 'volontà di credere', proprio nella misura in cui tale forma adombra il criterio della costruzione volontaria di ipotesi sperimentali che contribuiscono a modificare — in positivo o in negativo — le nostre credenze. Tuttavia le simpatie di Calderoni per la fiducia positivista nel sapere scientifico non possono che portarlo verso quell'etica della chiarezza, del confronto con i fatti e, specialmente, della concezione dell'esperienza quale « maestra incomoda e severa » — per usare le sue stesse parole — idea in cui egli vede consistere il pragmatismo di Peirce e la sua divergenza rispetto a quello di James.

Tornerò a breve su questo punto, anche in vista di una proposta di ridimensionamento delle critiche di Calderoni al pragmatismo di James. Per ora mi preme sottolineare un'osservazione alquanto condivisa dagli storici della filosofia, cioè il fatto che la sua distinzione tra un pragmatismo — diciamo così — del tutto rispettabile e, anzi, da adottare come linea filosofica particolarmente proficua, da un lato, e un pragmatismo 'degenerato' rispetto alla versione originaria di Peirce, cioè il pragmatismo di James e dell'oxfordiano Ferdinand Canning Scott Schiller, ha prodotto una *koinè* interpretativa che si è profondamente radicata nella cultura filosofica italiana. Certamente, a ciò ha contribuito il fatto che la polemica di Calderoni nei confronti di James si saldava alle accese discussioni tra i giovani intellettuali che avevano dato vita alla rivista fiorentina « Leonardo », discussioni che vedevano crescere il divario tra due modi diversi di accogliere il pragmatismo, appunto quello di Vailati e Calderoni e quello di Prezzolini e Papini, che avrebbero in breve tempo portato alla conclusione della vicenda leonardiana. La formazione di due schieramenti filosofici diversi, quello dei 'pragmatisti logici', ovvero dei vivaci sostenitori di Peirce quali furono Vailati e Calderoni, e quello dei cosiddetti 'pragmatisti magici', Papini e Prezzolini, che invece apprezzavano maggiormente il James di *Will to Believe*, si concretava soprattutto nel dibattito che Calderoni

ingaggiò tra il 1904-1905 con Prezzolini — il quale non a caso aveva scelto lo pseudonimo ‘Giuliano il Sofista’.

È interessante notare che le due forme di ricezione del pragmatismo furono seguite da atteggiamenti politici contrastanti: il costante orientamento socialista dei ‘pragmatisti logici’ e — in anni notevolmente posteriori alla conclusione della vicenda leonardiana — le simpatie per il fascismo manifestate da Papini e Prezzolini, che peraltro ne avrebbero poi preso le distanze, e non è da escludere che ciò abbia avuto un peso anche nelle valutazioni, sia coeve sia successive, del pragmatismo jamesiano. A questo proposito, il filosofo statunitense Vincent Colapietro nota il contrasto tra « l’esuberante negazione dei limiti umani » da parte di Prezzolini e « l’umile riconoscimento di essi » da parte di Calderoni, indicando « la negazione dell’esistenza di qualsiasi limite al volere umano — l’elevazione del volere umano al volere divino » come un elemento che predisponeva Prezzolini e Papini verso il fascismo. Ammesso e non concesso che queste espressioni rispecchino in parte il pensiero dei cosiddetti pragmatisti ‘magici’ (7), certamente sarebbe facile da dimostrare quanto poco esse si attaglino al pensiero di James. Tuttavia, sta di fatto che questo e analoghi fraintendimenti ne segnarono la ricezione negativa da parte di quasi tutta la cultura filosofica del tempo. Bisogna aggiungere che la contrapposizione tra il pragmatismo di Peirce e quello di James in quanto forma ‘degenerata’ della versione peirceana è ancora alquanto vivace nel panorama filosofico internazionale. Non è il caso di dilungarmi su quest’aspetto tuttavia, a scopo di chiarezza, devo dire subito che non condivido questo schema interpretativo e anzi ho cercato, in vari contesti di analisi, di mostrare le affinità piuttosto che le presunte differenze radicali tra la linea pragmatista di Peirce e quella di James, Mead, Dewey nonché dei loro epigoni più recenti.

Ai fini di queste mie osservazioni sul pragmatismo di Calderoni, mi sembra opportuno rilevare un punto di convergenza tra Peirce e James assolutamente cruciale, vale a dire la loro comune

---

(7) Cfr. E.P. COLELLA, *Le due facce del pragmatismo italiano: il dibattito Prezzolini-Calderoni, 1904-1905* e V. COLAPIETRO, « Di’ al tuo amico Giuliano... ». *Gli entusiasmi di James e le riserve di Peirce*, in *I pragmatisti italiani. Tra alleati e nemici*, a cura di G. Maddalena, G. Tuzet, Milano, AlboVersorio, 2007, pp. 75-96 e 97-114.

intenzione di fare spazio ai criteri portanti della metodologia scientifica, criteri che entrambi individuano nello *sperimentalismo* e nel *fallibilismo* e infine nel *principio di 'socialità'*, che anche James — sempre etichettato come un grande individualista — non manca di sottolineare in *The Meaning of Truth*, il testo in cui cercava di rispondere ai vari fraintendimenti della propria filosofia, testo che, forse non a caso, è rimasto a lungo ignorato soprattutto in Europa (8).

Eppure, gli scritti di Calderoni attestano la sua propensione a ritrovare un punto fermo della divergenza tra Peirce e James proprio nei rispettivi atteggiamenti, diciamo così, di 'rispetto' e di 'sospetto' nei confronti del metodo scientifico. D'altra parte, bisogna anche dire che Calderoni aveva potuto leggere ben poco tanto di James quanto di Peirce e forse è lecito immaginare che avrebbe avuto difficoltà ad accettare la 'metafisica scientifica' che quest'ultimo si impegnò a costruire. Allo stesso tempo, si potrebbe anche immaginare che Calderoni avrebbe in qualche modo rivisto, modificato, alcune sue opinioni su James se avesse potuto avere una conoscenza più approfondita della sua opera, quanto meno rileggendo il passaggio della conferenza jamesiana intitolata *Pragmatism and Humanism*, in cui il filosofo americano si rammaricava delle vere e proprie incomprensioni provocate dal titolo che aveva scelto per la sua opera più famosa:

Una volta scrissi un saggio sul diritto di credere, che ebbi l'infelice idea di chiamare *Volontà di credere*. Tutte le critiche, ignorando il saggio, si scagliarono contro il titolo. Psicologicamente era impossibile, moralmente era iniquo. Ironicamente mi fu proposto di sostituirlo con 'Volontà di ingannare' o con 'Volontà di far-credere' (9).

## 2. *L'etica della chiarezza e il compito terapeutico della filosofia.*

Lasciando sullo sfondo queste annotazioni, vorrei ora cercare di guardare un po' più da vicino i motivi di apprezzamento del

---

(8) W. JAMES, *The Meaning of Truth. A Sequel to 'Pragmatism'*, Cambridge Ma, Harvard University Press, 1975; la prima traduzione italiana è *Il significato della verità. Una prosecuzione di Pragmatismo*, a cura di F. Bordogna, Torino, Aragno, 2010.

(9) W. JAMES, *Pragmatism*, Cambridge Ma, Harvard University Press, 1975; trad. it., a cura di S. Franzese, *Pragmatismo*, Torino, Aragno, 2007, p. 154.

pragmatismo di Peirce che Calderoni ci offre e le applicazioni che ne propone. Come ho accennato in precedenza, Calderoni condivide la qualità etica del pragmatismo di Peirce: la sua enfasi sul valore della chiarezza, del confronto con i fatti e, specialmente, della concezione dell'esperienza quale 'maestra incomoda e severa'. Ed è appunto a partire da questi criteri, che sono ad un tempo valori etici ed epistemologici — con buona pace dei sostenitori della dicotomia fatto-valore, etica-scienza —, egli introduce i suoi argomenti più originali. Primo fra tutti, il tema della comprensione del significato dei termini e dei concetti mediante esempi piuttosto che definizioni, in relazione al loro uso nonché ai rapporti 'grammaticali' — come dirà in seguito Wittgenstein — con altri termini o concetti, insomma in relazione ad un determinato contesto semantico.

Su questo tema, presentato nella recensione al volume di Giorgio Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione di diritto* (1905) <sup>(10)</sup>, Giovanni Tuzet ha scritto pagine interessanti e precise <sup>(11)</sup>, segnalando con chiarezza i punti di difficoltà che emergono specialmente laddove si intenda spiegare il significato dei concetti giuridici e morali, più precisamente, il loro carattere normativo, mediante l'applicazione della massima pragmatica di Peirce, che — come abbiamo visto — Calderoni interpreta senz'altro nei termini della previsione delle conseguenze probabili di una idea o credenza. Conviene tuttavia riprendere qualche passaggio del testo in considerazione:

La necessità di una vera e propria 'definizione' non si fa sempre sentire: basta, talora, per rendere utilizzabile una parola, l'indicare un certo numero di esempi scelti convenientemente, fidandoci di una somiglianza anche vaga che percepiamo, o supponiamo esistere fra gli esempi stessi, senza indicare però in che questa somiglianza consista. Questo procedimento è anzi il solo di cui disponiamo per fare imparare ai bambini l'uso delle prime parole, o alle persone che parlano solo una lingua diversa dalla nostra senza che noi sappiamo la loro (metodo Berlitz), esso è anche il solo opportuno per tutte quelle parole che ci sono così note e d'applicazione così costante, che non possediamo altre parole più note e meno equivoche per farne intendere il 'senso' vero e proprio.

---

<sup>(10)</sup> M. CALDERONI, *La filosofia del diritto*, in *Scritti di Mario Calderoni*, cit., vol. I, pp. 275-283.

<sup>(11)</sup> G. TUZET, *Ha senso fare previsioni normative? Pragmatismo ed etica in Calderoni*, in *I pragmatisti italiani*, cit., pp. 53-74.

Il bisogno di conoscere il senso di una parola non nasce dunque finché v'è consenso nell'uso di essa. Esso infatti si fa sentire vivamente ogni qualvolta sorga il dissenso fra coloro che devono applicarla [...] Tutte le scienze, tutte le discipline hanno i loro 'casi difficili', ignoti ai *routiniers* delle scienze e delle discipline stesse: sono essi quelli che fanno sentire il bisogno di definire ciò che i *routiniers* trovano evidente, ovvio, intuitivo; in essi sta nel fatto, la giustificazione 'pratica' di ogni filosofia. La filosofia nasce, quindi, dal dissenso e lo presuppone <sup>(12)</sup>.

Oltre alle questioni relative alla comprensione del significato, vi è in questi passaggi una precisa definizione dell'origine e del compito della filosofia, che si profila, appunto, come un'attività squisitamente pratica, cioè radicata nell'esigenza di dirimere le controversie che insorgono nella prassi linguistica ordinaria dei diversi settori disciplinari. In altre parole, la filosofia è innanzi tutto un'attività terapeutica mirata a individuare e dissolvere i 'crampi mentali', gli 'incantamenti' prodotti dall'uso stesso del linguaggio, come dirà più tardi Wittgenstein. Ed è ancora di sapore wittgensteiniano l'affermazione di Calderoni che non serve a nulla ed anzi sia profondamente scorretto « assumere il dissenso come inesistente » postulando « una 'forma logica' universale e costante » che presiederebbe a tutti i ragionamenti umani: questo atteggiamento — egli concludeva — potrebbe servire tutt'al più « a mostrare l'inutilità e l'impotenza di certi filosofi e di certa filosofia » <sup>(13)</sup>.

Il confronto con Wittgenstein è però a mio avviso particolarmente interessante se si prendono in considerazione le riflessioni di Calderoni in merito alla questione della volontà e ai correlati argomenti della distinzione tra atti volontari e involontari, sui quali poggia il tema della responsabilità individuale, sia morale sia giuridica. In questo caso, il confronto mi sembra utile non tanto per tentare di rintracciare ulteriori consonanze tra i due filosofi quanto per segnalare il cambiamento di prospettiva suggerito da Wittgenstein e assunto poi come una sorta di piattaforma operativa da

---

<sup>(12)</sup> *Scritti di Mario Calderoni*, cit., p. 276.

<sup>(13)</sup> Ivi, p. 277, 278. Calderoni aggiunge in nota un esempio tanto divertente quanto incisivo per mostrare la necessità di un'analisi del significato e, soprattutto, per indicare al riguardo l'importanza del contesto discorsivo: « Si pensi alla differenza che ha la medesima frase 'la via del retto' a seconda che è pronunciata da un medico al letto di un malato o da un predicatore sul pulpito » (p. 278, n. 1).

successive teorie dell'azione volontaria, quali quelle di Georg Henrik Von Wright o Donald Davidson.

L'etica della chiarezza, che Calderoni sostiene giovandosi della 'massima pragmatica' di Peirce, si esprime — come dicevo — nell'invito ad affrontare la questione del 'senso' delle parole o dei concetti operando una svolta rispetto al tradizionale impegno filosofico di procurare definizioni: una svolta che, appunto, consiste nel fornire esempi e persino, in certi casi, nell'ostentare i riferimenti oggettuali delle parole. Questa medesima strategia va adottata, a suo avviso, anche quando ci si impegni a chiarire le questioni relative al concetto di volontà umana. Occorre partire dall'osservazione e descrizione della vicende della vita quotidiana — egli afferma — per comprendere cosa significhino espressioni come 'volontario' e 'involontario', fermo restando che tali espressioni ricorrono continuamente e, soprattutto, in modo 'spontaneo' nelle nostre pratiche ordinarie. Più precisamente, Calderoni scrive che la distinzione tra atti volontari e involontari ha « un'indole pratica » ovvero « sperimentale » e, come tale, è una distinzione che inerisce al nostro linguaggio così come ai nostri atteggiamenti affettivi/emotivi. Infatti, su quest'ultimo piano non è indifferente se, per esempio, arriviamo a giudicare un evento — positivo o negativo che sia — come effetto di un atto volontario oppure di una causa involontaria, intendendo con ciò sia cause naturali sia azioni umane non ascrivibili alla volontarietà dei soggetti implicati. Vi saranno, cioè, reazioni emotive/affettive al medesimo evento di segno diverso a seconda della loro spiegazione in termini di causa volontaria o viceversa.

D'altra parte, Calderoni sembra suggerire che ciò che maggiormente conta è il 'fatto oggettivo', per così dire, che la distinzione tra volontario e involontario si presenti con chiarezza e ovvietà, imponendosi non solo in merito ad atti già compiuti ma anche a quelli ancora da compiere. A suo avviso, la frequenza con cui tale distinzione si presenta è analoga a quella che compiamo rispetto alle proprietà degli oggetti naturali, ad esempio molle/duro, fragile/resistente etc. A questo proposito, egli stigmatizza la 'scuola positiva' di filosofia del diritto per la quale la distinzione tra atti volontari e atti involontari non ha alcun fondamento teorico-scientifico eppure va mantenuta e applicata sul piano giuridico e morale per ragioni pratico-sociali. Se non ci sono giustificazioni teorico-scientifiche

della distinzione — argomenta Calderoni — bisogna semplicemente lasciarla cadere, piuttosto che farsi carico di una sorta di ‘daltonismo filosofico’ che egli non manca di imputare anche al Kant che ne fa un postulato della ragion pratica e a Nietzsche che la considera un’illusione inutile.

Lasciando da parte questa audace analogia tra Kant e Nietzsche, mi interessa sottolineare l’istanza teoretica che emerge da queste affermazioni, vale a dire l’intenzione di Calderoni di cercare una via per eliminare il contrasto tra scienza e prassi etica. È un aspetto particolarmente intrigante perché, da un lato, tale intento collima con la fiducia positivista nel sapere scientifico e, infatti, l’accento di Calderoni cade sulla necessità di riportare l’analisi etica ai criteri del metodo e del sapere scientifico; dall’altro lato, vi è un’anticipazione della tendenza tipica del secondo Novecento a oltrepassare un punto fermo degli epigoni neo-empiristici del positivismo ottocentesco e cioè la netta distinzione tra sfera scientifica e sfera pratica, vale a dire la convinzione che esse siano governate da criteri del tutto eterogenei: rispettivamente soggettivi-emotivi e oggettivi-razionali. È una distinzione che il naturalismo umanistico di Dewey e il pragmatismo concettuale di Clarence Irving Lewis presero di petto, e che comunque resta al centro del dibattito neo-pragmatista, a partire da Putnam, Bernstein, Rorty e molti altri.

Ai fini di queste mie annotazioni, è però importante sottolineare che Calderoni tende ad assimilare la sfera della pratica a quella del senso comune e, appunto in questa luce, sostiene la necessità di provvedere ad un’analisi del significato dei concetti di ‘azione volontaria’ e ‘azione involontaria’, che si giovi del metodo previsionale espresso dalla massima pragmatista di Peirce. L’assimilazione del ‘senso comune’ alla sfera pratica meriterebbe di per sé un confronto serrato con la filosofia di Wittgenstein <sup>(14)</sup>, tuttavia mi

---

(14) Per un primo passo verso tale confronto mi sia consentito rimandare al mio *Un sano senso della realtà*, in « Spazio filosofico », 2013, n. 8, pp. 329-338 e *Reality in Practice*, in « Esercizi filosofici », 10 (2015), 1, pp. 136-153; si vedano inoltre: R. FABBRICHESI, *Peirce and Wittgenstein on Common Sense*, in « Cognitio », 2004, 2, pp. 58-71; G. MADDALENA, *La via pragmatista al senso comune*, in *Itinerari Pragmatisti*, in « Paradigmi », XXVIII (2010), 3, pp. 57-71; A. BONCOMPAGNI, *The Mother-tongue of Thought: James and Wittgenstein on Common Sense*, in « Cognitio », 2012, 1, pp. 37-59.

basta qui segnalarne l'importanza teoretica e continuare invece a seguire Calderoni laddove, applicando la massima di Peirce, egli viene a stabilire l'equivalenza tra atto volontario e 'aspettativa': « *L'azione volontaria è quella che conta fra le sue cause dei giudizi, delle previsioni in genere, ed in ispecie delle previsioni relative all'atto stesso che sta per compiersi* » (15).

Conviene rilevare la precisazione che la caratteristica dell'azione volontaria è di risultare « suscettibile di essere provocata o modificata dalla previsione di avvenimenti determinati, sia fuori di noi sia in noi » (16). Certamente è una precisazione discutibile quanto meno perché il ventaglio delle previsioni possibili è sempre relativo ad una serie di fattori potenzialmente indefinibili. Tuttavia non va sottovalutato il fatto che Calderoni non manchi di porre attenzione alla distinzione tra 'poter prevedere' e 'saper prevedere', distinzione che è chiaramente di cruciale importanza per l'attribuzione della responsabilità morale o giuridica di un atto. Anzi, vi è in proposito un forte disappunto nei riguardi dei 'lombrosiani' che sostengono un'equivalenza tra potere e volere, alla quale invece — scrive Calderoni — si ribella il senso comune, cioè l'intera sfera pratica con cui esso coincide.

D'altra parte, ai fini del confronto con Wittgenstein e i teorici dell'azione che hanno seguito le sue tracce, è interessante la distinzione calderoniana tra la spiegazione delle proprietà materiali, per esempio i colori, e la spiegazione della volontarietà o meno delle azioni umane. L'una, sostiene Calderoni, può essere soddisfatta ostensivamente, mentre l'altra richiede una procedura sperimentale costruita *ad hoc*, vale a dire idonea a verificare se un certo atto si sarebbe ripetuto in qualunque circostanza possibile. È una procedura che ricalca la metodologia scientifica proprio in quanto consiste nel preordinare una gamma di circostanze pensabili e nel reiterarle il più possibile per verificare il modo di comportarsi degli oggetti fisici. Più specificatamente, Calderoni pone una differenza tra volontarietà e involontarietà degli atti che corrisponderebbe alla differenza tra elasticità e plasticità dei corpi fisici, in modo tale da

---

(15) *Scritti di Mario Calderoni*, cit., p. 40.

(16) M. CALDERONI, *Intorno alla distinzione tra atti volontari ed involontari*, in *Scritti sul pragmatismo*, cit., p. 102.

escludere che l'atto volontario possa consistere solamente nel ricordo di esperienze passate, essendo piuttosto caratterizzato da una componente cognitiva la cui specifica natura consiste nell'essere una previsione condizionale. Quest'ultimo aspetto rappresenta, infatti, il tratto costitutivo della volontarietà e, infine, coincide — a suo dire — con il significato della libertà umana <sup>(17)</sup>.

Come cercherò di indicare, vi è qui una divergenza rispetto a Wittgenstein, il quale nei diversi contesti in cui si concentra sull'analisi dei verbi intenzionali — decidere, intendere, volere, voler dire etc. — pone innanzi tutto una sorta di veto nei confronti di qualsivoglia confronto o analogia tra il campo semantico del volere e quello dei fatti fisici, in particolare di quelli che possono essere provocati dall'agente come, ad esempio, la chiusura di una porta mediante l'atto volontario di girare la chiave nella serratura. Questo passaggio delle *Ricerche Filosofiche* è al riguardo illuminante:

‘Volere’ non è il nome di un'azione, e quindi neanche il nome di un'azione volontaria. E il mio falso modo di esprimermi proveniva dal voler pensare al volere come a una provocazione immediata, non causale. Ma a fondamento di questa idea sta un'analogia ingannevole; il nesso causale sembra stabilito da un meccanismo che collega due parti di una macchina. Se il meccanismo viene disturbato il collegamento può interrompersi <sup>(18)</sup>.

Più in generale, il filosofo viennese mette in guardia rispetto alle analogie fuorvianti prodotte dalla continua interferenza del linguaggio fisico con tutte le nostre forme di discorso: « Tutte le nostre forme di discorso sono tratte dal normale linguaggio fisico, e non si possono usare in teoria della conoscenza o fenomenologia senza proiettare false luci sull'argomento » <sup>(19)</sup>.

In breve, Wittgenstein intende sostenere che la grammatica del volere ha un suo statuto specifico, il quale ha ben poco a che fare con la conoscenza di eventuali esperienze passate o future né tanto meno riguarda la verificabilità o falsificabilità degli asserti in cui com-

<sup>(17)</sup> *Scritti di Mario Calderoni*, cit., pp. 41-43 e 68.

<sup>(18)</sup> Cfr. L. WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, edited by G.E.M. Anscombe and R. Rhees, Oxford, Blackwell, 1953, § 571. Per una più adeguata disamina del tema in considerazione, si veda R. EGIDI, *Intendere e volere nelle Ricerche filosofiche*, in « Paradigmi », XXVI (2008), 2, pp. 85-100.

<sup>(19)</sup> Cfr. WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, cit., §57c.

paiono termini come ‘volontario’ o ‘involontario’. Piuttosto, occorre rifarsi al piano della ragion pratica e della normatività intersoggettivamente costituita che, secondo Wittgenstein, ne connota l’articolazione e i possibili sviluppi. In verità, quest’ultimo argomento ci risulta ben adombrato da Calderoni se ci spostiamo sul terreno delle sue osservazioni circa la responsabilità giuridica o morale, un terreno evidentemente limitrofo a quello della volontarietà/libertà. Infatti, qui ci troviamo subito di fronte alla definizione della normatività come prodotto sociale, vale a dire notiamo uno stretto legame tra l’esistenza di ‘norme di condotta e di costume’ e il concetto stesso di responsabilità: in poche parole, Calderoni afferma che il significato del termine responsabilità allude alle determinate conseguenze ‘artificiali’, cioè prodotte dalla società e dalla sua storia, che certi atti implicano <sup>(20)</sup>.

### 3. *Normatività come libertà.*

Non è chiaro come la definizione della normatività in quanto ‘prodotto sociale’ si possa legare ad una concezione della volontà ancora in certo modo intrisa — come mi sembra essere quella di Calderoni — di un’ontologia dell’umano che ne prevede lo statuto fattuale più che funzionale e/o concettuale. Perciò vorrei soffermarmi sulla sua precisazione che « le norme di costume » implicano « modi costanti di reagire alle azioni altrui » <sup>(21)</sup>, tenendo presente che egli tende a coniugare un accostamento di tipo pragmatista alla rete concettuale delle nozioni di volontà, responsabilità, normatività con un’impostazione del problema della spiegazione dell’agire umano che fa capo alla concezione brentaniana della credenza e del giudizio.

Come sappiamo, in Brentano si è soliti rintracciare una prospettiva ‘internalista/mentalista’ non del tutto coerente con il pragmatismo di Peirce, eppure Calderoni invita a valorizzare la teoria brentaniana dei ‘fatti mentali’, secondo la quale essi vanno distinti in rappresentazioni o idee e credenze o giudizi, intendendo per quest’ultima categoria quei fatti mentali che sono suscettibili di verità o

---

<sup>(20)</sup> *Scritti di Mario Calderoni*, cit., vol. II, pp. 59-60.

<sup>(21)</sup> *Ivi*, p. 60.

falsità proprio perché — scrive Calderoni — essi implicano *previsione o aspettativa* (22). In questa luce egli enuncia la sua tesi principale:

Ciò che distingue l'azione volontaria dall'azione involontaria è precisamente questo: che *l'azione volontaria è quella che conta fra le sue cause dei giudizi, delle previsioni in genere*, ed in specie delle previsioni relative all'atto stesso che sta per compiersi. L'azione volontaria è l'azione suscettibile di essere provocata o modificata dalla previsione di avvenimenti determinati, sia fuori di noi, sia in noi, e più particolarmente dalla previsione di ciò che avverrebbe se l'azione si compiesse (delle conseguenze, cioè, dell'azione medesima) (23).

Insomma, seguendo Brentano, Calderoni sostiene che le credenze o i giudizi costituiscono il 'fenomeno' che *causa* l'atto volontario ovvero che l'esercizio della volontà è un effetto 'causato' da questi fatti mentali. Ebbene, su questo punto la distanza rispetto a Wittgenstein è notevole. Ciononostante, vi si possono riscontrare motivi alquanto proficui per rimodulare su nuove basi l'idea calderoniana del fattore sociale della normatività cui accennavo in precedenza. A tale scopo va innanzi tutto rilevato che le analisi di Wittgenstein volte a chiarire i cosiddetti verbi intenzionali, e principalmente il volere, tendono a mettere definitivamente in parentesi l'impianto fenomenologico di origine brentaniana per cui l'intenzionalità è la caratteristica specifica del mentale, anzi, è ciò che definisce la relazione tra stati o processi mentali e fatti reali, compresi quelli relativi all'azione umana. Diversamente, Wittgenstein concepisce l'intenzionalità come una funzione del linguaggio, e precisamente la funzione mediante la quale si definisce l'uso dei verbi intenzionali che, secondo la sua analisi, derivano il loro significato da determinate relazioni 'interne' al linguaggio stesso e non già dalla relazione tra pensiero e realtà alla quale Brentano cercava, appunto, di agganciare la sua nozione di intenzionalità.

Nelle *Ricerche filosofiche*, questa posizione 'anti-brentaniana' prende una curvatura particolarmente interessante ai fini del confronto con Calderoni in merito al tema della volontà e all'analisi dell'agire volontario. In estrema sintesi, la tesi di Wittgenstein è che

---

(22) CALDERONI, *Scritti sul pragmatismo*, cit., p. 101.

(23) Ivi, p. 102; cfr. anche M. CALDERONI, *I postulati della scienza positiva ed il diritto penale*, in *Scritti di Mario Calderoni*, cit., vol. I, p. 99.

l'agire volontario vada compreso in relazione a un contesto e ai giochi linguistici alla cui costituzione contribuisce, in misura importante, anche il complesso di aspettative reciproche che si vengono a formare tra i parlanti, vale a dire tutto ciò che ci si attende dai propri interlocutori in un certo contesto effettivo. Questo equivale a dire che la volontà dell'agente è comunque vincolata a norme di linguaggio e di comportamento non fattuali né soggettivamente determinate bensì intersoggettivamente riconosciute.

I verbi intenzionali e specialmente il volere — ci dice Wittgenstein — esprimono abilità acquisite seguendo determinate regole sociali e imparando ad applicarle correttamente; pertanto, sono verbi che esprimono atteggiamenti che dipendono dall'agente e, allo stesso tempo, dal gioco linguistico entro il quale egli agisce: insomma, i verbi intenzionali dipendono da contesti « che siamo noi a governare » e che, proprio per questo, si distinguono dai giochi linguistici relativi ai fatti fisici o psichici, i quali invece accadono a prescindere dalla nostra volontà ossia « che noi lo vogliamo o no » (24). Wittgenstein ci invita, dunque, ad evitare 'analogie fuorvianti' tra i fatti della realtà — fisica o psicologica che sia — e le norme dell'agire; soprattutto, si può dire che egli ci inviti a riconoscere la forza e allo stesso tempo la permeabilità della dimensione normativa della vita umana, vale a dire la sua valenza costitutiva ma anche la sua suscettibilità a tutti i rischi così come a tutte le positive evoluzioni che attengono alla possibilità stessa degli esseri umani di costruire norme ed esserne vincolati, in una parola: alla possibilità stessa di essere liberi e perciò anche responsabili nei confronti delle norme che noi stessi edificiamo e che, proprio per questo, possiamo anche modificare. A tale proposito mi sembra utile considerare che, mentre Calderoni tende ad assimilare la libertà umana alla capacità logica di costruire previsioni, la prospettiva wittgensteiniana l'assegna invece, in apparente paradosso, alla normatività che intesse le azioni umane, le quali sarebbero appunto tanto più libere quanto più normativamente determinate (25).

Sulla scia di Wittgenstein, Georg Henrik Von Wright ha elaborato una concezione delle azioni libere che credo si presti ad

---

(24) WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, cit., § 116.

(25) Cfr. EGIDI, *Intendere e volere*, cit., p. 100.

un'integrazione delle osservazioni di Calderoni in merito allo spinoso problema del rapporto tra libertà e determinismo. Come osserva Baldassare Pastore nel suo intervento sulla posizione di Calderoni in merito ai concetti di 'libero arbitrio' e 'imputabilità', il filosofo del diritto pragmatista inquadra il rapporto tra libertà e determinismo in una visuale compatibilista che ha in Hume un importante esponente. Riguardo a quest'ultimo, Pastore precisa:

La libertà riguarda le azioni che, per essere libere, devono seguire, senza costrizioni o impedimenti, la nostra volontà, ma non riguarda la volontà medesima (né le scelte da essa operate). Volontà e scelta sono determinate dalla nostra storia, dalla nostra esperienza, dalle circostanze, dagli influssi ambientali e familiari che ci hanno formato. Le azioni sono determinate dalla volontà umana, che, a sua volta, è determinata da fattori esterni all'agente <sup>(26)</sup>.

Inoltre si puntualizza che il compatibilismo o riconciliazionismo si prefigge di mostrare che « il contrasto tra determinismo e indeterminismo è solo un contrasto su parole e può essere risolto ridefinendo la due nozioni chiave: causalità e libertà », spostando così l'attenzione dal piano ontologico-metafisico a quello logico-funzionale. Ebbene, in questa stessa direzione si muovono gli studi di Von Wright che convergono nella sua teoria neo-wittgensteiniana dell'azione, all'interno della quale interessa qui ricordare la nozione di « *action for reasons* », ossia il concetto di « agire in base a ragioni » che egli definisce 'gemello' al concetto di azione libera <sup>(27)</sup>. Si può dire che, in buona sostanza, tale nozione viene a porsi come un antidoto al determinismo sotteso all'idea che l'agire sia l'effetto di una qualche *causa*, ivi compresi certi specifici fatti mentali, quali i giudizi e le credenze dell'agente. Infatti, il concetto stesso di causa porta con sé l'idea della rigidità delle leggi di natura mentre istituire una legame strutturale tra le azioni umane e le 'ragioni' per cui esse vengono, possono o devono essere compiute significa proporre una

---

<sup>(26)</sup> B. PASTORE, *Pragmatismo e diritto penale. Le riflessioni di Mario Calderoni su « libero arbitrio » e « imputabilità »*, in questo volume.

<sup>(27)</sup> G.H. VON WRIGHT, *Explanation and Understanding of Action*, in « Revue Internationale de Philosophie », 35 (1981), p. 133; trad. it. *Spiegazione e comprensione in Id., Georg Von Wright. Mente, azione, libertà. Saggi 1983-2003*, Macerata, Quodlibet, 2007, p. 49.

comprensione della libertà e della volontà che fa appello al carattere dinamico ed estremamente complesso della capacità umana di ragionare e interloquire mediante parametri culturali. Per essere più precisi, tale punto di vista considera l'esercizio della capacità di ragionare come il terreno delle significazioni e delle interpretazioni dei termini o concetti che man mano intervengono nelle valutazioni dei nostri e altrui comportamenti, accantonando l'idea che tale capacità implichi una relazione causale rispetto all'agire ovvero possa fornire un'esatta, univoca spiegazione logica delle singole azioni. Di conseguenza, il programma del compatibilismo cui si è accennato poco sopra viene implementato tramite, il chiarimento della differenza semantica e funzionale che sussiste tra il concetto di determinazione fisico-naturale e quello di determinazione dell'agire umano, vale a dire sostenendo che nel primo caso si fa capo allo scopo di spiegare i fatti fisici mentre nel secondo vige uno scopo 'valutativo'. Per questa via, il classico conflitto tra libertà e determinismo può essere dissolto proseguendo su basi concettuali e semantiche la via kantiana secondo la quale le leggi di natura e la libertà che attiene alla ragion pratica si mostrano senz'altro compatibili.

Come si è visto, il termine 'causa' occupa una solida posizione nelle note di Calderoni sulle azioni umane e — stando anche ai rapidi appunti qui proposti — sarebbe forse ingiusto attribuirgli una mancanza di consapevolezza della complessità semantica di tale termine ovvero dell'opportunità di riservare il termine causa alla sfera fisico-naturale piuttosto che usarlo anche in merito all'analisi di fenomeni squisitamente umani, quali quelli dell'azione volontaria, della normatività etica e giuridica. Del resto, è probabile che egli avrebbe sottoscritto l'affermazione di Von Wright che il concetto di libertà è un presupposto logico della comprensione/spiegazione di tutti questi fenomeni ossia che « I concetti usati per descrivere e spiegare le azioni umane, come motivo, ragione, scelta, deliberazione, ecc. si collegano tutti all'idea di 'libertà' » (28).

Forse un approfondimento logico-semantico potrebbe aiutare a portare avanti la qualità etica del pragmatismo di Calderoni di cui

---

(28) G.H. VON WRIGHT, *Freedom and Determination*, in « Acta Philosophica Fennica », XXXI (1980), p. 67; trad. it. *Libertà e determinazione*, Parma, Pratiche Editrice, 1984, p. 109.

dicevo all'inizio di questo mio intervento, ma potrebbe anche servire a rivisitare il rapporto tra livello normativo e livello descrittivo, che i suoi scritti propongono come un tema filosofico di primaria importanza. Mi sembra quindi interessante ricordare che Wittgenstein usa l'espressione « atti creativi » per riferirsi a ciò che viene espresso da alcuni verbi intenzionali e in particolare il verbo 'volere', proprio per sottolineare che il loro statuto normativo non deriva da esperienze, passate o possibili. Si prospetta in questo modo, a mio parere, un'interessante sterzata rispetto al razionalismo 'logicista' che Calderoni ha cercato di difendere *contra* James, benché secondo una linea teoretica tutt'altro che antiquata e comunque tale da invitare a recuperarne i tratti più originali proprio ai fini di una rivisitazione dei concetti di razionalità e di creatività umana. Ma allora non è forse del tutto fuori luogo ripensare anche, purché senza cedimenti allo scetticismo irrazionalista, all'espressione profetica del suo amico e contendente Giuliano il Sofista: « l'animale razionale cederà il posto all'animale creativo » <sup>(29)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> G. PREZZOLINI, *L'arte di persuadere*, Firenze, F. Lumachi, 1907, p. 102.

GUIDO BAGGIO

TEORIA SOCIALE DELLA CONDOTTA UMANA.  
IL CONTRIBUTO DI CALDERONI  
A UNA FILOSOFIA PRAGMATISTA DELL'ECONOMIA

1. Introduzione. — 2. Etica ed economia della condotta umana. La prospettiva di Calderoni. — 2.1. Una teoria comportamentale della morale a partire da Vilfredo Pareto. — 2.2. Presupposti metodologici e limiti teorici. — 3. Verso una teoria sociale pragmatica dell'economia. — 3.1. Comportamento economico: una nuova prospettiva a partire dalla psicologia sociale di G.H. Mead. — 4. Conclusione.

1. *Introduzione.*

L'economia è la scienza dell'uomo prudente e calcolatore (economico); ma questo non significa prudente o calcolatore nel proprio gretto interesse individuale. Un'economia sarebbe egualmente possibile anche ove gli uomini fossero assai meno 'egoisti' di quanto non siano attualmente, ed anche ove non lo fossero affatto. Nel fatto, gli economisti si sono trovati costretti per lo più a 'postulare' quelle scelte che nel linguaggio ordinario vengono designate come 'egoistiche'; ma questo solo perché l'esperienza ci insegna che le scelte di questo genere sono assai più numerose e frequenti che non quelle determinate dalla considerazione dell' 'interesse' altrui. *Una scienza economica che postuli una forte dose di egoismo negli uomini sarà perciò assai più 'vicina alla realtà' che non un'altra: ma questo non può dirsi affatto un elemento essenziale alla scienza stessa* <sup>(1)</sup>.

A partire da queste parole di Calderoni vorrei tentare di approntare una riflessione che permetta di tracciare le linee generali di una teoria pragmatica della condotta umana in economia meno 'egoista' ma non necessariamente più 'lontana dalla realtà'. Prendendo il passo da alcune osservazioni sulla proposta di Calderoni, riguardo ad una spiegazione comportamentale dell'agire morale e

---

<sup>(1)</sup> M. CALDERONI, *Disarmonie economiche e disarmonie morali (saggio sopra un'estensione della teoria ricardiana della rendita)*, Firenze, F. Lumachi, 1906, p. 95.

del modo di concepire l'interazione tra etica ed economia, la mia idea è quella di indicare alcuni elementi della teoria sociale di George Herbert Mead che possano offrire degli spunti per correggere le derive individualistiche del paradigma dell'*homo oeconomicus*. L'intento è quello di mostrare in che modo una teoria sociale pragmatista della condotta umana sia in grado di indicare la via per il superamento della dicotomia individuale/sociale e dell'opposizione tra l'approccio descrittivista dell'efficienza economica e quello normativista della desiderabilità etica.

## 2. *Etica ed economia della condotta umana. La prospettiva di Calderoni.*

Nell'introduzione al saggio *Disarmonie economiche e disarmonie morali* Calderoni notava che a partire dalla rivoluzione industriale e dall'affermarsi della libertà commerciale l'economia era andata man mano costituendosi come scienza autonoma, concentrandosi sempre più su questioni riguardanti l'incremento del benessere materiale e della ricchezza monetaria e occupandosi di aspetti sempre più avulsi dalle questioni morali. Nella nota in appendice al testo sosteneva poi che il distacco tra *homo oeconomicus* e *homo moralis* trovava la sua causa nell'opposizione tra il postulato edonistico a lungo considerato presupposto necessario delle teorie economiche e la prospettiva razionalistica e prescrittivista della morale, secondo cui non sempre il piacere più intenso è quello che produce l'azione, talora al piacere maggiore l'individuo preferisce il minore o addirittura il dolore.

L'osservazione di Calderoni si inseriva in una riflessione più ampia riguardante la proposta di una riabilitazione della stretta interdipendenza tra scienza economica e scienza morale, basata sulla constatazione che la distinzione tra considerazioni etiche dell'economia e considerazioni economiche della morale sono in realtà il frutto di una divisione di compiti su di uno stesso campo di lavoro e non su campi di azione differenti <sup>(2)</sup>. La stessa morale può definirsi una scienza *economica* o *proeretica* in quanto scienza più ampia che

---

(2) D'altronde, sosteneva Calderoni, se gli scambi di cui si occupa l'economia non sono solo quelli che hanno la moneta come intermediario, d'altra parte concetti

racchiude quella più ristretta dell'economia. Le due discipline devono dunque « *per forza*, sul terreno pratico, venire ad un compromesso » <sup>(3)</sup>, giacché entrambe si occupano della condotta umana e la differenza di compiti fa esclusivo riferimento alle prospettive da cui osservano lo stesso oggetto di studio.

Il modo di ristabilire la connessione tra condotta morale e condotta economica è, secondo Calderoni, quello di evitare di appellarsi a motivazioni o intenzioni soggettive e fare riferimento solamente alle scelte osservabili nel comportamento degli individui. Né la prospettiva utilitarista dell'economia né quella intuizionista propria della morale sono infatti riuscite a risolvere la questione riguardante la possibilità di valutare adeguatamente i moventi e le intenzioni degli individui. Parlare di piacere e dolore non ha reso maggiormente conoscibili le intenzioni umane nelle scelte economiche, né l'assunzione di virtù e massime ha permesso di illuminare quali siano le motivazioni dietro alla scelta di agire moralmente da parte dei singoli individui. Non rimane quindi che accogliere l'insegnamento del positivismo ad accettare una gradualità e una misura della conoscenza, abbandonando ogni pretesa di rintracciare un principio ultimo, fosse esso razionale o emotivo, della condotta umana. In altre parole, si tratta di eliminare qualsiasi riferimento alla dimensione soggettiva (ovvero all'introspezione) dalle valutazioni della condotta etica ed economica e fare appello al solo studio *empirico* del comportamento, tenendo conto che le scelte connesse a certi atti sono valutabili solo in riferimento ad altri comportamenti e scelte ad essi collegati.

### 2.1. *Una teoria comportamentale della morale a partire da Vilfredo Pareto.*

Calderoni abbozza così ciò che potremmo definire una teoria comportamentale dell'agire umano, sostenendo che le scelte o preferenze degli uomini fanno riferimento a *motivi* o *intenzioni* alla base di queste scelte, motivi che sono noti solo indirettamente attraverso

---

come 'utilità', 'costi', 'benefici', 'sacrifici', 'retribuzioni' entrano a pieno diritto nella riflessione morale.

<sup>(3)</sup> CALDERONI, *Disarmonie*, cit., p. 8.

l'osservazione del comportamento di quell'individuo che agisce in un certo modo e che permette di ipotizzare che avrebbe agito diversamente se una data circostanza fosse stata diversa. In altre parole, ciò che è possibile sapere della scala di valori di ogni individuo deriva dall'osservazione del suo comportamento, ovvero delle scelte che egli mette in atto in date circostanze. Ciò è possibile proprio perché gli stati d'animo si rivelano attraverso sintomi esterni, *sintomi* che sono gli *unici mezzi* a disposizione per valutare della bontà etica o meno del soggetto riguardo anche ad altre scelte possibili ad essi collegate.

Va tenuto conto che la prospettiva calderoniana era al tempo accompagnata in ambito economico dal mutamento di paradigma in chiave positivista promosso tra gli altri da Vilfredo Pareto. Il lavoro di Pareto si inseriva infatti in un processo di 'matematizzazione' della scienza economica che aveva lo scopo di renderla sempre più indipendente dalle basi edonistiche benthamiane (4). Pareto aveva elaborato una teoria dell'economia pura che puntava ad eliminare ogni riferimento ad analisi psicologiche delle motivazioni alla base delle preferenze del soggetto economico, occupandosi esclusivamente del « *puro e nudo fatto* » della *scelta* dei singoli individui (5). Nello specifico, il 'fatto' era che un essere vivente (uomo o animale) posto dinanzi alla scelta di varie combinazioni di beni si trova sempre nella stessa situazione di perplessità, rendendo così le varie combinazioni parte di una stessa curva di indifferenza. Le curve di indifferenza e le curve di utilità marginale non implicano riferimenti a piaceri e dolori, e quindi a intenzioni o motivazioni, ma solamente alle *quantità* delle merci e alla loro misurazione monetaria. In questo senso centrale si rivelava l'osservazione delle *abitudini costanti di scelta* degli individui alla base di *comportamenti di scelta prevedibili*. Il requisito affinché l'economia diventasse una scienza certa era

---

(4) Cfr. S.B. LEWIN, *Economics and Psychology: Lessons for Our Own Day from the Early Twentieth Century*, in « Journal of Economic Literature », 34 (1996), 3, pp. 1293-1323; L. BRUNI, R. SUGDEN, *The Road not taken: how psychology was removed from economics, and how it might be brought back*, in « The Economic Journal », 117 (2007), January, pp. 146-173.

(5) V. PARETO, *Sunto di alcuni capitoli di un nuovo trattato di economia pura del prof. Pareto*, in « Giornale degli Economisti », marzo (1900), p. 217.

dunque, secondo Pareto, la sostituzione della nozione di ‘scelta’ a quella di ‘sensazione’. Definiva così la scienza economica come la scienza dell’azione logica, ovvero di quell’azione che è il risultato di un ragionamento strumentale valido che parte da premesse certe (6). Sebbene non negasse l’idea, alla base della stessa teoria edonistica, secondo la quale l’uomo sceglie la combinazione di beni che gli procura il maggior piacere, con il suo lavoro egli offriva le basi per il modello dell’agente razionale normativo, poiché giudicava le preferenze e i gusti inferibili dalla sola osservazione delle scelte esibite, e tali scelte frutto di un soggetto in grado di agire in modo da procurarsi il massimo vantaggio con il minimo dispendio.

Ora, secondo Calderoni il requisito dell’osservazione delle *abitudini costanti di scelta* alla base di *comportamenti economici prevedibili* permetteva di offrire un contributo utile anche all’osservazione dell’agire morale (7). Egli radicava quindi nel modello della comparazione di utilità marginali la sua *teoria della condotta umana morale*, secondo la quale l’utilità di un’azione virtuosa viene valutata non in riferimento all’utilità complessiva delle azioni della stessa specie quanto riguardo all’utilità corrispondente a un determinato aumento nel loro numero o nella frequenza (8). Gli atti vengono valutati morali o immorali in base all’utilità o disutilità che essi rivestono nel contesto in cui vengono posti in essere (9). Calderoni

---

(6) Cfr. V. PARETO, *Cours d'économie politique professé à l'Université de Lausanne* (1896-97), in ID., *Œuvres complètes*, 1° vol., Genève, 1964; trad. it., *Corso di economia politica*, 2 voll., Torino, Einaudi, 1942.

(7) Gli argomenti portati a favore della tesi utilitarista della misurabilità di piaceri e dolori si basano su di una evidenza tutt’altro che scontata, ovvero che tale misurazione venga fatta da ogni individuo in ogni azione che compie ed in ogni sua scelta, rintracciando nella moneta uno strumento di misurazione del valore di queste scelte analogo al barometro nella misurazione della pressione dell’aria.

(8) Cfr. G. VAILATI, *Scritti*, a cura di M. Quaranta, Bologna, Formi, 1987, vol. I, p. 295.

(9) D’altronde, egli sosteneva, né l’economia né la morale possono giudicare gli apprezzamenti ultimi, le tendenze, i sentimenti, gli ideali, fatti irriducibili della natura umana che non possono, dallo scienziato e dal filosofo, se non essere presupposti semplicemente come *dati* in quanto frutto di valutazioni spettanti « a tutti noi in quanto siamo uomini ed abbiamo tendenze, gusti, aspirazioni, ideali diversi o comuni » (CALDERONI, *Disarmonie*, cit., pp. 11-12). Calderoni riprendeva, su questo punto, l’idea di Vailati secondo cui la migliore tra le teorie, posti determinati fini che nessuna di esse

intendeva così sostituire ad una morale dell'imperativo categorico una morale dell'imperativo ipotetico, consapevole del fatto che molte virtù, così come vengono esposte dalle teorie che basano la pretesa di universalità su massime generali e principi astratti, vengono considerate assolute per il solo fatto che non vi è nessun pericolo che si ecceda in esse, giacché se fossero applicate da tutti in maniera categorica si mostrerebbero pericolose e tutt'altro che utili alla società.

## 2.2. *Presupposti metodologici e limiti teorici.*

Calderoni prediligeva il modello economico marginalista per il numero limitato di presupposti teorici che esso prendeva in considerazione. Era infatti convinzione sua e di Giovanni Vailati che *quanti più caratteri un'ipotesi scientifica riesce a trascurare per poter funzionare maggiore sarà la sua utilità*, e che una complicazione della teoria, con l'inclusione nel modello teorico di ulteriori circostanze che complicano il fenomeno da studiare, presuppone un processo inverso di riduzione dei fatti ai caratteri costitutivi minimi <sup>(10)</sup>. Come Calderoni scriveva insieme a Vailati:

Una gran parte della nostra attività scientifica o speculativa ha per iscopo di determinare, non già se le affermazioni che prendiamo a considerare siano vere o false, ma nel ricercare quali fra esse dovrebbero esser vere se altre lo fossero, o perché altre lo sieno; nel determinare cioè quali supposizioni occorrerebbe, o *basterebbe*, fare per poter giungere a tali o tali altre conclusioni, o a quali conclusioni si sarebbe condotti ove si volessero ammettere tali o tali altre supposizioni (ipotesi) <sup>(11)</sup>.

L'impiego da parte degli economisti della scuola matematica « di un ipotetico Robinson per lo studio dei fenomeni elementari

---

potrebbe mai stabilire, non è tale se non serve a distinguere il *da farsi* dal *da non farsi*. I fini, come noterebbe Vailati, sono scelti in base a determinati elementi che non possono ricadere nella dimensione scientifica. E al riguardo scrive Calderoni: « Un apprezzamento non è, come lo è una credenza o previsione, capace di essere *vero o falso*; — da nessuna combinazione di credenze o previsioni, da nessuna teoria potrebbe dedursi che cosa debba farsi, se non si supponesse, in noi stessi o in altri, desiderati ossia preferiti certi fini a certi altri » (ivi, p. 13).

<sup>(10)</sup> Cf. M. CALDERONI, G. VAILATI, *Il pragmatismo*, a cura di G. Papini, Lanciano, Carabba Editore, 1931, p. 142.

<sup>(11)</sup> Ivi, p. 147. Corsivo aggiunto.

della produzione e dello scambio » (12), è infatti per Calderoni un esempio di questo modo di procedere *ipotetico* della scienza. Così come ipotetica e utile è l'analogia che gli economisti matematici rivelano

tra i procedimenti ipotetici da loro impiegati per lo studio dei fenomeni di scambio e l'impiego che si fa, in meccanica razionale, delle considerazioni relative ai movimenti *virtuali* delle varie parti di un meccanismo [...] per la previsione dei loro movimenti *reali* e per la determinazione delle condizioni da cui essi nel fatto dipendono (13).

Vi è però un rischio che una tale riduzione metodologica e l'utilizzo di simili analogie tra i fenomeni di scambio — e quindi delle scelte umane — e le ipotesi della meccanica portano con sé, e che Calderoni non sembra considerare adeguatamente (molto probabilmente perché non ebbe tempo sufficiente per proseguire nelle proprie riflessioni): il rischio che la visione semplificata che essi rappresentano diventi nel lungo corso l'unica prospettiva sulla realtà. In altre parole, vi è il rischio che il modello semplificato diventi il paradigma di riferimento per valutare le dinamiche reali e, anziché rimanere un 'simulacro teorico' ipotetico di un insieme di fenomeni da rendere intelligibili, riduca il territorio rappresentato alla mappa, giungendo a considerare della realtà solo quegli elementi che confermano la teoria, eliminando gli altri (14).

Il postulato dell'*homo oeconomicus* prudente e calcolatore, consapevole dei propri gusti e in grado di scegliere *volontariamente* e uniformemente in base a preferenze coerenti, stabili e indipendenti dal contesto, è *diventato* elemento essenziale della scienza economica per gran parte del Novecento. Ma il problema è che l'idea che l'essere umano agisca egoisticamente è diventata la realtà, per gli economisti,

---

(12) Ivi, p. 152.

(13) *Ibidem*.

(14) Su questo punto vedi ad esempio K. POPPER, *La riduzione scientifica e l'essenziale incompletezza della scienza*, in Id., *Alles Leben ist Problemlösen. Über Erkenntnis, Geschichte und Politik*, trad. it. di D. Antiseri, *Tutta la vita è risolvere problemi. Scritti sulla conoscenza, la storia e la politica*, Milano, Rusconi, 1996, p. 84. D'altronde la gran parte dei teorici marginalisti hanno accolto ciò che Caldwell ha definito una 'received view' del positivismo, ovvero una sua versione rivista. Cfr. B.J. CALDWELL, *Beyond Positivism: Economic Methodology in the Twentieth Century*, London and New York, Routledge, 1994.

i quali hanno completamente rimosso il fatto che ogni riduzione metodologica operata riguardo ai fenomeni da osservare per poter formulare una conoscenza il più possibile unitaria è sempre soggetta ad apprezzamenti di criteri scelti arbitrariamente. Essi hanno così trascurato il fatto che le scelte di preferenza che il soggetto in carne ed ossa mette in atto nelle situazioni concrete sono il frutto di una sfera di influenza che coinvolge interessi, bisogni, propositi, aspirazioni che derivano all'individuo dalla peculiarità della sua natura di animale sociale (15). Parliamo in particolare di quella dimensione *qualitativa* alla quale appartengono le *attitudini comportamentali* degli individui che si costituiscono in un contesto socio-culturale che contribuisce alla costruzione della visione del mondo di ognuno, il suo senso di appartenenza alla comunità e all'ambiente, il quadro valoriale ed esperienziale che caratterizza la sua struttura bio-psico-sociale come strut-

---

(15) Cfr. CALDERONI, VAILATI, *Il pragmatismo*, cit., p. 142. Si tratta di scelte, quindi, fatte in base a valutazioni che coinvolgono aspetti, per dirla jamesianamente, temperamentali, che includono sentimenti, credenze, *emozioni*, e più in generale tutti quegli aspetti umani che trascendono la dimensione puramente logico-calcolante e che si rivelano, oltre che elementi che influenzano l'agire quotidiano del singolo individuo, elementi che condizionano la scelta dei presupposti alla base delle teorie scientifiche e filosofiche. Parlare di *temperamento* significa già di per sé richiamare all'interno della ricerca scientifica una dimensione che coinvolge degli aspetti dell'uomo che la sola razionalità non può comprendere. William James riteneva che le dispute che hanno interessato la storia del pensiero sin dalle sue origini siano in realtà frutto di esseri umani concreti, ognuno con una propria esperienza, una base di credenze, una formazione, ecc. Il temperamento caratteriale condiziona le preferenze per una certa dottrina (filosofica, scientifica, religiosa, ecc.) anziché per un'altra, e risulta una « ragione non convenzionalmente riconosciuta » ma che opera in realtà in maniera determinante nelle scelte, tanto di filosofi e scienziati, quanto in quelle dell'uomo della strada, fornendo una motivazione molto più forte di qualsiasi altra premessa strettamente oggettiva (W. JAMES, *Pragmatism, A new Name for Some Old Ways of Thinking* (1907), trad. it. di S. Franzese, *Pragmatismo*, Torino, Nino Aragno, 2007, pp. 9-10). Su questa linea Michael Polanyi ha indicato nella '*personal knowledge*' la conoscenza inespresa, tacita, sottostante alle scoperte scientifiche e all'avanzare della conoscenza. Cfr. M. POLANYI, *Personal Knowledge*, London, Routledge & Kegan, 1958; ID., *The Tacit Dimension*, London, Routledge & Kegan, 1966. Su questo punto mi permetto di rimandare a G. BAGGIO, *La scienza tra 'normalità' e 'post-normalità'*. *Alcuni spunti di riflessione*, in « Salesianum », 76 (2014), pp. 497-515.

tura e condizione di possibilità del suo agire e le sue disposizioni emotive ed affettive <sup>(16)</sup>.

Lo stesso Pareto, in realtà, aveva in seguito al 1906 rimesso in discussione la distinzione tra azioni logiche, studiate dall'economia, e azione non-logiche, sostenendo che l'uomo reale non è l'*homo oeconomicus* ed evidenziando come l'economia fosse confinata allo studio di poche e semplici azioni (perché « logiche ») <sup>(17)</sup>. E Calderoni, da parte sua, aveva in mente un approccio puramente metodologico all'analisi della condotta umana. Egli sosteneva che la riduzione al denaro come unità di misura

è atta a mettere in singolare evidenza la imperfezione e gli inconvenienti di qualunque tentativo, anche artificiale, di riduzioni di questo genere [...]. Esistono infatti, anche nella economia più perfetta, anche nella morale più raffinata, delle lacune ed imperfezioni che gli economisti lungo tempo ignorarono, che i moralisti ignorano anche oggi <sup>(18)</sup>.

### 3. *Verso una teoria sociale pragmatista dell'economia.*

In risposta ai limiti del modello paretiano dell'*homo oeconomicus*, sappiamo che a partire dagli anni Ottanta del Novecento i risultati di alcuni esperimenti di psicologia sui comportamenti economici degli individui hanno evidenziato deviazioni sistematiche dalla teoria ortodossa, dando il via a un crescente interesse verso modelli esplicativi che fanno riferimento nuovamente alle teorie edoniste criticate da Pareto e Calderoni. Si è andato così costituendo il nuovo paradigma teorico dell'«economia comportamentale» che combina insieme psicologia ed economia per analizzare il comportamento economico degli individui in situazioni di incertezza, incen-

---

<sup>(16)</sup> Su questo punto cfr. H. PUTNAM, *The Collapse of Fact/Value Dichotomy*, New York, Harvard University Press, 2002, p. 31.

<sup>(17)</sup> Pareto affidava quindi lo studio di tutte le altre azioni non logiche alla sociologia, la quale avrebbe dovuto elaborare una sintesi dello studio dell'*homo oeconomicus*, e delle altre azioni quali quella dell'*homo moralis* studiato dall'etica e dell'*homo psychologicus* studiato dalla psicologia.

<sup>(18)</sup> CALDERONI, *Disarmonie*, cit., p. 23.

trando le proprie indagini sul ruolo che la tensione emotiva riveste nelle decisioni dei singoli attori economici <sup>(19)</sup>.

Questo paradigma teorico, inaugurato dagli studi dello psicologo cognitivista Daniel Kahneman e dell'economista Adam Tversky, pone in luce l'anomalia di una prospettiva di riduzione della condotta umana ad elementi di coerenza e razionalità, riabilitando la teoria dell'utilità esperita benthamiana e il valore epistemico dell'introspezione riguardo al modo in cui i soggetti esperiscono le proprie preferenze e al modo in cui riflettono su di esse. Esso offre quindi un importante contributo allo studio del comportamento economico degli esseri umani poiché sostiene l'idea che le preferenze umane non riflettano gli interessi delle persone, le quali non hanno preferenze stabili e soprattutto molto spesso non sanno come massimizzarle <sup>(20)</sup>.

Uno dei limiti maggiori di questo paradigma, però, sta nella

---

<sup>(19)</sup> S. MULLAINATHAN, R. THALER, *Behavioral economics*, NBER working paper 7948, 2000; Kahneman e Tversky per primi hanno evidenziato che la dimensione emotiva e gli elementi non-razionali e contestuali rivestono un ruolo centrale nelle decisioni del soggetto economico così come nelle sue valutazioni riguardanti le proprie percezioni di soddisfazione e benessere e inaugurando così una nuova stagione della teoria edonista dell'utilità che Pareto aveva cercato di superare. Cfr. D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Prospect Theory: an analysis of decision under risk*, in «Econometrica», 47 (1979), pp. 263-91.

<sup>(20)</sup> D. KAHNEMAN, *Thinking, fast and slow*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011; trad. it. di L. Serra, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori, 2013, pp. 419-20. In un articolo intitolato *Back to Bentham? Explorations of experienced utility?* Kahneman (insieme a Wakker e Sarin) presenta i risultati di una serie di studi in supporto all'ipotesi che la percezione del piacere riguardante la vita come un tutto sia momentanea, e ciò sia dovuto al fatto che le capacità umane mentali di memoria delle esperienze affettive passate e di richiamo di esse in seguito siano soggette a sistematici errori e limitazioni (cfr. D. KAHNEMAN, P. WAKKER, R. SARIN, *Back to Bentham? Exploration of experienced utility*, in «Quarterly Journal of Economics», 112 (1997), pp. 375-405). Kahneman si è servito dei risultati di un esperimento riguardante le esperienze di due pazienti sottoposti a una dolorosa colonscopia per elaborare una teoria dell'utilità totale per la valutazione dei risultati temporalmente estesi i cui esiti mostrano che anche se le persone hanno preferenze radicate riguardo alla durata delle loro esperienze di piacere e dolore (ciò che Francis Edgworth aveva indicato come 'edonometro', uno strumento immaginario, simile ad un barometro, di misurazione del piacere e del dolore esperiti), prediligendo che le prime siano più lunghe e che le seconde siano le più brevi possibili, la loro valutazione reale è spesso indifferente alla durata della procedura, essendo rappresentata dalla regola del 'picco-fine' secondo la quale «la valutazione

sua tendenza riduzionista in direzione opposta a quella dell'*homo oeconomicus*: esso infatti identifica il piacere e il dolore con le reazioni psicofisiche, riconducendo i processi di scelta di una persona alla reazione dell'organismo a stimoli sensibili. Inoltre, sebbene l'economia comportamentale evidenzi e superi i limiti del paradigma paretiano, non riesce a superare la prospettiva individualista e il presupposto egoistico che ha caratterizzato le teorie economiche ortodosse. In breve, lascia irrisolta la questione del ruolo che le variabili psico-sociali assumono nella codeterminazione della condotta umana e il modo in cui esse contribuiscono alla formazione di una identità del sé connessa al riconoscimento degli altri e delle loro preferenze come prerogative nella valutazione degli atti da compiere <sup>(21)</sup>.

### 3.1. *Comportamento economico: una nuova prospettiva a partire dalla psicologia sociale di G.H. Mead.*

Viene allora qui chiamata in causa la necessità di riprendere il pensiero calderoniano e riattualizzarlo attraverso la mappatura di una teoria comportamentale dell'economia in chiave pragmatista che consideri in modo più prolifico la dimensione sociale costitutiva degli individui. A questo riguardo, a complemento delle riflessioni sulla teoria comportamentale dell'etica di Calderoni, è possibile richiamare il pensiero di un altro pragmatista, George Herbert Mead. Sebbene sconosciuto a Calderoni, Mead, collega e collabo-

---

retrospettiva globale [è] ben prevista dalla media dei livelli di dolore riferiti nel momento peggiore dell'esperienza e al suo termine ».

<sup>(21)</sup> Esso lascia inoltre irrisolta la questione del modo in cui in un contesto reale (e non solo sperimentale) il significato psicologico delle preferenze dei soggetti implichi non solo il piacere immediato (o il sollievo dal dolore) ma una più complessa idea di condotta umana che connetta la dimensione cognitiva e quella affettiva al ruolo che le relazioni con il contesto sociale e naturale riveste nella scelta del comportamento economico da tenere. D'altronde lo stesso Kahneman ha ammesso la necessità di accettare una prospettiva più complessa di quanto egli abbia teorizzato riguardo alla condotta umana in riferimento ai processi di valutazione dei propri stati, delle preferenze e delle scelte di comportamento. Come egli scrive: « Gli obiettivi che ci poniamo sono così importanti per quello che faremo, e per come ci sentiremo al riguardo, che non ha senso concentrarsi esclusivamente sul benessere esperito » (KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, cit., p. 445).

ratore di John Dewey all'università di Chicago, ha elaborato tra la fine dell'Ottocento e i primi decenni del Novecento una teoria del comportamento umano radicato in una dimensione innata di socialità che, anziché evidenziare l'opposizione tra riflessione logico-razionale e dimensione emotiva, considera la capacità riflessiva strettamente interconnessa agli aspetti emotivi delle interazioni umane che contribuiscono alle scelte degli individui singoli come soggetti coinvolti in processi collettivi (22).

Facendo leva sull'innata dimensione sociale degli esseri umani, Mead ha infatti dato vita ad una teoria sociale che inserisce la genesi delle identità soggettive in un processo di interazione comunicativa attraverso il quale l'ambiente sociale, con le proprie regole di organizzazione, comportamento e comunicazione, contribuisce alla formazione dell'identità dei propri membri (23). Nello specifico, secondo Mead nell'interazione che coinvolge gli individui sin dalla nascita si attiva un processo di assunzione e appropriazione reciproca delle attitudini comportamentali tra individui del gruppo che consente l'apprendimento di significati condivisi rispetto all'ambiente fisico e sociale di riferimento. La capacità di interiorizzazione dei significati condivisi permette la costituzione dell'individuo come sé, ovvero come soggetto *autocosciente* in grado di riflettere su se stesso, di 'oggettivarsi' e di costituirsi come individuo dotato di una propria identità, con proprie aspettative e preferenze e con una immagine di sé da proporre agli altri. La costituzione del sé è infatti possibile solo attraverso l'*interiorizzazione delle regole di comunicazione e di condotta sociale*, cioè dell'insieme di risposte astratte nel corso del tempo che vanno a costituire quello che Mead ha indicato con la nozione di '*altro generalizzato*', ovvero sia il gruppo di regole di una comunità che dà all'individuo la sua unità in quanto sé. È infatti assumendo l'atteggiamento del gruppo sociale di appartenenza nei confronti dell'attività sociale organizzata che l'individuo « riesce a sviluppare un 'sé' completo o a dominare quel particolare

---

(22) Cfr. B. McQUILLIN, R. SUGDEN, *Reconciling normative and behavioural economics: the problems to be solved*, in « Social Choice and Welfare », 38 (2012), p. 558.

(23) Per una introduzione al pensiero di Mead ci permettiamo di rimandare a G. BAGGIO, *La mente bio-sociale. Filosofia e psicologia in G. H. Mead*, Pisa, ETS, 2015.

‘sé’ completo che ha sviluppato » (24). E soltanto in quanto gli individui assumono gli atteggiamenti dell’*altro generalizzato* verso se stessi è possibile un sistema di significati condivisi che il riflettere e l’interpretare presuppone nel suo contesto (25).

Non possiamo qui approfondire il dispositivo attraverso il quale la tensione emotiva coinvolta nel comportamento e il carattere mediatore e dell’agire riflessivo operino come codeterminanti nella costituzione della dimensione affettivo-cognitiva del soggetto umano e della sua capacità creativa (26). Possiamo solo evidenziare qui che una tale visione sembra poter fornire alcuni elementi per l’elaborazione di un resoconto integrato tra identità e comportamento dei soggetti economici in grado di superare la prospettiva individualistica delle teorie economiche e di superare i limiti metodologici riguardo la scelta tra un presupposto egoista e uno altruista della teoria economica, a favore di un approccio che contempra la possibilità di riabilitare la dimensione soggettiva nella più ampia dimensione dell’intersoggettività. Secondo la prospettiva meadiana, infatti, le esperienze che le persone vivono e la loro vicinanza alle altre persone avviene all’interno di un *ethos* condiviso (la cui ampiezza varia a seconda della struttura comunicativa) che offre unità e consistenza alle singole identità. La dimensione comunitaria è quindi incorporata sin dalla nascita nel sé ed è in funzione inconsapevolmente nei suoi processi di valutazione di preferenze e scelte in ogni ambito sociale, compreso il campo economico. Le attitudini sociali dei singoli, che in parte contribuiscono e in parte sono soggette ai valori della *comunità* (spesso valori incommensurabili), offrono la base per l’identificazione empatica attraverso la quale le preferenze

---

(24) G.H. MEAD, *Mind, Self and Society*, Chicago, Chicago University Press, 1934, trad. it. di R. Tettucci, *Mente, sé e società*, Firenze, Giunti, 2010, p. 215.

(25) Ivi, p. 290: «Nessun individuo ha una mente che opera solamente in se stessa, isolata dal processo di vita sociale nel quale essa è sorta o dal quale è emersa, e nel corso del quale il modello di comportamento sociale organizzato si è in conseguenza fondamentalmente impresso su di essa».

(26) Cfr. R.M. CALCATERA, *Lo spazio ambiguo della creatività*, in *La filosofia sociale di George H. Mead. Analisi, interpretazioni, prospettive*, a cura di A.M. Nieddu, Milano, Mimesis, 2016 (in pubblicazione); A.M. NIEDDU, *G.H. Mead: il Sé ‘creativo’ e i processi di universalizzazione*, in *Semiotica e fenomenologia del sé*, a cura di R.M. Calcaterra, Torino, Aragno, 2006, pp. 123-146.

sogettive si mostrano potenzialmente condivisibili. Inoltre è possibile che le preferenze altrui divengano prevalenti su quelle del singolo nella valutazione dei comportamenti economici da mettere in atto e, in ogni caso, rientrano tra le condizioni causali dei *conflitti motivazionali* che il soggetto esperisce nei processi di scelta (27).

Le attitudini comportamentali del singolo nei confronti degli altri individui del gruppo sociale mostrano dunque una interdipendenza tra i fini condivisi e i fini egoistici del singolo proprio per l'idea secondo la quale il processo di cooperazione risulta la condizione di possibilità, all'interno della filogenesi della coscienza umana, della sopravvivenza e del soddisfacimento degli stessi bisogni egoistici di sussistenza. Questa dipendenza reciproca tra fini condivisi e fini soggettivi non implica né una identificazione tra interesse personale e interesse altrui né, al contrario, l'idea che i fini condivisi siano il prodotto di un sentimento di altruismo. La riflessione abituale fa leva infatti sulla capacità incorporata di apprendere *habit* sociali, ovvero disposizioni comportamentali e di pensiero frutto di processi di generalizzazione empirica attraverso i quali da iniziali strumenti di risoluzione di situazioni problematiche contingenti occorsi nel processo evolutivo si sono andati costituendo come regole normative.

Su questo punto Mead evidenzia come alla base dell'organizzazione sociale vi siano due classi di impulsi opposti: quelli sociali e quelli anti-sociali. Questi ultimi, che esprimono gli atteggiamenti umani ostili, sono la protezione di sé e la conservazione di sé e sono alla base del riconoscimento del soggetto da parte degli altri individui. Ma nelle società che presentano un sistema legale maggiormente

---

(27) Sarebbe interessante approfondire le possibili analogie tra la prospettiva comportamentale sociale di Mead e quella che l'economista Amartya Sen ha proposto in alcuni suoi saggi. Cfr. A. SEN, *Well-being, Agency and Freedom. The Dewey Lectures 1984*, in « The Journal of Philosophy », 82 (1985), 4, pp. 169-221; ID., *Goals, Commitment, and Identity*, in « Journal of Law, Economics and Organization », 341 (1985), pp. 341-355; ID., *Rational Fools. A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory*, in « Philosophy & Public Affairs », 6 (1977), 4, pp. 317-344; ID., *Behaviour and the Concept of Preference*, in « Economica », 1973, pp. 241-259. Rimandiamo a G. BAGGIO, *Mead's Bio-social Theory of the Self and the Economics of Happiness. For a Pragmatist Philosophy of Economics*, in *Philosophy in the Time of Crisis*, K. Stikkers, K. Skowronski (eds.), New York, Routledge, 2016 (in stampa).

organizzato che impedisce che gli impulsi ostili sfocino in violenza, questi vengono direzionati nel funzionamento del sistema economico e negli atteggiamenti di rivalità e concorrenza tra diversi sottogruppi socialmente funzionali di individui determinati economicamente <sup>(28)</sup>. In altre parole, gli impulsi umani di ostilità trovano il loro dispositivo di scarico nella dinamica del conflitto sociale tra classi economiche differenti.

Questa prospettiva mette ulteriormente in crisi il modello economico di matrice paretiana ed evidenzia al contrario come la dimensione del riconoscimento sociale non vada di pari passo con un'idea dell'ottimo paretiano <sup>(29)</sup>. Le motivazioni dell'agire umano, infatti, intrecciano dimensione etica ed attitudini comportamentali. Come scrive Mead:

L'uomo è un essere razionale perché è un essere sociale. L'universalità dei giudizi, alla quale Kant dà tanta importanza, è un'universalità che sorge dal fatto che noi assumiamo l'atteggiamento dell'intera comunità, di tutti gli esseri razionali. Noi siamo ciò che siamo attraverso il rapporto con gli altri. Necessariamente, perciò, il nostro fine deve essere un fine sociale, sia dal punto di vista del suo contenuto (quello che dovrebbe corrispondere agli impulsi primitivi) sia da quello della forma <sup>(30)</sup>.

E più avanti:

L'uomo è formato dai propri interessi; e quando quegli interessi vengono frustrati, ciò che si richiede allora è in un certo senso un sacrificio di questo sé limitato. Ciò dovrebbe condurre allo sviluppo di un sé più ampio che può essere identificato con gli interessi di altri. Io credo che tutti noi pensiamo che si debba essere pronti a riconoscere gli interessi di altri anche quando essi procedono in senso contrario ai nostri, ma che la persona che fa ciò non sacrifica veramente se stessa, ma diviene un sé più ampio <sup>(31)</sup>.

Sembra qui naturale intrecciare le riflessioni di psicologia sociale di Mead con le riflessioni etiche del suo collega e amico John Dewey, secondo cui « sia l'amor proprio che l'altruismo sono disposizioni acquisite e non ingredienti originali nella nostra costituzione

---

<sup>(28)</sup> MEAD, *Mente, sé e società*, cit., p. 382.

<sup>(29)</sup> Sul limite della nozione di ottimo paretiano rimandiamo al noto articolo di A. SEN, *The Impossibility of a Paretian Liberal*, in « Journal of Political Economy », 78 (1970), 1, pp. 152-157.

<sup>(30)</sup> MEAD, *Mente, sé e società*, cit., p. 464.

<sup>(31)</sup> Ivi, p. 472.

[make-up] psicologica »<sup>(32)</sup>. Gli impulsi e gli atti originari egoistici ed altruistici possono essere moralmente buoni o repressibili, ma da una prospettiva psicologica essi vanno visti come risposte dirette alle situazioni che necessitano quindi una teoria della motivazione. Scrive Dewey:

Siccome il prevalente individualismo venne espresso in una teoria e pratica economica che insegnava che ogni uomo agisce per il proprio interesse, i moralisti erano obbligati ad insistere sul bisogno di qualche controllo su questo individualismo spietato e ad accentuare la supremazia in *morale* (in quanto distinta dal commercio) della simpatia e dello sguardo benevolo degli altri. L'altro significato di questo appello è, però, farci rendere conto del fatto che la considerazione per se stessi e la considerazione per gli altri sono entrambe fasi secondarie di un interesse più normale e completo: la considerazione per il benessere e l'integrità dei gruppi sociali di cui facciamo parte<sup>(33)</sup>.

Non sembra di sentire in queste parole di Dewey una eco delle parole di Calderoni riportate in apertura dell'articolo? In linea con il maestro e amico Vailati, Calderoni intendeva porre in evidenza la necessità dell'equilibrio tra egoismo e altruismo nella promozione di certi valori morali. Ciò che infatti viene normalmente condannato delle inclinazioni egoistiche è il loro prevalere sulle inclinazioni altruistiche, per cui la loro influenza sugli atti individuali si rivela molto più grande di quanto non sarebbe conveniente che fosse nell'interesse di tutti. Ne risulta che certe azioni « sono per noi un 'dovere' appunto perché gli altri uomini non le fanno, e rimangono tali a condizioni che non siano troppi gli uomini capaci e volenterosi di imitarle »<sup>(34)</sup>. Ma se tutti fossero altruisti, sarebbe necessario anziché biasimare coloro che sacrificano gli interessi altrui ai propri, premiare coloro che non lasciassero andare in rovina la propria salute e i propri affari per quelli degli altri.

#### 4. *Conclusione.*

La complessità della vita odierna sta mostrando l'inadegua-

---

<sup>(32)</sup> J. DEWEY, J. H. TUFTS, *Ethics* (1932, revised edition), New York, Henry Holt and Company, 1952, p. 324.

<sup>(33)</sup> Ivi, pp. 331-332.

<sup>(34)</sup> CALDERONI, *Disarmonie*, cit., p. 65.

tezza di modelli teorici semplificati per lo studio della condotta umana. Essa richiama alla necessità di un approccio inter e transdisciplinare alle problematiche contingenti e alle possibili alternative risolutorie. Con la sua vocazione all'inestricabile connessione tra pensiero e azione alla base della condotta umana, il pragmatismo può offrire un contributo specifico allo sviluppo dell'indagine scientifica in ambito economico, rendendo possibile superare la distinzione tra una metodologia esclusivamente filosofica e una metodologia della scienza economica. Un approccio pragmatista all'indagine della condotta umana in economia può infatti offrire una nuova prospettiva con cui affrontare la questione del benessere sociale degli individui, favorendo il superamento delle dicotomie individuale / sociale, *poiesis* / *praxis*, efficienza economica / desiderabilità etica, fatti / valori. Una filosofia pragmatista dell'economia potrebbe quindi contribuire a formulare nuove ipotesi di lavoro su possibili modi di utilizzo dei meccanismi di legame sociale al fine di implementare buone pratiche sociali.



LUCA FANTACCI

## LA QUESTIONE ECONOMICA E MORALE DELLA RENDITA NEL PENSIERO DI CALDERONI

1. Il confronto interdisciplinare. — 2. Il contributo dell'economia alla definizione dell'equità. — 3. La disarmonia della rendita. — 4. Altre (più sottili) forme di disarmonie. — 5. I limiti del calcolo monetario. — 6. Il tempo in economia. — 7. Il contributo della morale all'economia.

### 1. *Il confronto interdisciplinare.*

Nel saggio intitolato *Disarmonie economiche e disarmonie morali* <sup>(1)</sup>, pubblicato nel 1906, Mario Calderoni si propone, attraverso un'estensione della teoria ricardiana della rendita, di mostrare la fecondità di un'applicazione dell'approccio economico alla sfera della morale. La sua riflessione consente, tuttavia, specularmente, di gettare luce sui metodi stessi dell'economia e, in particolare, sulla nozione economica di rendita.

Il dialogo fra discipline, per quanto opportunamente auspicato e talvolta promosso con la leggerezza di uno slogan, resta difficile. L'interdisciplinarietà diventa spesso il pretesto di campagne d'espansione di una disciplina ai danni di altre, limitrofe. Al contrario, il dialogo interdisciplinare richiede un esercizio di umiltà: chiunque intenda praticarlo davvero è posto innanzi tutto di fronte

---

<sup>(1)</sup> M. CALDERONI, *Disarmonie economiche e disarmonie morali. Saggio di un'estensione della teoria ricardiana della rendita*, Firenze, Lumachi, 1906, ripubblicato in Id., *Scritti di Mario Calderoni*, a cura di O. Campa, con prefazione di G. Papini, Firenze, La Voce, 1924, vol. 1, pp. 285-344.

alla necessità di riconoscere i limiti della propria disciplina. In ciò consiste la peculiare difficoltà del confronto interdisciplinare <sup>(2)</sup>.

In questo caso, lo sforzo è ampiamente ripagato. Innanzi tutto, dal fatto che il saggio in questione è una bella lettura, caratterizzata da argomenti rigorosi e al tempo stesso evocativi, con uno stile a tratti aforistico. Valga per tutti l'affermazione paradossale che, nelle battute iniziali del saggio, delinea bene l'intuizione da cui muove l'autore: « l'indifferenza verso certi problemi [...] è spesso il solo mezzo per superarli » <sup>(3)</sup>.

Ma la migliore ricompensa che questo saggio di filosofia del diritto e della morale offre a chi, come il sottoscritto, lo legge da economista è proprio la possibilità di riflettere sul senso del confronto interdisciplinare. La prima parte è interamente dedicata a mostrare non solo la possibilità, ma l'opportunità di un dialogo fra « economisti » e « moralisti » nella prospettiva di una divisione del lavoro <sup>(4)</sup>.

Per Calderoni, l'economia non può essere tenuta separata dall'etica nemmeno sulla base della distinzione fra scienza descrittiva e scienza normativa. Entrambe sono normative nell'unico senso in cui una scienza possa essere considerata tale, ossia nell'insegnare che certi mezzi producono certi risultati. Calderoni cita, in proposito, Juvalta: « razionali non sono i fini, ma le relazioni dei mezzi ai fini » <sup>(5)</sup>.

Già nel 1904, in una comunicazione presentata al Congresso Internazionale di Filosofia di Ginevra, Calderoni aveva portato

(2) Mi permetto di rinviare, a questo proposito, alle considerazioni che ebbi occasione di svolgere, assieme ai colleghi co-organizzatori, a margine di un convegno interdisciplinare su questioni monetarie, e che sono contenute nell'introduzione al volume che ne raccoglie i contributi: *Money and calculation. Economic and sociological perspectives*, a cura di M. Amato, L. Doria, L. Fantacci, London, Palgrave Macmillan, 2010.

(3) CALDERONI, *Disarmonie*, cit., p. 286.

(4) Ivi, pp. 285-295.

(5) Ivi, p. 290 n. Sulla stessa linea, qualche anno più tardi, Max Weber sostiene « l'impossibilità di presentare 'scientificamente' un atteggiamento pratico — tranne il caso della discussione sui mezzi per uno scopo che si presuppone già dato » (*Wissenschaft als Beruf*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1919, trad. it. *La scienza come professione*, in Id., *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1966, p. 31).

l'attenzione sull'opportunità di sondare i possibili contributi dell'economia politica alla morale, in particolare attraverso un'applicazione del principio dell'utilità marginale alle questioni etiche (6). Due anni dopo, nel saggio in esame, egli precisa che applicare l'economia alla morale può servire a verificare e correggere quest'ultima (7). Il proposito del presente articolo è, sotto questo profilo, speculare rispetto a quello del saggio di Calderoni: cercare di cogliere il contributo della filosofia morale all'economia, al fine di valutare e correggere l'economia stessa — esercizio salutare di riportare l'economia politica nell'alveo delle riflessioni da cui originariamente scaturisce.

Tuttavia, per cercare di tener fede all'umiltà che ho evocato come condizione del dialogo interdisciplinare, occorre che delimiti ulteriormente il campo della mia indagine. Cominciamo dal titolo, di cui faccio ammenda: il riferimento al « pensiero » di Calderoni è un'indebita esagerazione. In verità, mi sono concentrato essenzialmente sulla lettura di una sola opera. Inoltre, il mio punto di vista non è genericamente quello di un economista, ma più precisamente quello di uno studioso di John Maynard Keynes. La lettura parallela dei due autori non è immediata, poiché l'approccio di Keynes è macroeconomico, mentre la riflessione di Calderoni in questo testo si concentra sui fondamenti della microeconomia. Vi sono, tuttavia, punti di contatto profondi fra i due.

Innanzitutto, Calderoni e Keynes sono contemporanei. Nascono a pochi anni di distanza: il primo nel 1879, il secondo nel 1883. Condividono alcune frequentazioni, tra cui Bertrand Russell, e alcune letture. Calderoni nel saggio *Disarmonie economiche e disarmonie morali* cita a più riprese un testo che sarà fondamentale anche nella formazione filosofica di Keynes: i *Principia Ethica* di G.E. Moore (8).

Soprattutto, però, condividono una temperie caratterizzata

---

(6) M. CALDERONI, *De l'utilité « marginale » dans les questions d'éthique*, Comunicazione introdotta al II Congresso Internazionale di Filosofia di Ginevra, 4-8 settembre 1904, in *Scritti*, cit., vol. 1, pp. 207-208.

(7) CALDERONI, *Disarmonie*, cit., p. 286.

(8) G.E. MOORE, *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1903.

dall'interrogazione sulla postura dell'uomo di fronte all'imponderabile: Come si prendono decisioni razionali in regime di incertezza? Come si può tenere conto dell'incalcolabile, di tutto ciò che sfugge al determinismo? Che ruolo giocano le aspettative e le credenze? Sono le domande che risuonano nel testo di Calderoni e alle quali si dedica Keynes in quegli stessi anni, nei quali è impegnato nella stesura del *Trattato sulla probabilità* <sup>(9)</sup>.

Dalla inaggirabile difficoltà di fare i conti con ciò che sfugge costitutivamente a ogni conto procede, come cercherò di mostrare, l'importanza per entrambi gli autori della questione della rendita. Intorno a tale questione è possibile intessere uno di quei « nuovi intrecci » che invita a ricercare Rosa Calcaterra nel suo contributo al presente volume. Nei modi, pur diversi, in cui Calderoni e Keynes discutono l'insorgere della rendita è possibile intendere più di una consonanza, quasi un dialogo a distanza. Ma a distanza ravvicinata: per entrambi, infatti, la rendita è la principale violazione della giustizia, e quindi dell'armonia e dell'equilibrio, in economia.

L'armonia economica richiede, secondo Calderoni, la proporzionalità fra lavoro e retribuzione. La rendita costituisce una disarmonia economica poiché dissocia la retribuzione dal lavoro. L'estensione del principio della concorrenza consente di ridurre al minimo tale forma di disarmonia. Vi è, però, una seconda e più sottile forma di disarmonia economica che deriva dalla presunzione di poter commisurare e scambiare tutto attraverso il denaro, a dispetto della differenza irriducibile fra persone e dell'incertezza radicale del futuro. Il presente articolo ripercorre le riflessioni di Calderoni, rilevando profonde consonanze con il pensiero di Keynes, il quale da voce, in quegli stessi anni, nell'ambito dell'economia politica, a un'analoga riflessione sulla possibilità di decidere e di agire in condizioni di incertezza.

---

(9) J.M. KEYNES, *A Treatise on Probability*, London, Macmillan, 1921, ripubblicato in *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, a cura di D. Moggridge, vol. VIII, London and Basingstoke, Macmillan and Cambridge University Press, 1973. Il *Treatise on Probability* fu pubblicato da Keynes solo nel 1921, ma dopo una gestazione di oltre dieci anni. La prima stesura risale, infatti, alla tesi scritta fra il 1907 e il 1908 e presentata da Keynes al King's College di Cambridge per concorrere alla *fellowship*.

## 2. *Il contributo dell'economia alla definizione dell'equità.*

L'economia ha, secondo Calderoni, il merito di avere definito più precisamente l'equità nello scambio in termini di prezzo di mercato a partire dalla nozione di utilità marginale e di costo marginale. L'utilità marginale di una merce è rappresentata dal prezzo massimo che l'acquirente sarebbe disposto a pagare per averne un'unità aggiuntiva. Il costo marginale corrisponde al sacrificio massimo che il produttore sarebbe disposto a sostenere per produrre una quantità aggiuntiva. Poiché, di norma, l'utilità marginale diminuisce all'aumentare della quantità domandata, mentre il costo marginale cresce all'aumentare della produzione, il prezzo di mercato varierà in maniera tale da far convergere domanda e offerta. In condizioni di concorrenza perfetta, e nell'ipotesi che tutte le merci siano liberamente producibili, il prezzo di mercato di una merce trova l'equilibrio in corrispondenza del punto in cui il suo costo marginale equivale all'utilità marginale.

Sulla base di tale rappresentazione, la teoria marginalista ha contribuito ad alimentare l'idea che il mercato concorrenziale sia di per sé sufficiente a conseguire una situazione di equilibrio in cui i fattori della produzione sono remunerati secondo il loro contributo marginale, spesso dimenticando gli assunti impliciti da cui tale esito dipende <sup>(10)</sup>. La teoria economica ha fatto cortocircuito identificando univocamente il valore con il prezzo, e dando per scontato il carattere meritocratico del mercato, ossia la sua capacità di promuovere un'armonia coerente con un principio di giustizia distributiva.

Keynes, nella *Teoria Generale*, mette in guardia contro tale assunzione: è un auspicio condivisibile, osserva, ma non possiamo assumerlo come ipotesi, a differenza di quanto fanno comunemente gli economisti classici.

---

<sup>(10)</sup> La pratica economica ha seguito la teoria su questa china, giungendo a definire principi contabili che identificano il fair value (giusto valore) con il market price (prezzo di mercato). Per una critica tempestiva e puntuale di tale deriva, v. Y. BIONDI, X. RAGOT, V. BIGNON, *An economic analysis of fair value: the evolution of accounting principles in European Legislation*, con un commento di R. Barker (Cambridge University, IASB Scientific Committee) e una risposta degli autori, in «Prisme», marzo 2004, 4.

Può ben darsi che la teoria classica rappresenti il modo in cui ci piacerebbe che funzionasse l'economia. Ma ipotizzare che essa funzioni davvero così significa rimuovere ogni problema per ipotesi <sup>(11)</sup>.

L'analisi di Calderoni muove da un'avvertenza preliminare che presenta sorprendenti consonanze con la posizione di Keynes:

L'asserzione in questione — che ciascuno riceve in proporzione al proprio lavoro o sacrificio — si verificherebbe (quantunque in modo grossolano e con le riserve che vedremo) solo nel caso in cui le merci e i servizi, e — notiamo bene — anche le facilità di produzione, che sono, in certo senso, merci anch'esse, fossero producibili od ottenibili tutte liberamente ed in indefinita quantità. Ma non occorre grande sforzo per vedere che tale ipotesi nella sua assolutezza è del tutto lontana dalla realtà <sup>(12)</sup>.

In particolare, appare evidente che l'ipotesi di un'infinita elasticità dell'offerta non vale per i fattori della produzione in generale, e specificamente per la moneta <sup>(13)</sup>. Da qui l'interesse di entrambi gli autori per le deviazioni da questa regola, ossia per quelle che Calderoni opportunamente chiama « disarmonie economiche ».

### 3. *La disarmonia della rendita.*

A che cosa si riferisce Calderoni quando parla di « disarmonie »? Quale armonia è in gioco? Calderoni non lo dice esplicitamente <sup>(14)</sup>. Ma si capisce, addentrandosi nella lettura, che intende

---

<sup>(11)</sup> J.M. KEYNES, *The General Theory of Employment Interest and Money*, London, Macmillan, ripubblicato in *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, cit., vol. VII, p. 34. Due sono i postulati fondamentali che, a parere di Keynes, sono assunti dogmaticamente, senza essere esplicitati o discussi: l'equivalenza fra salario e produttività marginale del lavoro e l'equivalenza fra utilità del salario e disutilità marginale del lavoro. Si tratta, come è evidente, delle medesime ipotesi rispetto alle quali esprime le sue riserve Calderoni nella citazione che segue, ossia « che ciascuno riceve in proporzione al proprio lavoro o sacrificio ».

<sup>(12)</sup> CALDERONI, *Disarmonie*, cit., p. 306.

<sup>(13)</sup> Il fatto che la moneta non sia prontamente producibile a piacere, a differenza delle altre merci, costituisce, in effetti, secondo Keynes, il motivo fondamentale che impedisce al tasso d'interesse monetario di stabilizzarsi a un livello compatibile con la piena occupazione (*Teoria Generale*, cit., pp. 230-231).

<sup>(14)</sup> M. TORALDO DI FRANCA, *Pragmatismo e disarmonie sociali. Il pensiero di Mario Calderoni*, Milano, FrancoAngeli, 1983, p. 193.

riferirsi all'accordo o disaccordo fra legge (economica o morale) e giustizia. In particolare, l'armonia è giustizia distributiva e retributiva, corrispondenza fra sforzo e compenso, fra lavoro e retribuzione<sup>(15)</sup>; specularmente, ogni volta che si danno retribuzioni diverse, che non siano giustificate da differenti sacrifici, si verifica una disarmonia<sup>(16)</sup>.

Armonia è questione originaria dell'economia politica, dell'economia in quanto politica. Come Calderoni non manca di rilevare, l'economia è una scienza di governo, prima e più che di amministrazione: « non nacque per servire ai commercianti e agli industriali, o per insegnar l'arte di arricchire. Essa nacque per servire al legislatore, e da questioni soprattutto tributarie e doganali, cioè, in definitiva, da questioni di giustizia distributiva o retributiva »<sup>(17)</sup>.

Tuttavia, tale forma di armonia non si realizza sempre e ovunque sistematicamente, ma solo al margine, dove il consumatore marginale scambia con il produttore marginale. In ogni altra circostanza, consumatori e produttori, acquirenti e venditori beneficiano di una rendita. La rendita del produttore, secondo la nozione originariamente elaborata da David Ricardo, è misurata dalla differenza fra il prezzo di mercato e il costo effettivo marginale, ossia quanto costa effettivamente produrre un'unità aggiuntiva di bene<sup>(18)</sup>. La rendita del consumatore, concettualizzata successivamente da Alfred Marshall, è misurata dalla differenza fra utilità marginale (quanto sarebbe disposto a pagare per un'unità aggiuntiva del bene) e il prezzo di mercato<sup>(19)</sup>.

Armonia è la proporzionalità fra lavoro e retribuzione incorporata nel salario. Tale proporzionalità è garantita dalla concorrenza. Quanto più si estende il mercato concorrenziale, quanto più aumenta il numero dei venditori e degli acquirenti, quanto più il mercato è profondo e liquido, tanto più il prezzo corrisponde

(15) Cfr. per es. CALDERONI, *Disarmonie*, cit., p. 305.

(16) Ivi, p. 307.

(17) Ivi, p. 292.

(18) D. RICARDO, *Principles of Political Economy and Taxation*, London, John Murray, 1817, Ch. II « On Rent », pp. 49-76.

(19) A. MARSHALL, *Principles of Economics*, London, Macmillan, 1890, Book III, Ch. IV « The Measurement of the Utility of Wealth », p. 175.

effettivamente al costo marginale dei produttori. D'altro canto, la concorrenza, e l'armonia che ne consegue in termini di giustizia distributiva, sono ostacolate dal fatto che non tutte le merci sono « producibili od ottenibili liberamente ed in indefinita quantità »<sup>(20)</sup>.

I mezzi di produzione, in particolare, sono tipicamente disponibili in quantità limitata e in qualità variabile. Paradigmatico è il caso della terra. Ne consegue che i proprietari dei terreni più fertili realizzano una rendita, pari alla differenza fra il prezzo di mercato, che si stabilizza al livello del costo marginale della produzione su terreni meno fertili, e il livello, ben inferiore, del proprio costo medio.

L'instaurazione di un mercato concorrenziale per l'affitto dei terreni può servire per rendere visibile e tassabile tale rendita<sup>(21)</sup>. L'armonia economica può, così, essere ripristinata, attraverso un'opportuna combinazione di un mercato concorrenziale e di un'imposta, che, senza ostacolare l'efficienza della produzione, assicura la corrispondenza tra sforzo e remunerazione per ogni produttore. La rendita è eliminata a beneficio della produzione.

#### 4. *Altre (più sottili) forme di disarmonie.*

Vi è, dunque, una prima forma di disarmonia, e quindi di rendita, che si combatte con un incremento del grado di competitività del mercato o con qualche imposta ben mirata; o, ancor meglio, con un'adeguata combinazione di liberalizzazioni e politiche fiscali. A una simile combinazione si deve guardare se si vuol dare un senso e un contenuto positivo a quelle riforme di cui ancor oggi tanto diffusamente quanto genericamente si discute. I riformatori di oggi, quando invocano o promettono « le riforme », si riferiscono perlopiù a un insieme vago di misure, volte confusamente a contrastare forme non specificate di rendita, le quali possono però essere utilmente iscritte (e con ciò chiarite e precisate) nel perimetro che Calderoni traccia delineando la prima specie di disarmonie economiche. Quando la rendita deriva dal fatto che il prezzo prevalente

---

<sup>(20)</sup> CALDERONI, *Disarmonie*, cit., p. 306.

<sup>(21)</sup> Ivi, p. 308.

sul mercato è superiore al costo sostenuto da alcuni produttori, può essere sufficiente adottare opportune politiche dal lato dell'offerta, ossia aumentare la competizione, lasciando entrare sul mercato nuovi produttori e facendo quindi convergere il prezzo e il costo <sup>(22)</sup>. Quando invece nessun mercato, per quanto concorrenziale, è in grado di eliminare la rendita, poiché essa dipende dal controllo di risorse non fungibili e non replicabili, allora occorre intervenire con forme mirate di tassazione.

Vi è, però, un tipo di rendita che non può essere facilmente eliminato, né con un aumento della competitività del mercato né con un incremento dell'imposizione fiscale. Si tratta di una forma più sottile, ma non per ciò meno dannosa, di disarmonia economica che passa perlopiù inosservata tanto alle analisi di ispirazione socialista quanto a quelle di impronta liberale. Questa seconda specie di rendita non deriva da un disallineamento fra quanto l'acquirente sarebbe disposto a pagare per soddisfare la propria utilità marginale e quanto egli effettivamente paga sul mercato; e non dipende nemmeno da una differenza fra quanto il venditore riceve sul mercato e quanto egli sarebbe disposto ad accettare a copertura dei propri costi e a ricompensa dei propri sacrifici. Infatti, questa seconda forma di disarmonia insorge proprio quando il prezzo di mercato stabilisce una perfetta equivalenza nell'apprezzamento di ciascuno dei contraenti, fra quanto dà e quanto riceve nello scambio. Il punto è che tale equivalenza non consente affatto di inferire che un'analoga equivalenza sussista fra i meriti o i sacrifici di persone diverse che accettano la medesima remunerazione. Tutto quel che si può dire è che, per ciascun individuo, quanto ceduto ha lo stesso pregio di quanto ricevuto in cambio: nessuno può trarre beneficio da ulteriori scambi. Si verifica, in altri termini, un ottimo in senso paretiano. Ma niente assicura che a una parità di compensi corrisponda una parità di sacrifici o meriti; o che compensi diversi riflettano una disparità di meriti o sacrifici.

Che io mi contenti di una somma minore di danaro, che un mio collega, per

---

<sup>(22)</sup> La teoria economica neoclassica, dimentica della distinzione effettuata dagli economisti classici fra profitti e rendite, parla impropriamente di annullamento dei profitti nell'equilibrio concorrenziale.

scrivere un articolo, può dipendere tanto da una mia maggior facilità di lavoro, quando da un mio maggior bisogno di danaro <sup>(23)</sup>.

Il denaro non ha per tutti lo stesso valore. Offre un'equiparazione solamente illusoria. Dunque, perseguire l'armonia economica in maniera assoluta, attraverso la comparazione monetaria, conduce a un'altra forma di disarmonia. Il principale e più significativo sforzo di Calderoni, tanto sul piano economico quanto sul piano morale, è quello di distinguere fra disarmonie eliminabili e disarmonie ineliminabili.

### 5. *I limiti del calcolo monetario.*

Fin dalla prima sezione del suo scritto, risulta evidente che, parlando di disarmonie, Calderoni si riferisce a imperfezioni e inconvenienti che possono derivare dal tentativo di ridurre i valori a unità di misura comune:

l'analisi intima di questa riduzione ad unità di misura, che si compie quasi automaticamente mediante il danaro, è atta a mettere in singolare evidenza la imperfezione e gli inconvenienti di qualunque tentativo, anche artificiale, di riduzioni di questo genere <sup>(24)</sup>.

Questa è precisamente la questione posta da Keynes, in termini non dissimili, laddove analizza i danni che possono derivare dal calcolo monetario. Sono note le osservazioni contenute nel capitolo 12 della *Teoria Generale*, a proposito della insufficienza del solo calcolo monetario ad assicurare un adeguato livello di investimenti:

l'iniziativa individuale sarà adeguata solo quando un ragionevole grado di utilizzo del calcolo sia sostenuto e integrato dalla forza d'animo [*animal spirits*] <sup>(25)</sup>.

Meno note, ma forse ancor più esplicite e significative in tal senso sono le riflessioni svolte da Keynes in una nota manoscritta inedita dedicata alle implicazioni economiche del calcolo monetario:

Non sono affatto sicuro che sia bene per noi conoscere esattamente il costo

---

<sup>(23)</sup> CALDERONI, *Disarmonie*, cit., p. 309.

<sup>(24)</sup> Ivi, p. 295.

<sup>(25)</sup> KEYNES, *General Theory*, cit., p. 162.

di tutto. È giusto pesare beni concreti contro altri beni concreti, utilizzando il denaro come misura del calcolo. Ma non è giusto pesare beni concreti contro denaro astratto, immaginando solo in modo vago, o non immaginando affatto, quale sia il fine ultimo di quel denaro <sup>(26)</sup>.

Vi è, dunque, un'altra forma di armonia economica, un'armonia economica di secondo livello, che consiste nel riconoscere che non tutto può essere calcolato. La prima forma di armonia richiede la calcolabilità e la scambiabilità generalizzata attraverso la moneta (e i suoi derivati). La seconda forma di armonia richiede che il calcolo si fermi. La prima è l'armonia dell'accordo, la seconda è l'armonia del silenzio. L'una e l'altra non sono in conflitto, poiché attengono a due diverse dimensioni della vita economica: la prima agli scambi, la seconda agli investimenti.

La prima specie di armonia deve vigere per preservare la giusta proporzione fra il lavoro e la sua remunerazione, rappresentata dal salario e determinata preventivamente sulla base del contributo alla produzione. Alla stessa stregua, ma in maniera differente, la seconda specie di armonia presiede alla relazione fra attività imprenditoriale e remunerazione incerta che si incorpora nel profitto. A differenza del salario, infatti, il profitto non può essere calcolato sulla base di un criterio di giustizia retributiva; non può essere fissato in anticipo, ma si determina soltanto come saldo residuale a conti fatti; non risulta da uno scambio, se non del certo per l'incerto.

La moneta, che opera come mezzo di scambio universale e come unità di misura comune a favore del mercato concorrenziale e che produce la prima forma di armonia, può diventare un ostacolo, in quanto oggetto di scambio e di appropriazione astratto, al perseguimento della seconda forma di armonia. La contraddizione non sta nella moneta in quanto tale, ma nella pretesa di farne una riserva di valore, ossia un mezzo univoco di comparazione e di trasferimento del valore nel tempo.

Potremmo dire che la moneta è, nella sua forma attuale che ipertrofizza il tratto della riserva di valore, un'istituzione, una norma, che sembra conciliare, ma in realtà alimenta, il conflitto motivazionale

---

<sup>(26)</sup> Appunti datati 23 dicembre 1925 e citati parzialmente in R. SKIDELSKY, *John Maynard Keynes. The Economist as Saviour. 1920-1937*, London, Macmillan, 1992, pp. 240-241.

tra desiderio di consumare e desiderio di conservare. Non a caso, la caratteristica del denaro che le moderne autorità monetarie sono chiamate più di ogni altra a tutelare è il « potere d'acquisto » — un'espressione che sintetizza bene il conflitto endemico fra cessione e accumulazione: la moneta è una potenza la cui peculiarità consiste nella possibilità di esimersi indefinitamente dal tradursi in atto. Oggi, attraverso la regolazione del tasso d'interesse, le banche centrali cercano di influire sul rapporto, sempre ambiguo e incerto, che intercorre fra l'uso del denaro e la sua conservazione. Un tempo, il prestito a interesse era vietato e le autorità monetarie avevano il compito di punire chi lo praticava, poiché pretendeva di farsi pagare contemporaneamente entrambi: e la proprietà e l'uso del denaro (27).

Il carattere di riserva di valore del denaro offre un vantaggio indebito (una rendita) a chi dà meno peso al denaro perché ne possiede di più. Se la rendita è disarmonica, il salario e il profitto sono, ciascuno a suo modo, armonici. Calderoni non distingue fra profitto e rendita. E non lo fa, poiché nella sua analisi manca il tempo.

## 6. *Il tempo in economia.*

Può apparire strano che nella parte economica dell'analisi di Calderoni manchi un esplicito riferimento alla dimensione tempo-

---

(27) « Quaedam res sunt quarum usus est ipsarum rerum consumptio [...] Proprius et principalis pecuniae usus est ipsius consumptio sive distractio [...] et propter hoc secundum se est illicitum pro usu pecuniae mutuatae accipere pretium, quod dicitur usura » (Thomas de Aquino, *Summa Theologiae*, [42270] IIa-IIae q. 78 a. 1 co.). Le disquisizioni della scolastica, volte non tanto a proibire quanto a circoscrivere e a delimitare la legittimità del prestito a interesse, furono apprezzate da Keynes come un onesto tentativo di fare i conti con la variabilità delle circostanze e con l'incertezza della redditività degli investimenti nel tempo (*General Theory*, cit., p. 353). In particolari, esse erano volte a escludere proprio quella sorta di generalizzazioni che, invece, sulla scorta del saggio di Calderoni, sembrarono legittimate agli occhi di Vailati: « per esempio, a retribuire con una stessa percentuale d'interesse il risparmio di 100 lire da parte di chi non le spende semplicemente perché non gli abbisognano e quello di chi, per non spenderle, può aver sofferto la fame o essersi assoggettato a qualunque altro sacrificio per quanto grave » (G. VAILATI, *Mario Calderoni. Disarmonie economiche e disarmonie morali*, in « Avanti della Domenica », IV (29 luglio 1906), 29, ripubblicato in Id., *Scritti*, a cura di M. Quaranta, vol. I, p. 299).

rale che è invece presente nella parte morale (28). Tuttavia, tale mancanza non è imputabile tanto a Calderoni quanto alla teoria economica marginalista alla quale si riferisce. Non possiamo dare per certo che un uomo prenda sempre la medesima scelta di fronte alla medesima alternativa in tempi diversi, ossia in circostanze diverse. Invece, proprio tale equivalenza è data letteralmente per scontata laddove le relazioni di scambio mercantile si dispiegano non soltanto nello spazio, ma anche nel tempo, attraverso il prestito a interesse e i mercati finanziari.

Correttamente Calderoni osserva che l'utilità non ha carattere quantitativo e assoluto, bensì marginale e comparativo. Tuttavia, egli svolge la comparazione soprattutto in una dimensione interpersonale, trascurando la dimensione intertemporale. La medesima scelta non ha la medesima utilità per il medesimo individuo in tempi differenti. L'utilità di una determinata scelta non varia soltanto da persona a persona, ma da momento a momento. La disarmonia che questa variazione genera è una disarmonia ineliminabile. Il tentativo di eliminare tale disarmonia, estendendo la portata del mercato concorrenziale nel tempo attraverso l'istituzione dei mercati finanziari e della moneta come riserva di valore, comporta una disarmonia di secondo livello, che rischia di compromettere il funzionamento del sistema degli investimenti, alterando la giusta corrispondenza fra rendimento reale e rendimento finanziario.

La maggioranza delle scelte che compiamo in economia non prendono la forma di scambi bensì di investimenti: lo scambio di beni presenti contro beni futuri. Il rendimento di un investimento è visibile soltanto nel tempo (29). Pretendere di stabilirlo a priori attraverso la fissazione di un tasso d'interesse comporta l'instaurazione di uno squilibrio strutturale, in cui si alternano incessante-

---

(28) Vi è soltanto un accenno *en passant*, dove Calderoni allude a « situazioni di luogo e di tempo che rendono meno efficace, o più lenta, l'opera della concorrenza » (*Disarmonie*, cit., p. 307; corsivo mio).

(29) La rappresentazione della produzione alla stregua di uno scambio (ammessa, sulla scorta della lettura del saggio di Calderoni, da G. VAILATI, *Mario Calderoni. Disarmonie economiche e disarmonie morali. Saggio di un'estensione della teoria ricardiana della rendita*, in « Rivista Italiana di Sociologia », X (marzo-aprile 1906), 2, in Id., *Scritti*, cit., p. 293) è possibile soltanto a prezzo di prescindere dalla fondamentale incertezza che accompagna ogni processo produttivo che si dispiega nel tempo.

mente fasi di euforia e di depressione, nella misura in cui il tasso d'interesse monetario risulti sistematicamente inferiore o superiore al rendimento reale degli investimenti sottostanti.

Ciononostante, la forma attuale del sistema finanziario pretende di assoggettare tutto alla legge della anticipazione. Come mai, se le banche non prestano soldi, se siamo in crisi poiché le banche non prestano soldi, se è opinione diffusa e consolidata che le banche svolgono male il loro lavoro, come mai allora i bilanci delle banche sono in utile? Questo accade perché il mercato nel settore finanziario non è in grado di assicurare quella armonia che consiste in una corrispondenza fra lavoro e retribuzione. La finanza è l'unico settore in cui non fai tanti soldi se sei bravo, ma sei bravo se fai tanti soldi <sup>(30)</sup>. Ma da dove viene, a sua volta, questo ribaltamento? Dal carattere di liquidità del denaro, e dalla rendita che ne consegue, nella forma di un « premio per la liquidità » accordato al possessore di denaro che accetti di privarsene temporaneamente <sup>(31)</sup>.

Un rapporto adeguato col tempo in economia richiede, piuttosto, che si arresti la pretesa di abbracciare il futuro con un calcolo fondato sul tasso d'interesse e sul carattere di riserva di valore della moneta. Il tempo è la dimensione dell'inatteso. Affrontare il futuro, in economia, significa investire. E per investire occorre certo saper calcolare, prevedere e anticipare, nei limiti del possibile; ma occorre anche saper riconoscere dove le armi del calcolo sono spuntate e dove si apre lo spazio dell'incertezza radicale, che richiede di essere affrontata con altri strumenti, quali l'intuito, il discernimento, l'interpretazione <sup>(32)</sup>.

---

<sup>(30)</sup> Come ogni altra attività economica, anche la finanza prende la misura dal proprio fine; salvo che, nella forma peculiare che il sistema finanziario ha assunto, tale fine si identifica interamente nell'accumulazione monetaria. Confronta, a questo proposito, le osservazioni dedicate da Aristotele a quella forma di crematistica che mira all'acquisizione di ricchezze illimitate e che, perciò, non appartiene all'economia (ARISTOTELE, *Politica*, 1257b).

<sup>(31)</sup> Mi permetto di rinviare, a questo riguardo, alle considerazioni svolte in M. AMATO, L. FANTACCI, *Come salvare il mercato dal capitalismo. Idee per un'altra finanza*, Roma, Donzelli, 2012, pp. 87-90.

<sup>(32)</sup> La rilevanza di tali fattori non è esplicitamente posta in evidenza da Calderoni, ma emerge quasi per differenza dall'applicazione del metodo empirico. Come opportunamente osserva Benedetto Croce in una recensione al saggio, « lo stesso

## 7. *Il contributo della morale all'economia.*

Il principale limite dell'approccio utilitaristico consiste nel prescindere dalla dimensione temporale, e dalla sua costitutiva incertezza, postulando la prevedibilità delle implicazioni di ogni possibile scelta: « *l'homo oeconomicus* si riduce pertanto all'uomo in generale le cui scelte seguono una certa costanza, e *che sappia prevedere* inoltre le conseguenze delle scelte stesse » (33).

Il principale contributo della filosofia morale a una comprensione più rigorosa del comportamento economico consiste nella presa in carico dell'incertezza che la teoria economica pretende di espungere:

il quasi banale principio che la morale ha più riguardo allo stato d'animo, all'intenzione degli uomini, che non alle loro azioni esteriori, va inteso in un senso disforme da quello datogli da molti moralisti. Va inteso nel senso che la morale si preoccupa delle *scelte possibili* ancora più che delle scelte attuali, effettive; che essa tiene conto, nella misura del possibile e dell'opportuno, anche di quelle diversità di stato di animo che si possono indurre dagli altri fatti (di natura non volontaria) che accompagnano le scelte (34).

Calderoni e Keynes condividono una sensibilità e un'attenzione non comuni per gli assunti del discorso scientifico. Non perché abbiano meno a cuore i fini dei principi. Ma, proprio perché entrambi riconoscono che la razionalità pertiene al rapporto fra

---

Calderoni con le sue osservazioni circa la grossolanità dei valori di mercato e delle norme e dei codici morali, e col suo richiamar l'attenzione sull'individualità dell'agente e dell'azione economica e morale, viene a mettere in mostra i limiti e l'insufficienza di ogni trattazione empirica così della morale come dell'economia. [...] Dal suo scritto risulta, che c'è, di là dalle categorie empiriche, una realtà economica e morale, la quale domanda di essere conosciuta » (B. CROCE, *Mario Calderoni. — Disarmonie economiche e disarmonie morali*, in « La Critica », 4 (1906), p. 134).

(33) CALDERONI, *Disarmonie*, cit., p. 336; corsivo mio. Si vedano, sul punto, anche le osservazioni a proposito dell'opportunità di elaborare un metodo comune all'economia e alla morale in CALDERONI, *De l'utilité « marginale »*, cit., p. 208.

(34) CALDERONI, *Disarmonie*, cit., p. 340; corsivo nell'originale. In altri passi, in verità, l'approccio di Calderoni sembra legittimare, all'inverso, un'estensione indiscriminata dell'approccio mercantile alla sfera della morale, esaurendo la promessa nella sfera della previsione. Riguardo all'adeguatezza di tale impostazione si vedano le riserve opportunamente espresse da G. TUZET, *Ha senso fare previsioni normative? Pragmatismo ed etica in Calderoni*, in *I pragmatisti italiani: tra alleati e nemici*, a cura di G. Maddalena e G. Tuzet, Milano, AlboVersorio, 2007, p. 63.

mezzi e fini, si adoperano con particolare cura a chiarire le premesse dell'argomento quando le conclusioni contrastano con quanto perlopiù è dato per scontato: in particolare, che il mercato di per sé sia in grado di assicurare il giusto compenso a chiunque sia disposto a lavorare.

Entrambi ritengono che l'economia abbia il compito di orientare le decisioni politiche e istituzionali in vista del conseguimento di una giustizia distributiva e retributiva. Entrambi sono pronti a riconoscere le ragioni tanto del socialismo quanto del liberismo, su un piano logico, e non ideologico, che lascia apparire la strada di possibili compromessi fra i due.

MARIO QUARANTA

## I RAPPORTI DI MARIO CALDERONI CON I PRAGMATISTI ITALIANI

1. Giulio Cesare Ferrari e Mario Calderoni: un rapporto da padre a figlio. — 2. Giuseppe Prezzolini e Mario Calderoni: una incompatibilità di carattere. — 3. Giovanni Papini e Mario Calderoni: un rapporto di intesa culturale. — 4. Giovanni Vailati e Mario Calderoni: una lotta comune per la difesa del pragmatismo.

### 1. *Giulio Cesare Ferrari e Mario Calderoni: un rapporto da padre a figlio.*

I rapporti di Mario Calderoni con Giuseppe Prezzolini e Giovanni Papini sono stati difficili e a volte contrastati, specie dopo che egli ebbe espresso in due saggi un radicale dissenso con le loro posizioni, ponendo in dubbio che nel loro caso si potesse parlare di pragmatismo. Il suo pensiero è stato spesso, per così dire, 'schiacciato' su quello di Vailati, mentre solo dopo la sua morte Papini corresse tale idea riconoscendolo come uno dei maggiori filosofi del primo Novecento. E ricerche recenti hanno rilevato l'importanza dei suoi originali contributi, specie in etica e nel diritto, due campi in cui Vailati non si è particolarmente impegnato.

Mi soffermo prima di tutto sul rapporto tra Giulio Cesare Ferrari (1867-1932) e Mario Calderoni (1879-1914), che è stato molto importante per entrambi; attraverso Calderoni, Ferrari ha compreso l'importanza del pragmatismo al punto che ha avviato una revisione della psichiatria tradizionale secondo la prospettiva metodologica fornita dal pragmatismo. Nella « Rivista di psicologia » da lui fondata e diretta nel 1903 ha pubblicato vari saggi e recensioni di Vailati e Calderoni. Verso la fine della sua attività pubblicò il *Manuale per l'educazione della volontà* (1927), che è una sintesi del suo modello di terapia che ha usato nella sua professione, e appare

anche nel carteggio con Calderoni, in cui è molto presente il problema della 'volontà buona'. In quest'opera Ferrari si è richiamato alla concezione della volontà espressa da William James nell'opera *Principii di psicologia* (1901) da lui tradotta, e a cui ha dato un valido aiuto Calderoni come riconobbe lo stesso Ferrari nella prefazione. Nella sua *Autobiografia* pubblicata nel 1933, Ferrari presenta in questi termini il suo incontro con il giovane Calderoni:

Il caso mi offrì, fra molte altre, l'occasione di fare un esperimento che ebbe un pieno successo. Avevo conosciuto un ragazzo di 14 anni, intelligente, ma senza volontà di far nulla perché ricco e figlio di genitori mal assortiti. S'era attaccato a me perché gli parlavo come un ragazzo normale, mostrandogli le attrattive della biologia a cui mi interessavo allora. Mi proponevo di farne un bravo giovane, creandogli degli interessi in contrasto con tutte le tendenze del suo ambiente. Il solo modo di mantenerlo su un piano elevato era obbligarlo a studiare delle cose nuove. [...] Divenne un filosofo molto apprezzato dai giovani. Disgraziatamente morì a soli 35 anni. Era Mario Calderoni (1).

Nel lungo carteggio con Ferrari (53 le lettere rimaste, mentre quelle di Ferrari sono andate perdute), Calderoni si rivolge a lui con animo aperto, esponendogli i problemi personali e culturali che si trova via via ad affrontare; rivela spesso incertezze nelle sue scelte e compie un continuo esame di coscienza, sollecitato e orientato dallo stesso Ferrari che lo seguì fino agli ultimi giorni della sua vita. In una lettera del 1897 Calderoni afferma: « Come dici, non studio legge; ma leggo molto e procuro di migliorarmi quanto è possibile. [...] In questi giorni credo che saresti abbastanza contento di me »; e così conclude: « Ad agire *come se fossi buono* non dubito affatto che ci riuscirò: ma *a sentire come se fossi buono!* » (2). In un'altra dello stesso anno c'è uno dei frequenti richiami alla sua situazione familiare: « Il più grande impedimento alla libertà d'attuazione di tutti questi bei disegni è la volontà del fiero antisocialista [il padre] il quale ha una vera passione per il vituperio delle genti » (3). Sono,

---

(1) G.C. FERRARI, *Autobiografia*, a cura di M. Quaranta, in *Giulio Cesare Ferrari nella storia della psicologia italiana*, a cura di G. Mucciarelli, Bologna, Pitagora Editrice, 1984, pp. 241-242.

(2) *Lettere di M. Calderoni a G.C. Ferrari*, a cura di M. Quaranta, in « Rivista critica di storia della filosofia », XXXIV (1979), 4, p. 407.

(3) Ivi, p. 409.

questi, motivi ricorrenti; in una lettera del 12 gennaio 1903 dichiara: « Ho perso qualunque stima di me stesso, ma quello che è peggio è che sono POCO buono con mamma, che faccio disperare. Avrei bisogno delle tue prediche ma sento che ora e per lettera ne soffriresti troppo » (4).

Uno dei leitmotiv delle sue lettere è la volontà di essere « buono e simpatico » con gli altri, a fronte di decisioni o comportamenti che si rivelano fragili o incostanti. In conclusione, mi sembra che si possa dire che i problemi della volontà e della responsabilità, su cui si è esercitata con costanza l'indagine di Calderoni siano stati parte essenziale della sua vita quotidiana, vissuti spesso con angoscia e discussi con continuità con Ferrari (alla fine delle lettere dei primi anni si firmava « tuo figlio l'oca », e in altre « ricevi un abbraccio affettuosissimo da tuo figlio Mario »).

## 2. *Giuseppe Prezolini e Mario Calderoni: una incompatibilità di carattere.*

Per determinare i rapporti che Calderoni ha intrattenuto con Giuseppe Prezolini (1882-1962) e Giovanni Papini (1881-1956), mi sembra sia pregiudiziale precisare la posizione che Calderoni ha sostenuto nei due saggi: *Le varietà del Pragmatismo* (« Leonardo » novembre 1904) e *Variazioni sul Pragmatismo* (« Leonardo » febbraio 1905), a mio parere due contributi fondamentali sul pragmatismo, che hanno chiarito le differenze notevoli fra i pragmatisti italiani con un particolare contributo chiarificatore sul problema cruciale della credenza. In breve: nel primo saggio Calderoni stabilisce una netta differenza fra il pragmatismo di Peirce, accolto da Vailati e da lui stesso, e quello di Papini e Prezolini che si richiama a quello di James. Egli giunge ad affermare che « questa seconda specie di pragmatismo *non ha niente a che fare* con l'altro, quello che più direttamente risulta dai principi posti del Peirce » (5), quasi a voler escludere che in questo caso si possa parlare di pragmatismo; un giudizio rivolto essenzialmente a Prezolini. Nel secondo inter-

(4) Ivi, p. 410.

(5) Ora in *La cultura italiana del '900 attraverso le riviste*, a cura di D. Frigessi, Torino, Einaudi, 1960, p. 170.

vento Calderoni attenua questa vera e propria contrapposizione e parla di una terza varietà di pragmatismo « in qualche modo intermedia fra la prima e la seconda, che, riconoscendo la funzione grandissima esercitata delle operazioni attive e volontarie nel progresso del nostro sapere, ne trae diverse conseguenze d'indole metodologica, relative alla scelta delle definizioni, delle ipotesi, degli esperimenti » (6). E più oltre riconosce che mentre la terza varietà ha « numerosi rapporti » con la prima, « il primo [pragmatismo] e quello di *Will to Believe* [James] sono veramente opposti ed antagonisti » (7). Le due risposte di Prezzolini sono mosse da un forte atteggiamento di rifiuto ai limiti dell'ostilità per le critiche calderoniane, ove scorge ciò che più combatteva, ossia un'attitudine intellettualistica verso le cose e gli uomini. Le tue idee, afferma nella lettera di risposta (*Il mio prammatismo*), « sono buone per chi deve starsene in un gabinetto ben tappezzato di libri; non per chi vuole operare sulla propria anima. [...] Non valgono nulla per chi è contento di perdere un po' d'intelligenza e di chiarezza e di logica, pur di guadagnare in vita in profondità in solitudine » (8). Per comprendere l'integrazione della la terza varietà occorre riferirci all'articolo di Papini, *Il pragmatismo messo in ordine* (« Leonardo » aprile 1905), che è da lui stesso presentato come « il riassunto di alcuni verbali dell'infaticabile e girovago club » (l'articolo è firmato The Florence Pragmatist Club), a cui è stato dato una certa importanza perché vi è affermata la teoria del pragmatismo come « una teoria corridoio » di Papini, una posizione, questa, comunque diversa da quella di Prezzolini:

Il pragmatismo è un insieme di metodi; è anzi, per una certa parte, il perfezionamento e il completamento del metodo positivo e perciò uno dei suoi tratti caratteristici è quello della *neutralità armata*. Esso cioè non decide su nessuna questione, ma dice soltanto: dati certi fini vi consiglio di adoperare certi mezzi piuttosto che certi altri. Esso è, dunque, una *teoria corridoio* — un corridoio di un grande albergo ove sono cento porte che si aprono su cento camere. In una c'è un inginocchiatoio e un uomo che vuol riconquistare la fede — in un'altra uno scrittoio e un uomo che vuole uccidere ogni metafisica — in una terza un laboratorio e un uomo che vuol trovare dei

---

(6) Ivi, p. 218.

(7) Ivi, p. 224.

(8) Ivi, p. 230.

nuovi 'punti di presa' sul futuro. [...] Ma il corridoio è di tutti e tutti ci passano <sup>(9)</sup>.

In realtà, il testo è stato preceduto da una vera e propria riunione per discutere le diverse concezioni del pragmatismo, per vedere se era possibile individuare alcuni elementi comuni, ossia, come è detto all'inizio del testo, « indicare il carattere predominante che forma l'unità interna di tutti i vari elementi che vanno riuniti sotto il mantello del suo nome » <sup>(10)</sup> (la notizia è data da Jean Frédéric Renauld). L'articolo di Papini disegna, dunque, in termini sintetici e chiari il resoconto della discussione senza alcuna volontà di sintesi ma con l'obiettivo di indicare una possibile coesistenza di posizioni diverse, in cui l'unico cenno polemico è rivolto nella premessa a F.C.S. Schiller con cui si dichiara che i lettori « scopriranno in cosa non andiamo d'accordo » <sup>(11)</sup>. Dire Schiller significa riferirsi a Prezzolini che lo ha 'scoperto' e fatto collaborare al « Leonardo » e su cui espresse valutazioni positive (nello stesso numero è stato pubblicato di Schiller *The definition of pragmatism*, ove si avvertono le diversità cui accenna Papini).

Da tutto ciò risulta che i rapporti di Prezzolini con Calderoni non sono mai stati amicali; non esiste traccia di un loro rapporto epistolare. « La Voce » non pubblicò nulla dopo la morte di Calderoni, né Prezzolini ne parlò nei suoi scritti sul pragmatismo. Quando lo incontrai a Lugano, dove ero andato con mia moglie e l'editore bolognese Arnaldo Forni per consegnargli una copia anastatica del « Leonardo » da me curato, mi concesse un'intervista, e alla domanda sui suoi rapporti con Calderoni che erano stati presentati come un po' difficili, rispose: « Era solo una questione di carattere. Noi [lui e Papini] eravamo più rivoluzionari, in un certo senso più democratici. Calderoni apparteneva alle classi ricche, era un po' snob e quindi non si dedicava a queste cose con la passione che avevamo noi ». E sul suo pragmatismo affermò: « se rilegge l'articolo nel « Leonardo » sul mio pragmatismo vedrà che io esalto la libertà creatrice dell'individuo, la vita interiore: tutti temi suggeriti da

---

<sup>(9)</sup> Ivi, p. 228.

<sup>(10)</sup> Ivi, p. 225.

<sup>(11)</sup> *Ibidem*.

Bergson »<sup>(12)</sup>: una conferma postuma delle critiche di Calderoni. In conclusione, fra Calderoni e Prezzolini, e in misura minore con Papini c'è stata una vera e propria incapacità di comunicazione. A tale proposito Calderoni scrive nella lettera a Vailati del 15 ottobre 1903:

Mi sono trovato varie volte con Papini e Prezzolini, ma non posso dire di avere trovato la loro compagnia né molto piacevole, né molto stimolante. Al contrario, essi mostrano anzi come in filosofia sia difficile discutere [...] senza già essere d'accordo, e che il più delle volte, dopo due ore di discussione, bisogna riconoscere [...] che non ci si è neppur capiti. Con te forse, frenati un po' dalla tua autorità, saranno più tolleranti e benevoli verso le faticose opinioni altrui, ma con me, credi, è un affar serio<sup>(13)</sup>.

### 3. *Giovanni Papini e Mario Calderoni: un rapporto di intesa culturale.*

Completamente diverso, rispetto a quello di Prezzolini, è stato l'atteggiamento umano e culturale di Giovanni Papini nei confronti di Calderoni, di cui ha compreso tempestivamente le potenzialità intellettuali, tanto da aprirgli la collaborazione al « Regno » e al « Leonardo ». Gli anni 1904-1907 sono stati i più produttivi di Calderoni, che fin dalla lettera inviata a Papini il 20 ottobre 1903 comprende il ruolo che può assumere entro la rivista fiorentina. « Intanto — afferma — mandami tutti i numeri finora comparsi del « Leonardo », al quale mi abbono; e col quale pare forse impegnerò *battaglia*, se volete »; e tutti suoi interventi nel « Leonardo » sono stati di battaglia!

Nella lettera del 23 luglio 1905 esprime la sua ammirazione per l'articolo di Papini *La logica di B. Croce*:

Mille rallegramenti per il suo splendido articolo su Benedetto Croce. Esso è veramente riuscito sotto ogni riguardo; e non saprei neppur immaginare cose più giuste dette più efficacemente e più brillante di così. Esso è veramente l'articolo principe di questo numero del « Leonardo » (che peraltro è

---

<sup>(12)</sup> *L'eresia del « Leonardo »*, intervista a G. Prezzolini, a cura di M. Quaranta, in « Quaderni razionalisti », II (1983), 2-3, pp. 78-84.

<sup>(13)</sup> G. VAILATI, *Epistolario (1981-1909)*, a cura di G. Lanaro, introduzione di M. dal Pra, Torino, Einaudi, 1971, p. 657.

bellissimo). Ne sono entusiasta. Non so che cosa il Croce potrà rispondervi. Anche quello di James mi piace assai <sup>(14)</sup>.

In realtà Papini è l'unico dei pragmatisti italiani ad avere compiuto una disamina critica della logica crociana secondo una prospettiva pragmatista, tanto che Croce rispose in un articolo altrettanto impegnativo, risultando così la sua unica analisi critica del pragmatismo italiano; analisi che si differenzia nettamente dall'atteggiamento stroncatorio di Giovanni Gentile, che nella recensione a *Gli strumenti della conoscenza* di Vailati, apparsi nel 1916 nella collana «Cultura dell'Anima» diretta da Papini affermò che «ne esce l'immagine di un pensatore colto bensì e curioso, animato dal più vivo interesse per i problemi filosofici e simpaticamente pronto a rispondere a ogni voce sgorgante da un vero interesse spirituale, ma incapace di sentire la vera e propria difficoltà del pensiero comune e scientifico, da cui sorge il problema filosofico, e incapace perciò d'intendere profondamente i termini di questo problema» <sup>(15)</sup>. Nella lettera del 26 luglio 1905, Calderoni interviene ancora su un altro articolo di Papini pubblicato nel «Leonardo» del giugno-agosto 1905: «Ho letto il tuo articolo su Nietzsche, che mi è piaciuto molto; così le bellissime recensioni di Vailati» — si tratta delle recensioni a opere di Poincaré, Orestano, Peirce — e prosegue: «Conosci tutta la teoria della *previsione* contenuto nel Teeteto? Magnifica! Vi sono tutte e tre le categorie Brentiniane. Dillo a Vailati» <sup>(16)</sup>.

Dopo la morte di Vailati, Calderoni scrive a Papini queste parole in una lettera del 29 maggio 1909: «Certo la nostra amicizia non deve morire; io per parte mia la considero come un dono fattomi dal povero Vailati, dono che intendo conservare. [...] Non vedo l'ora che tu torni a Firenze per poter discorrere insieme di lui e di ciò che di lui ci resta» <sup>(17)</sup>. Forse si riferisce al progetto di

---

<sup>(14)</sup> M. CALDERONI, *Scritti sul pragmatismo*, a cura di A. Di Giovanni, prefazione di A. Crimaldi, Acireale-Roma, Bonanno Editore, 2007, p. 182.

<sup>(15)</sup> G. GENTILE, Recensione di G. Vailati, *Gli strumenti della conoscenza*, prefazione di M. Calderoni, in «La Critica», XV (1917), 1, p. 56.

<sup>(16)</sup> CALDERONI, *Scritti sul pragmatismo*, cit., p. 183.

<sup>(17)</sup> Ivi, p. 187.

pubblicare tutti gli scritti di Vailati, che si realizzerà presto soprattutto per il costante impegno di Calderoni (scrive a Ferrari, « ho fatto l'indice Vailati che, vedrai, è un lavoro colossale »).

Nel 1911 Papini pubblica la rivista « L'Anima » che dura solo un anno; un numero speciale è interamente dedicato a Vailati, con un ampio spazio alle sue lettere; inoltre Calderoni vi pubblica un saggio — *Intorno al pragmatismo di G. Vailati* — contro le critiche al pragmatismo e in particolare a Vailati svolte da Amendola nel saggio: *La novità del pragmatismo*.

Dopo la morte di Calderoni Papini pubblicò alcuni articoli su di lui; il più completo è la prefazione agli *Scritti* di Calderoni del 1924, in cui delineò il migliore profilo umano e intellettuale dell'amico, rispondendo anche ad alcune critiche al suo pensiero. Egli ricorda la sua difficoltà di scrivere, parla di « una specie di malattia spirituale » che gli rendeva « faticosa la scoperta dell'espressione definitiva del suo pensiero » (Calderoni scrive a Ferrari, « la difficoltà di scrivere non diminuisce (ci ho messo un anno e due mesi a fare *L'arbitrario!* ». E siamo nel 1910). E poi indica in questi termini la novità del suo contributo filosofico:

Questa, principalmente, la gloria di Mario Calderoni: l'aver illuminato, col riconoscimento della parte che in tutto il pensiero umano ha la Previsione, molti problemi che fino a lui si trascinavano in vane dispute tra grossolani empiristi e vacui astrattisti, tutti egualmente superbi e inconclusivi <sup>(18)</sup>.

E così concludeva:

Per quanto possa sembrare oggi una simile profezia, il pensiero di Calderoni apparirà come uno dei maggiori contributi della filosofia italiana nel primo decennio di questo secolo, e il suo nome sarà posto più in alto di altri nomi che oggi sembrano consacrati alla perpetua gloria mentre si dovranno contentare della presente fortuna <sup>(19)</sup>.

Una profezia, questa, che si è avverata.

---

<sup>(18)</sup> G. PAPINI, *Prefazione agli Scritti di Mario Calderoni*, a cura di O. Campa, Firenze, Società Editrice « La Voce », 1924, vol. I, pp. XIV-XV.

<sup>(19)</sup> Ivi, p. xv.

4. *Giovanni Vailati e Mario Calderoni: una lotta comune per la difesa del pragmatismo.*

Dopo la chiusura del « Leonardo » e la differenziazione sempre più marcata di Prezzolini ormai conquistato al pensiero di Croce, Vailati decide di pubblicare un'opera complessiva sul pragmatismo per riprendere poi la sua attività filosofica e culturale sulla base di posizioni nette e ben argomentate. Di fronte alla richiesta di collaborare a « La Voce », Vailati esprime a Prezzolini le sue perplessità, e a Papini dichiara la sua idea di fondo sul possibile approdo della filosofia italiana: « Ho l'impressione che per una quantità di ragioni, tra le quali è da contare, oltre all'ingegno e alla cultura di Croce, anche la mancanza di tali qualità nei difensori che presidiano e costituiscono la guarnigione dei castelli filosofi italiani, il Croce conquisterà l'Italia filosofica ufficiale rapidamente e « senza colpo ferire », come Carlo VIII, mandando solo avanti i « forieri » a segnare i luoghi per gli alloggi e per il vettovagliamento » (20). Una valutazione risultata sostanzialmente esatta; da ciò l'elaborazione del suo progetto con l'aiuto dell'unico suo più fidato collaboratore, Calderoni appunto. Come è noto, dell'opera ci sono rimasti tre capitoli, il quarto è sostanzialmente opera di Calderoni, che doveva scrivere anche il quarto capitolo di carattere storico, già avviato quando la morte di Vailati rese impossibile la realizzazione dell'opera.

Per caratterizzare il loro rapporto abbiamo il breve e incompleto carteggio pubblicato nell'epistolario (15 lettere di Calderoni), alcune lettere di Vailati, alcune informazioni tratte dalle lettere di Vailati ad altri corrispondenti, le tre recensioni di Vailati alle *Disarmonie* e una a *I postulati della scienza positiva e il diritto penale*. Inoltre, di un certo rilievo è il saggio *Su alcuni aspetti del movimento filosofico contemporaneo in Italia*, in cui Vailati dedica un ampio spazio ai contributi filosofici di Calderoni sull'etica e le scienze sociali. In particolare, Vailati afferma conclusivamente che « è necessario insistere molto per rilevare le connessioni intime che sussistono tra la concezione dell'etica di cui si è discusso — ossia quelle di Calderoni — e le speculazioni logiche e 'pragmatistiche' di cui ci

---

(20) VAILATI, *Epistolario*, cit., p. 473.

siamo occupati nella prima parte di questo articolo » (21). E ciò per sottolineare che Calderoni ha dato un contributo fondamentale per delineare una concezione pragmatistica dell'etica e delle scienze sociali.

Le poche lettere di Calderoni che ci sono giunte danno un'idea precisa del loro rapporto culturale e umano, e la commemorazione che di Vailati fece Calderoni a Crema il 20 giugno 1909 costituisce ancora oggi una delle interpretazioni più acute del suo pensiero, in cui pone in evidenza il carattere del suo pragmatismo. « A lui, afferma, dobbiamo se oggi l'Italia può vantare un pragmatismo suo proprio e, in un certo senso, originale » (22); soffermandosi nella caratterizzazione di tale pragmatismo. Dunque, sia Vailati nei confronti di Calderoni, sia Calderoni nei confronti di Vailati ribadiscono il valore e l'importanza nella cultura italiana del pragmatismo, il loro obiettivo di continuare a riaffermarne le posizioni metodologiche e filosofiche nella polemica con altri orientamenti, nella persuasione che esso sia in grado di rinnovare profondamente la filosofia italiana in un dialogo costante con la filosofia europea e americana. È singolare che questa caratterizzazione di Vailati come pragmatista non sia stata sostanzialmente accolta da molti studiosi italiani del filosofo cremasco, mentre l'ultima generazione non mette in discussione tale 'dato'. Basterà ricordare che Giulio Giorello lo ha considerato il rappresentante di un « rinnovato positivismo », Silvio Lanaro lo ritiene « irriducibile a qualunque etichetta », mentre Luigino Binanti lo definisce un « convenzionalista critico ». Franco Restaino parla di Vailati come un positivista storicista, Alberto Pasquinelli un « minore » e Antonio Santucci un filosofo « sui generis », mentre per Mario Dal Pra è sostanzialmente un continuatore dell'empirismo inglese. Ha forse ragione quell'epistemologo italiano, che ne diede una valutazione molto positiva fin nella sua prima opera, a dirmi che questo atteggiamento rivela le difficoltà, da parte di filosofi italiani, a rivalutare un intellettuale considerato fallito. Riconsiderare Vailati e il suo pragmatismo significa, di fatto,

---

(21) G. VAILATI, *Scritti*, a cura di M. Quaranta, presentazione di L. Geymonat, Sala Bolognese, A. Forni Editore, 1987, vol. I, p. 396.

(22) M. CALDERONI, *Giovanni Vailati*, in « Rivista di psicologia applicata », V (1909), 5, pp. 420-433; ora in *Scritti di Mario Calderoni*, cit., vol. II, p. 170.

rivedere i tradizionali schemi interpretativi della cultura filosofica del primo Novecento. A lato di questa difficoltà storiografica, diciamo così, c'è un altro singolare atteggiamento; molti studiosi dichiarano che in Vailati sono presenti affermazioni, riflessioni, considerazioni che anticiperebbero posizioni di filosofi del Novecento: da Bachelard a Popper, da Quine a Schlick, e via seguitando. In realtà, Vailati è un epistemologo pragmatista, e ciò è particolarmente importante sottolinearlo in un momento in cui il pragmatismo è l'unico movimento filosofico sopravvissuto dalla cultura primonovecentesca, e costituisce oggi, sia pure in alcune delle sue molteplici varianti, una componente fondamentale nell'attuale dibattito epistemologico.



*Lecture*



LUCA COBBE, *Il governo dell'opinione. Politica e costituzione in David Hume*, Macerata, EUM, 2014 (Biblioteca del Giornale di Storia costituzionale, 8).

A chi ne abbia presente l'effigie elegantemente dipinta dal pennello di Ramsay riesce difficile pensare che lo spettro di David Hume possa periodicamente, a quasi duecentocinquant'anni dalla morte, tornare a turbare i nostri sogni. Come è stato detto <sup>(1)</sup>, il filosofo scozzese è troppo ben vestito, troppo paffuto e troppo serafico per accreditarsi come qualcuno chiamato a inquietare le riflessioni dei posteri. Al tempo stesso, a fronte del fulgore di quel ritratto, l'immagine del pensiero politico di Hume è andata coprendosi di un velo di polvere, forse non troppo spesso, ma certo offuscante, ed al suo autore è toccato sovente il destino di chi è consegnato ad un'etichetta di comodo, a restare tra gli scaffali delle biblioteche, citato e ricordato, ma — almeno in questo ambito — talvolta poco letto e studiato. Forse, non se ne avrebbe a male: del resto, nelle fonti coeve i suoi conoscenti sono soliti chiamarlo immancabilmente « le bon David » (le voci sibilanti di chi ne dice male appartengono ai suoi avversari 'pubblici', non a chi lo frequentava), e la bonomia che traspare da quei racconti indurrebbe a crederlo pronto a restare definitivamente abbandonato alla penombra dell'oblio. A ben vedere, però, è ancora la tela di Ramsay a far sorgere qualche dubbio, nel vedere il rosso squillante e gli imponenti galloni dorati della marsina che il filosofo scozzese ha indossato per posare <sup>(2)</sup>. È una giacca degna di un sovrano, quella con cui Hume ci guarda dalla soglia del tempo: fatta per brillare nella penombra, fatta per fissarsi nei nostri occhi. Come, in realtà, continua ad interrogarci — al di là delle classificazioni di comodo — il pensiero di David Hume.

---

<sup>(1)</sup> A. SABL, *Hume's Politics. Coordination and Crisis in the History of England*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2012. Il ritratto cui mi riferisco è quello del 1766, alla *Scottish National Portrait Gallery*.

<sup>(2)</sup> Secondo un aneddoto, Giorgio III, pur apprezzando il quadro, avrebbe fatto notare che l'abbigliamento era troppo enfatico, al che il pittore avrebbe replicato che desiderava che i posteri constatassero che nel regno del sovrano un filosofo « aveva avuto una buona giacca sulle spalle »: cfr. A. SMART, *Eleganza e sensibilità di un artista*, in « FMR », XI (1992), 9, pp. 84-102, a p. 96.

Negli ultimissimi anni la storiografia sul pensiero politico del filosofo scozzese ha visto novità importanti. Nel 2012 Ashgate licenziava una corposa miscellanea, *Hume and Law*, con contributi di diversi specialisti <sup>(3)</sup>. Allo stesso anno risale il lavoro profondo ed ambizioso di Andrew Sahl, volto a scandagliare la poderosa opera storiografica di Hume, la *History of England*, e a ricavarne — riunendo i *disiecta membra* di un pensiero che in quella sede non si era voluto esprimere in veste organica — una lettura delle dinamiche politiche che ne rivelasse regole e sistema <sup>(4)</sup>: operazione molto importante, che riportava in evidenza l'impresa più monumentale dello scrittore illuminista, quella con cui aveva maggiormente conosciuto la fama, ma relegata da tempo in secondo piano <sup>(5)</sup>. L'anno dopo, per la curatela di Mark G. Spencer, seguiva una raccolta di saggi dedicata proprio al sincretismo tra Hume storico e Hume filosofo <sup>(6)</sup>. Nel 2014 usciva l'opera di Luca Cobbe qui in discussione, attento saggio che sin dalle pagine introduttive dichiara di voler leggere il pensiero politico humiano « sottraendolo all'effetto distorsivo delle etichette storiografiche e restituendolo all'ambiguità che gli è propria » (p. 9). A tal fine l'a. cerca di rimuovere quelle che sono *idées reçues* della riflessione storiografica e impostare il suo discorso su un percorso che non si pone il problema di contestare o di avvalorare quel tanto di verità o di difetto che tali idee possono contenere <sup>(7)</sup>, ma, in un modo ai miei occhi più stimolante, cerca di tracciare una strada diversa che non torna, in via primaria, su certe dibattute questioni (e.g. Hume fu Whig o Tory?), ma si pone piuttosto nuovi interrogativi.

---

<sup>(3)</sup> *Hume and Law*, edited by K. Mackinnon, Farnham / Burlington, Ashgate, 2012.

<sup>(4)</sup> SAHL, *Hume's Politics*, cit., p. 11.

<sup>(5)</sup> L'opera storiografica di Hume riuscì a garantirgli il successo e la fama sperati e sino a quel momento sfuggitigli: lo rese ricco, indipendente, gli garantì una nomea internazionale. Nel 1763 gli venne tributato un vero trionfo in Francia, quando accompagnò come segretario privato l'ambasciatore Lord Hertford — un'accoglienza in cui era la sua opera come storico, non come filosofo, ad incontrare piena approvazione: cfr. V.G. WEXLER, *David Hume and the History of England*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1979, pp. 93-95. Sul successo internazionale, cfr. anche P. HICKS, *Neo-classical History and English Culture. From Clarendon to Hume*, Basingstoke, Macmillan, 1996, p. 202 e ss. Sulla condizione di capolavoro trascurato della *History* cfr. già N. PHILLIPSON, voce *Hume, David*, in *The Oxford Companion to British History*, edited by John Cannon. Revised edition, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 496.

<sup>(6)</sup> *David Hume, Historical Thinker, Historical Writer*. Edited by M.G. Spencer, University Park (Pennsylvania), Pennsylvania University Press, 2013.

<sup>(7)</sup> Nota, e.g., come Hume sia stato sovente considerato come il difensore (« moderato e gentile ») dell'ordine, ma abbia di fatto dedicato gran parte della sua indagine al disordine (COBBE, *Il governo dell'opinione*, cit., p. 11).

Dopo essersi soffermata su alcuni dei luoghi classici della storiografia hūmiana <sup>(8)</sup>, la lettura di Cobbe prende le mosse dalla Gran Bretagna disegnata dalla Rivoluzione Finanziaria verificatasi a cavallo tra XVII e XVIII secolo, che, oltre a determinare uno spostamento del *balance* della costituzione, aveva creato un sistema in cui il benessere e la sicurezza dei singoli e della società stessa poggiavano su un'impalcatura elastica, ma potenzialmente fragile: la fiducia del pubblico. È questo elemento estremamente labile — che si concretizza nei tassi di interesse e nel successo di prestiti e titoli di Stato — a rappresentare il carburante del *perpetuum mobile* della società <sup>(9)</sup>. Sottoposta alle oscillazioni del mercato, stimolata dall'interesse individuale, questa fiducia è alla mercé di due forze che ottengono un riconoscimento nuovo, ovvero le passioni e l'immaginazione. Paradossalmente queste energie, il cui costante fluttuare può mettere a rischio l'ordine della società, vengono arruolate per garantirne la stabilizzazione <sup>(10)</sup>. Ciò pone su una base diversa la questione del ruolo che viene ad essere giocato dall'autorità. La chiave di lettura emerge già dal titolo che Cobbe ha voluto dare al suo saggio: la centralità che il governo dell'opinione viene a rivestire nelle dinamiche istituzionali permette di escludere che si sia di fronte ad un sistema in cui l'autorità non riveste un ruolo vitale. La persistenza di un governo e la necessaria subordi-

---

<sup>(8)</sup> Vengono particolarmente approfonditi i classici lavori di G. GIARRIZZO, *David Hume politico e storico*, Torino, Einaudi, 1962 e D. FORBES, *Hume's Philosophical Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978. Giarrizzo leggeva il pensiero politico di Hume nel segno di un'evoluzione conservatrice (sia pure non espressione di una chiusura di ceto, ma segno di un conservatorismo illuminato dalla preoccupazione per l'avvenire del Paese: GIARRIZZO, *David Hume*, cit., p. 53), dettata dai fatti del 1745 e da un atteggiamento di crescente avversione verso la nuova Inghilterra dei banchieri, della finanza e della corruzione Whig: questa trasformazione sarebbe stata tale da portare lo scozzese ad un approdo su posizioni Tory. Forbes, dal canto suo, ne aveva letto la filosofia alla luce della distinzione tra un'ideologia Whig *vulgar* ed una *scientific*, che si manifestava soprattutto intorno al problema della libertà (FORBES, *Hume's Philosophical Politics*, cit., p. 139 e ss.).

<sup>(9)</sup> Con i rischi del caso: Hume non poteva non avere presente gli effetti catastrofici della bolla finanziaria del 1720 (la *South Sea Bubble*: sulle isteriche oscillazioni del mercato, e le conseguenze del *crack* cfr. G. HOLMES, *The Making of a Great Power. Late Stuart and Early Georgian Britain 1660-1722*, Longman, London and New York, 1993, pp. 275-276), esplosa rovinosamente quando era un bambino; su un piano diverso, come scozzese doveva ben conoscere il fallimento dell'impresa di Darién, che aveva inferito un colpo fatale all'economia del suo Paese, di fatto preconstituendo le condizioni per l'adesione della Scozia all'Unione del 1707.

<sup>(10)</sup> Cfr. COBBE, *Il governo dell'opinione*, cit., p. 49 e ss., nonché p. 92 («La società non è altro che l'organizzazione di un disordine che non può più essere eliminato, perché prodotto al suo stesso interno»).

nazione ad esso restano elementi indefettibili, e ciò ad onta del fatto che Hume veda nella società, e non nello Stato, il veicolo che permette di superare il ristretto recinto delle forze individuali — poco conta che ciò possa apparentemente sfumare, o anche ridimensionare, la novità dell'approccio del pensatore scozzese al problema dell'ordine (p. 184 e ss.). A portare a questo stato di cose è la prevalenza, tra le due forze nuove, ovvero passioni ed immaginazione, della seconda <sup>(11)</sup>, fatalmente più pronta ad essere attratta dall'interesse immediato, presente, a scapito non solo di quello futuro, ma della stessa consapevolezza che l'interesse personale sarebbe meglio tutelato accettandone un contenimento per dar corso alla giustizia <sup>(12)</sup>. È proprio per rimediare a queste manchevolezze che il governo esiste ed agisce: essendo la natura umana immodificabile, esso non opera piegando l'interesse degli individui in una diversa direzione, bensì — nota ottimamente Cobbe — attraverso una « modificazione dell'ambiente artificiale, quindi istituzionale » in cui l'individuo agisce (p. 190) <sup>(13)</sup>. Portatore di una propria logica, « irriducibile a quella del diritto privato », il governo è vincolato alla società da un rapporto funzionale, ma risponde ad una razionalità diversa (pp. 202-204). Esso rappresenta un'invenzione umana che trova la sua ragion d'essere in un interesse diretto, ed è questo interesse ad indurre i consociati ad obbedirvi, non certo astratti sentimenti di giustizia <sup>(14)</sup>. È questa schietta motivazione egoistica (che può essere letta come una forma di « autocor-

---

<sup>(11)</sup> « A rigor di logica, l'individuo humeano non è una creatura né della ragione, né della passione: l'uomo di Hume è governato dall'immaginazione » (COBBE, *Il governo dell'opinione*, cit., p. 133).

<sup>(12)</sup> « Men are always more concern'd about the present life than the future; and are apt to think the smallest evil, which regards the former, more important than the greatest, which regards the latter », e ancora « we are not able to regulate our actions by this judgment; but yield to the solicitations of our passions, which always plead in favour of whatever is near and contiguous » (D. HUME, *A Treatise on Human Nature*, reprinted from the original in three volumes and edited, with an analytical index, by L.A. Selby-Bigge, Oxford, Clarendon Press, 1888, pp. 525 e 535 [Book III, Part II, Section V e VII]): ragion per cui « l'artificialità delle regole di giustizia ha sempre come suo rovescio la potenziale rottura di queste » (COBBE, *Il governo dell'opinione*, cit., p. 182).

<sup>(13)</sup> Si osservi che, posta una distinzione di prospettive tra legge ed istituzione, privilegiare la seconda « comporta soffermarsi maggiormente sul carattere inventivo [...] del giuridico, piuttosto che su quello di salvaguardia dei diritti soggettivi » (ivi, p. 158).

<sup>(14)</sup> HUME, *A Treatise*, cit., pp. 543-546 [Book III, Part II, Section VIII]. « Alla base dell'autorità del governo c'è l'interesse comune, e questo deve bastare » (COBBE, *Il governo dell'opinione*, cit., p. 210). Dal punto di vista di chi governa, poi, vale un principio speculare: « This ruler is not [...] immune to the pull of desire; however, he is given an interest in the maintenance of peace and thus his passions direct him to enforce a code of justice against offenders » (J. CONNIFF, *Hume on Political Parties: The Case for*

reazione » dell'interesse individuale <sup>(15)</sup>) a creare le condizioni per l'esercizio dell'autorità, e non l'ipotesi di un contratto sociale, di cui Hume è inflessibile critico non solo su basi dialettiche, ma anche per la pericolosa instabilità che si produce quando esso è considerato il fondamento del potere di governare (p. 206).

Con acutezza l'a. osserva che, facendo perno sul concetto di immaginazione, il filosofo scozzese costruisce una teoria dell'obbligazione politica universale che non ha come requisito una data forma di governo, posto che si articola a partire dalla natura umana (p. 212 e ss.). È quello stesso fondamento (le regole dell'immaginazione) che può permettere la tenuta di un governo anche arbitrario a fronte del venir meno dell'interesse che lo sosteneva: è il *custom*, il modellarsi della passione sulla base della ripetitività di un certo atteggiamento mentale <sup>(16)</sup>, ad indurre a perseverare nell'ubbidienza all'autorità. La frizione tra il diritto di resistenza (la cui liceità naturale pure Hume esplicita <sup>(17)</sup>) e il fatto che, nel normale corso delle cose, la contestazione violenta del governo porta ad un degenerare nel caos <sup>(18)</sup>, induce il pensatore scozzese a concentrarsi soprattutto sulla tenuta dell'ubbi-

---

*Hume as a Whig*, in « Eighteenth Century Studies », XII [1978-79], 2, pp. 150-173, a p. 155).

<sup>(15)</sup> COBBE, *Il governo dell'opinione*, cit., p. 160, ad escludere un intervento della ragione o di una morale 'naturale'. Cfr. anche D. HUME, *Of the Origin of Government*, in *Essays Moral, Political, and Literary*. Revised edition. Edited by E.F. Miller, Indianapolis, Liberty Fund, 1987, p. 38: « Men must, therefore, endeavour to palliate what they cannot cure. They must institute some persons, under the appellation of magistrates, whose peculiar office it is, to point out the decrees of equity, to punish transgressors, to correct fraud and violence, and to oblige men, however reluctant, to consult their own real and permanent interests ».

<sup>(16)</sup> Il *custom* può essere associato al modo in cui i bugiardi finiscono per credere alle loro stesse menzogne (HUME, *A Treatise*, cit., p. 86 [Book I, Part III, Section V]). Cfr. anche ID., *Idea of a Perfect Commonwealth*, in *Essays*, cit., p. 512: « An established government has an infinite advantage, by that very circumstance of its being established; the bulk of mankind being governed by authority, not reason, and never attributing authority to any thing that has not the recommendation of antiquity ».

<sup>(17)</sup> Anche se, rileva Whelan, Hume si esprime con parsimonia sui fondamenti naturali della libertà umana, dacché « Except for one passing reference, Hume is silent in his philosophical works with respect to the concepts of natural liberty and natural rights »: F.G. WHELAN, *Hume and Contractarianism*, in « Polity », XXVII (1994), 2, pp. 201-224, a p. 220. Per A. TORRE, *Il contesto costituzionale dell'Illuminismo scozzese*, in « Giornale di Storia Costituzionale », XX, 2010, 2, pp. 17-46, a p. 43, Hume privilegia « un'interpretazione della giustizia come prodotto di artificio etico e di convenzionalismo sociale ».

<sup>(18)</sup> Personalmente trovo che abbia buoni argomenti a suo favore la lettura di H.T. DICKINSON, *Liberty and Property: Political Ideology in Eighteenth-Century Britain*,

dienza (p. 216), che spinge a ritenere che accettare quanto disposto dall'autorità sia naturale, ed espressione di un valore importante per la società. Credo perciò di poter dire che « il governo dell'opinione » implica un genitivo sia soggettivo che oggettivo: è al peso dell'opinione (i.e. dell'immaginazione) della società, volta a considerarne la funzione benefica o quanto meno parte di uno schema di comportamento immaginato proficuo, che il governo deve la sua esistenza e la propria capacità di sopportare le crisi della sua autorità; di contro, è sulla sua azione sull'immaginazione dei consociati che un governo deve far perno per garantirsi sopravvivenza e dominio. A riprova, si noti come Cobbe, che si sfilta elegantemente dalla discussione sulla possibile evoluzione in senso conservatore del pensiero di Hume nel passaggio dai *Treatises* degli anni Quaranta, alla *History* e al saggio *On the Origin of Government* (1774), evidenzia piuttosto (pp. 224-225) come nel filosofo scozzese muti il punto di osservazione del problema dell'ubbidienza, dal perché *si ubbidisce* al perché *si pensa di dover ubbidire*. La chiave — come attesta l'*incipit* del saggio *Of the First Principles of Government* — è rappresentata proprio dal fatto che i governi, paradossalmente, hanno nell'opinione il solo strumento che ne sorregga l'autorità, in stridente contrasto con la nuda forza, che è invece appannaggio di chi è *governato* <sup>(19)</sup>. Hume ne è quasi sorpreso, tanto è naturale la facilità con cui si governa, con cui gli individui sono pronti a rinunciare alle proprie passioni: è qui, sulla normalità delle vicende, nelle quali un governo è rispettato, e non sull'eccezione, fragorosa ma rara, ove esso è sfidato, che si fissa l'occhio del filosofo (p. 230 e ss.). Egli ne deduce la centralità del nesso tra governo ed opinione, con conseguenze fortissime sull'azione stessa dell'autorità che non può — qualunque sia la sua natura — governare contro le inclinazioni dei sudditi e deve invece creare un rapporto di comunicazione (fosse pure l'impe-

---

Methuen, London, 1977, pp. 134-136, secondo cui in realtà la tensione interna a Hume, fautore dell'autorità, ma pronto a riconoscere il diritto di resistenza, si scioglie nella misura in cui il secondo fattore ha, per il filosofo scozzese, un valore esclusivamente ipotetico, stante che nell'ordine consueto degli eventi sovvertire il governo è considerato esiziale. Cfr. D. HUME, *The History of England from the Invasion of Julius Caesar to the Revolution in 1688*. Forward by W.B. Todd, Indianapolis, Liberty Fund, 1983, vol. IV, pp. 354-355 « In the particular exertions of power, the question ought never to be forgotten, *What is best?* But in the general distribution of power among the several members of a constitution, there can seldom be any other question, than *What is established?* [...] If any other rule than established practice be followed, factions and dissensions must multiply without end ».

(19) D. HUME, *Of the First Principles of Government*, in *Essays*, cit., p. 32.

ratore che guida i pretoriani, o il sultano i suoi mamelucchi <sup>(20)</sup>) che permetta di incidere sulla loro immaginazione <sup>(21)</sup>.

È notoria la critica che — in contrapposizione alle scorciatoie Whig — il pensatore scozzese oppose all'idea di una *ancient constitution*, o ancora alla teoria del giogo normanno che avrebbe coartato la genuina forma parlamentare sassone <sup>(22)</sup>. Come osserva anche l'a. (pp. 323-324), quella di Hume è una costituzione non ancorata a forme ideali, ma in evoluzione <sup>(23)</sup>. La stessa Magna Carta, per il filosofo scozzese, lungi da essere il manifestarsi, nel 1215, di immemorabili diritti la cui origine riposa negli abissi del tempo (come sosteneva la *vulgata* Whig), acquista il suo ruolo retrospettivamente, quando viene costruita come una convenzione, ed anzi una delle due (l'altra è la monarchia) che sorreggono l'intero edificio della costituzione <sup>(24)</sup>. Alla stessa stregua, è sotto il profilo dell'opinione che egli rileva un muta-

---

<sup>(20)</sup> Ivi, pp. 32-33.

<sup>(21)</sup> Cfr. anche R.A. MANZER, *Hume's Constitutionalism and the Identity of Constitutional Democracy*, in «The American Political Society Review», XC (1996), 3, pp. 488-496, a p. 492: «At a deeper level [the constitutional legislator] must seek to shape men's opinion about civil liberty [...] A wise legislator will study the passions and learn how best to exploit them». Un irrigidimento può però essere riscontrato — nota COBBE, *Il governo dell'opinione*, cit., pp. 244-247 — negli ultimi scritti, composti all'ombra delle tensioni laceranti causate dal caso Wilkes. Ricorderei anche una significativa evoluzione nell'interpretazione data da Hume alla parte della sua *History* dedicata alle vicissitudini degli Stuart: se nel 1757 si configurava come «an antidote to Whig propaganda», nel 1770 diventava «a cautionary tale against the risks of liberty to authority and the need to keep a balance between the two» (cfr. F.L. VAN HOLTHOON, *Hume and the End of History*, in *David Hume: Historical Thinker*, cit., pp. 143-162, a p. 147).

<sup>(22)</sup> Cfr. E.F. MILLER, *Hume on Liberty in the Successive English Constitutions*, in *Liberty in Hume's History of England*, edited by N. Capaldi, D.W. Livingstone, Dordrecht / Boston, Kluwer Academic Publishers, 1990, pp. 53-103. Ancora all'altezza del 1614, Hume osservava: «the constitution of England was [...] an inconsistent fabric, whose jarring and discordant parts must soon destroy each other, and from the dissolution of the old, beget some new form of civil government, more uniform and consistent» (HUME, *History of England*, cit., V, p. 59). Resta fondamentale J.G.A. POCKOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law. A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century. A Reissue with a Retrospect*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.

<sup>(23)</sup> Nella *History* la costituzione diventa un personaggio ed un agente nella storia dell'Inghilterra: «In many ways the constitution, unsettled and contradictory, was a villain in English history until the Glorious Revolution made it a hero, settled and perfect» (HICKS, *Neo-classical History*, cit., pp. 192-193).

<sup>(24)</sup> SABL, *Hume's Politics*, cit., pp. 142-145. Anche l'idea della costituzione mista è, nell'opera di Hume, sottoposta ad una «deflationary tactic» rispetto alle letture

mento, nell'ultimo mezzo secolo, tale da spogliare re e autorità, ecclesiastiche e civili, di gran parte della loro aura, ponendone a rischio, in caso di crisi, la stessa esistenza<sup>(25)</sup>. A permettere, però, che possa essere salvaguardato l'equilibrio della costituzione è, anche in questo caso, il ruolo dell'interesse: nello specifico quello della maggioranza dei membri della Camera dei Comuni che avrebbero a perdere, sul piano individuale, dall'ampliarsi dei poteri dell'organo di cui sono parte<sup>(26)</sup>. Ciò implica giustificare il ruolo costituzionale del *patronage*<sup>(27)</sup> e, di conseguenza, schierarsi col sistema del governo Walpole contro Bolingbroke, i suoi seguaci e tutti i contestatori della *Robinocracy* e delle sue pratiche (asserite) corruttive nei confronti dei parlamentari<sup>(28)</sup>. Del resto, la posizione di Hume sui partiti politici è assolutamente coerente: accettabili, ed anzi in certa misura utili, sono quelli fondati sull'interesse, mentre una crescente pericolosità contraddistingue quelli basati su di un principio e, tra questi ultimi, quelli i cui principi sono

---

Whig, non senza dimenticare i rischi di tali semplificazioni (« The question of the nature of the mixture of powers in the British Constitution is too easily sold, in Hume's view, as scaremongering about the power of the executive, when precisely the opposite may be the case »): cfr. C. SMITH, *The Scottish Enlightenment's Reflection on Mixed Government*, in « Giornale di Storia Costituzionale », XX, 2010, 2, pp. 121-133, a pp. 125-127.

(25) D. HUME, *Whether the British Government Inclines more to Absolute Monarchy, or to a Republic*, in *Essays*, cit., p. 51. Va però ricordato che secondo Hume nell'equilibrio costituzionale la diffidenza (*jealousy*) segue « un moto pendolare », orientandosi ora contro l'elemento monarchico, ora contro quello popolare (GIARRIZZO, *David Hume*, cit., p. 84).

(26) D. HUME, *Of the Independency of Parliament*, in *Essays*, cit., pp. 44-45.

(27) E nelle prime edizioni del saggio testé citato Hume notava come gli esponenti del *Court party* fossero meno dogmatici, e più pronti ad accettare obiezioni e fare concessioni, di quanto non fossero quelli dello schieramento *Country* (CONNIFF, *Hume on Political Parties*, cit., p. 167).

(28) Ma Hume aveva certo ben presente un altro esempio di *patronage* quale elemento moderatore di una crescente pressione in senso democratico, quello utilizzato dai Tory nel 1712 per controllare la chiesa presbiteriana scozzese (COBBE, *Il governo dell'opinione*, cit., p. 272). Cfr. M. HANVELT, *Politeness, a Plurality of Interests and the Public Real: Hume on the Liberty of the Press*, in « History of Political Thought », XXXIII (2012), 4, pp. 627-646, a p. 632: « Maintaining the balance under the constitution required that the king have an alternative source of power to a standing army or an extensive prerogative. According to Hume, that alternative source of power was patronage ». Si può poi ricordare la drastica affermazione dello scrittore e parlamentare (costantemente filogovernativo) Soame Jenyns (*Thoughts on a Parliamentary Reform*, London, printed for J. Dodsley, 1784<sup>2</sup>, p. 21): « An independent House of Commons is no part of the English Constitution ».

espressione di una passione, in special modo a sfondo religioso <sup>(29)</sup>. Un altro fattore che permette la stabilità dell'assetto costituzionale britannico è la nuova forma di governo dell'opinione resa possibile dalla svolta epocale del 1695, con l'abrogazione del *Licensing Act* e la conseguente libertà di stampa (p. 283 e ss.). Se è vero che gli sviluppi del caso Wilkes avevano fatto emergere nel pensatore scozzese serie riserve, rispecchiate nella nuova conclusione data al suo saggio *Of the Liberty of the Press*, la funzione della stampa nel preservare gli equilibri della costituzione ed anche nell'educare la pubblica opinione rimaneva vitale <sup>(30)</sup>. In questo modo anche i partiti potranno — essendo estremamente azzardato tentare di eliminarli <sup>(31)</sup> — essere integrati all'interno del sistema di governo. Con questo, però, non si deve pensare che l'analisi di Hume sfoci nella contemplazione di un modello costituzionale ormai immutabile: continueranno a manifestarsi quei cambiamenti che nella *History* il filosofo scozzese legge nel segno di una fluidità della costituzione. Anzi, come ha rilevato Sabl, è *proprio perché consapevole*

---

<sup>(29)</sup> Cfr. COBBE, *Il governo dell'opinione*, cit., p. 299 e ss., CONNIFF, *Hume on Political Parties*, cit., p. 159 e ss. Come nota COBBE, *Il governo dell'opinione*, cit., p. 305 « l'interesse rappresenta l'unico fattore di aggregazione parlamentare che [...] non mette in pericolo la natura proprietaria della rappresentanza politica della nazione ». Tra gli « abstract speculative principles » condannati da Hume (*Of Parties in General*, in *Essays*, cit., p. 60) ricade anche l'idea di libertà propagandata dai seguaci di Wilkes. Sui rischi politici di certi sentimenti religiosi, cfr. SABL, *Hume's Politics*, cit., pp. 46-47 (si noti che nella *History* Hume apprezza il comportamento del vescovo Tunstall, che nei tempi complicati dei regni di Enrico VIII, Maria Tudor ed Elisabetta I avrebbe — ma è valutazione che lascia incerti — mutato fede religiosa al cambiare del vento, non astenendosi dal perseguitare coloro che fino a poco prima erano suoi correligionari: ivi, p. 35).

<sup>(30)</sup> HANVELT, *Politeness*, cit., pp. 634-643.

<sup>(31)</sup> Hume contesta peraltro la lettura data da Bolingbroke ai partiti ed alla situazione politica del suo tempo, ovvero l'idea per cui se ne era persa la vera distinzione ideologica ed essi erano divenuti solo espressione di fazioni, come Guelfi e Ghibellini nell'Italia comunale. Il diverso modo di sentire intorno al tema della successione fa infatti di Whig e Tory due schieramenti reali, non semplicemente alleanze tra individui, né si può perdere questa distinzione in quella tra *Court* e *Country*. Rispetto a Bolingbroke, perciò, Hume trova che il gioco dei partiti abbia un suo senso nel funzionamento della costituzione, ma che, al contempo, ci sia ancora un reale elemento di rischio (che l'altro pensatore non individua) nell'effettiva differenza tra i due fronti su una questione capitale come il titolo al trono: cfr. FORBES, *Hume's Philosophical Politics*, cit., p. 205, nonché CONNIFF, *Hume on Political Parties*, cit., p. 162.

dell'ineluttabilità del suo mutamento, che Hume dipinge la costituzione britannica come la migliore possibile <sup>(32)</sup>.

Accurato e frutto di uno studio profondo e consapevole <sup>(33)</sup>, il volume di Cobbe non è facile: la scrittura, pur controllata, affronta erte, complesse vie di pensiero senza offrire percorsi agevolati. Scritto con una certa densità di tratto, è un libro che non fa sconti ai suoi lettori. L'unica vera riserva che nutro è verso l'interpretazione del XVIII secolo come « periodo di transizione » (pp. 10-11): il Settecento britannico è, sul piano delle strutture politiche e costituzionali, il generatore di nuovi modelli, un'epoca di creazione, non di passaggio. Sospetto, però, che la distanza tra me e l'a. sia più apparente che reale, e che — come si intuisce da certi passi del volume <sup>(34)</sup> — questa etichetta sia usata senza un'adesione piena alle sue possibili implicazioni riduttive. Noto, infine, che le battute finali lasciano un po' una sensazione di *diminuendo*, tale da non rendere appieno giustizia all'energia vibrante delle pagine precedenti (e che è anche uno dei tratti distintivi della *History of England*). Questi rilievi non inficiano il valore del libro di Cobbe: senza dubbio il suo lavoro si inserisce con pieno merito nel vivace dibattito nuovamente accesi intorno al pensiero politico e costituzionale di David Hume.

UGO BRUSCHI

---

<sup>(32)</sup> « While Hume often wrote as if the English constitution of his time was the best achievable [...] he did so in a pessimistic way: he expected it to end, to yield to something else » (SABL, *Hume's Politics*, cit., p. 210, che rinvia a HUME, *Whether the British Government*, cit., pp. 47-53; ma del resto, cfr. MONTESQUIEU, *De l'esprit des loix*, Londres, chez Nourse, 1769, vol. I, p. 333 [livre XI, chap. VI]: « Comme toutes les choses humaines ont une fin, l'état dont nous parlons perdra sa liberté, il périra »). Secondo MANZER, *Hume's Constitutionalism*, cit., p. 493, « Hume clearly thinks the constitutional arrangements of 1689 and 1714 no longer enjoy a secure foundation in opinion, and in many of his essays he seeks to secure this foundation by transforming it », e ciò può spiegare la duplice reputazione di Hume tanto come conservatore quanto come progressista: « While Hume's intent was conservative, he clearly thought conservation required innovation » (ivi, nt. 14).

<sup>(33)</sup> È esemplare come — in un libro in cui l'evoluzione della costituzione britannica nel XVIII secolo non rappresenta più che un riflesso — si evidenzi il rischio di una lettura del concetto di governo fuorviata da una sua prematura interpretazione come centro del potere esecutivo (COBBE, *Il governo dell'opinione*, cit., p. 192).

<sup>(34)</sup> E.g. il riconoscimento del passaggio verso un regime politico che assicura la prevalenza del governo sul Parlamento (p. 57), o le osservazioni sul Settecento come « laboratorio » a p. 84.

AURELIO GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Vol. I, *Storia e teoria*; Vol. II, *Tecnica*, Torino, Giappichelli, 2015.

1. L'interpretazione dei contratti, come sa chiunque si cimenti con questo difficile argomento, è un *puzzle* insidioso nel quale è difficile orientarsi se non si possiede una bussola perfettamente funzionante. Il nuovo libro di Aurelio Gentili colpisce favorevolmente il lettore innanzitutto per il modo in cui è costruito. Il testo interseca infatti una serie di discorsi. L'A. è convinto (a ragione) che, per scrivere un buon libro di diritto civile sull'interpretazione del contratto, si debba allargare lo sguardo oltre i confini degli steccati disciplinari verso altri territori, che sono prima di tutto quelli della semantica, della linguistica e della teoria del diritto.

Questa intersezione dipende in primo luogo dalla natura del tema. Per effettuare razionalmente l'interpretazione dei contratti bisogna infatti che l'interprete dichiari preliminarmente che cosa intende per interpretazione, qual è il suo oggetto, qual è il suo scopo, quali sono gli strumenti a disposizione, quali argomenti si possono utilizzare. Da questo punto di vista, il libro non elude nessuno dei principali problemi semantici, linguistici e filosofici posti dall'attuale riflessione sull'attività interpretativa. Il discorso teorico assume così un rilievo determinante e preponderante per la razionale soluzione dei problemi interpretativi dei contratti e quindi per un corretto impiego del metodo ermeneutico.

Se così è, questo allora è un libro sull'interpretazione dei contratti che per un verso è pienamente immerso nella tendenza revisionista in atto da tempo nella civilistica italiana, dall'opera antesignana di Cesare Grassetti (senza dimenticare tuttavia il più risalente contributo di Giuseppe Messina) agli splendidi frutti (tutti puntualmente ricordati nei due volumi) maturati nelle stagioni successive; ma è anche, per il taglio e la prospettiva, diverso dagli altri. Non per caso l'idea fondamentale che muove l'A. è che l'ermeneutica 'legale' presupponga necessariamente l'ermeneutica 'razionale' e che il legislatore, in questo campo, non possa ignorare le regole linguistiche (p. 507): anche perché ciò significa, tra l'altro, rispettare l'autonomia delle parti (p. 310, 508) e quindi legiferare in modo giusto oltre che razionale (p. 285).

Esistono dunque delle regole razionali di interpretazione che il legislatore non può trascurare: « regole razionali e poi *anche* disposizioni » (p. 447). In un passo molto suggestivo, Gentili scrive che l'interpretazione, cioè l'attribuzione del significato a un testo, è un'operazione complessa a più fasi (pp. 199-200) e che nello stadio di decisione del significato essa è un atto di ragione e non di volontà (p. 237) e che « le regole formali che violentano le regole procedimentali

semantiche *non* sono regole di interpretazione nello stesso senso delle regole semantiche » (p. 277).

Ciò non significa beninteso che tutte le regole legislative siano imposte dalla semantica. Vi sono casi, infatti, in cui l'ermeneutica razionale non può decidere e il significato resta dubbio: soccorrono allora altre tecniche di selezione dei possibili significati del testo, fondate su ragioni di *opportunità*, che concorrono con le precedenti a determinare il senso del testo contrattuale. L'A. le tiene opportunamente in grande considerazione: un discorso sull'interpretazione che le trascurasse, soprattutto oggi, sarebbe inevitabilmente lacunoso e distorto. In ogni caso, l'ampio spazio occupato dalle regole razionali di attribuzione del significato al testo giustifica la particolarità del discorso dell'interprete condotto in questo libro, nel quale si impostano con linguaggio aggiornato le questioni, intrecciando ermeneutica legale e razionale. Da qui deriva anche lo sguardo 'concentrico' con cui Aurelio Gentili ha scelto di trattare il tema: dall'interpretazione all'interpretazione giuridica e della legge e da questa all'interpretazione dei contratti.

2. Il libro assegna uno spazio notevole anche alla storia, cioè ai diversi modi di intendere e di operare l'interpretazione dei contratti nei secoli passati. Non si possono comprendere le inevitabili scelte operate dall'A., che si avvale di una vasta cultura, senza considerare lo scopo complessivo dell'*excursus*, che non è quello di dire tutto quello che si potrebbe dire per ciascun periodo storico, ma di condurre un discorso critico mirato, focalizzando l'attenzione su alcuni punti fondamentali (oggetto, scopo e strumenti dell'interpretazione del contratto), facendo piazza pulita, in questo campo, di errori, fraintendimenti e miti (come quello della ricerca della vera volontà) di cui i discorsi giuridici sull'interpretazione sono stati e sono talvolta intrisi ancora oggi. In quest'ottica, dei vari fili conduttori dei quali l'A. si serve per indagare alcune posizioni del passato, assume valore preminente la traccia costituita dal cognitivismo, cioè dalla concezione dell'interpretazione come ricerca della volontà delle parti, che trova il suo punto di approdo nelle codificazioni, e dai suoi vari tentativi di superamento. Il che è indice anche di un altro fenomeno ben documentato nel libro, cioè del fatto che le regole interpretative contenute nei codici moderni (e prima ancora nel diritto comune), malgrado la loro apparente immutabilità, non sono mai state intese in modo uniforme, con frequenti divaricazioni anche tra letture dottrinali e giurisprudenziali.

Le regole legali sull'interpretazione poste nel codice civile provengono da una lunga tradizione, che per A. si consolida in Domat e nelle dodici regole di Pothier (p. 19), passando per il codice francese e giungendo a quello del 1942. Il codice francese, sostiene Gentili, ha il merito di adottare un approccio binario, che alterna regole razionali a regole di opportunità (p. 21). Sono inoltre regole di lunga fortuna, e

hanno avuto fortuna perché sono apparse fondate sulla ragione e non solo sull'autorità (p. 20), e quindi sono sembrate in una certa misura imprescindibili anche al legislatore del 1942 (p. 510). Una ragione prima di tutto linguistica, che le ha fatte non a caso considerare teoremi logici, prima che giuridici, ed anzi per alcuni neanche vere e proprie norme giuridiche.

Malgrado ciò, quelle regole si sono prestate ad assumere diversi significati, a seconda della cultura ermeneutica dei legislatori, delle concezioni dell'interpretazione e del contratto. Tale constatazione apre la porta all'universo delle interpretazioni e re-interpretazioni delle norme sull'interpretazione, a conferma della storicità dei metodi interpretativi e perciò della varietà dei significati sotto l'apparenza dei significanti. È questa storicità dei metodi interpretativi che l'indagine di Aurelio Gentili restituisce all'attenzione del lettore. I piani del libro, quindi, considerando anche le digressioni storico-comparatistiche, si moltiplicano ulteriormente.

Anche qui l'A. non propone un approccio unilaterale: al contrario, è attento a distinguere e a separare il discorso del legislatore rispetto al discorso della scienza, della giurisprudenza e da ultimo a quello personale dell'interprete. Si arriva perciò alle pagine finali del volume secondo, dedicate a proporre un compiuto metodo di interpretazione dei contratti, forti del percorso chiarificatore iniziato e concluso nelle pagine precedenti. Sono pagine il cui valore può essere compiutamente apprezzato solo se si ha avuto la pazienza, agevolata dall'uso di uno stile di scrittura sciolto, trasparente e variegato nel vocabolario, di seguire le tappe preparatorie e preliminari del viaggio. Si crea così una sinergia tra le varie parti del libro, che si possono leggere anche separatamente tra loro, come prevede l'A., ma che solo nel loro insieme e nel loro concatenarsi in un sistema coerente acquistano il loro effettivo valore.

3. Della parte storica del libro, così inquadrata, mi limito a mettere in evidenza solo alcune idee, che mi sembrano particolarmente significative. In particolare, Aurelio Gentili riserva all'Ottocento e al Novecento osservazioni intelligenti e pertinenti, sulle quali è utile aprire una riflessione. L'A. parte dalla constatazione che nell'Ottocento ha avuto grande successo l'idea che interpretare significa accertare o scoprire la volontà delle parti. La correttezza dell'interpretazione viene agganciata alla verità secondo l'intenzione, cioè alla conformità alla volontà, più che alla sua giustificazione (p. 284), rielaborando ciò che si faceva da secoli (p. 278). Non a caso il capitolo iniziale del primo volume si intitola l'età del cognitivismo: oggetto dell'interpretazione è la volontà, l'intenzione è la verità del contratto, la regola generale è la ricerca dell'intenzione comune, la lettera è uno strumento dell'interpretazione.

Così formulata, però, osserva criticamente Gentili, l'idea non è teoricamente sostenibile, poiché l'intenzione (sia individuale sia comune) non è un fatto concreto direttamente percepibile: dal punto di vista psicologico è un'entità inesistente e perciò inafferrabile (« introvabile volontà »: p. 32) e intesa in chiave linguistica essa rappresenta piuttosto un senso, anzi un con-senso (p. 529), che però è il prodotto, più che l'oggetto dell'interpretazione (p. 343). Avevano pertanto ragione i giuristi medievali quando affermavano che la volontà si può apprendere soltanto attraverso dei segni esteriori (p. 291, 529). Il volontarismo, tuttavia, resiste ancora oggi, almeno sul versante delle motivazioni formali.

Per tornare al dibattito tra Otto e Novecento, Gentili rammenta poi che, secondo alcune impostazioni, esso incontra dei limiti. Un filone dottrinale e giurisprudenziale (riscontrabile in Francia e in Italia, ma anche altrove) difende infatti il principio « *in claris non fit interpretatio* ». Con scarsa coerenza, obietta l'A. (p. 35), e scarsa razionalità (p. 349).

In effetti, l'attacco all'assioma « *in claris non fit interpretatio* » rappresenta un *leitmotiv* dell'intero libro, nella sua lucida e implacabile *pars destruens*. Esso impone all'interprete di rispettare una rigida 'gerarchia', cioè un ordine nell'uso degli argomenti ermeneutici, dando la prevalenza all'argomento testuale, se conduce a risultati apparentemente chiari, escludendo quelli extra-testuali (p. 621). Gentili considera giustamente questa gerarchia fallace e incompatibile con un'ermeneutica razionale, che impone invece di ricostruire il significato testuale avvalendosi sia del testo sia del contesto. La dimostrazione dell'assunto detta all'A. pagine efficaci, soprattutto nei confronti della giurisprudenza italiana che ancora oggi, contro la quasi unanimità della dottrina, è arroccata in questa posizione (p. 625).

In realtà, la vera ragione per la quale la giurisprudenza persiste nell'impiego di un argomento così debole dal punto di vista razionale (pp. 521-522) è un'altra: esso serve, infatti, ad escludere interpretazioni extra-letterali fondate su argomenti insufficienti (p. 621, 625, 627). In questi casi, i giudici decidono bene, ma argomentano male. Avevano dunque colto nel segno anche in questa evenienza — si potrebbe commentare — quei giuristi medievali che avevano già scoperto questa potenzialità del principio e lo impiegavano non per escludere la ricerca di significati extra-letterali, ma per impedire che al testo fosse dato un significato diverso da quello proprio, in mancanza di segni idonei a smentirlo nel contesto.

Per l'esperienza italiana, può essere utile sottolineare due punti.

Il primo: già alcuni commentatori del codice civile unitario (Ricci, ad esempio, come viene ricordato da Gentili) erano convinti che il principio « *in claris non fit interpretatio* » non fosse legittimamente sostenibile in base al codice civile italiano, se non altro perché incongruente con il dogma della volontà. Il secondo: il letteralismo, molto

supportato dalla odierna giurisprudenza, è palesemente contro la lettera del codice civile del 1942, che coincide sul punto con le ragioni del legislatore, espresse nella relazione al codice, un documento che Gentili considera determinante e sul quale ritorna a più riprese. Il principio « in claris », infatti, non solo non è enunciato, ma è anche escluso dal codice, che dice di non limitarsi alla lettera. Ciò consente all'autore di mettere in evidenza un ulteriore fenomeno, che è quello della contrapposizione tra discorso del legislatore e discorso della giurisprudenza, ovvero del 'tradimento' del diritto vigente da parte del diritto vivente (p. 510). Una disobbedienza (p. 278) che, peraltro, fa parte delle regole del gioco, poiché « i codici parlano attraverso i loro interpreti. E così finiscono per dire quello che gli interpreti fanno dir loro » (p. 343) e ciò « è una delle migliori prove di come il senso dipenda dall'interprete assai più di quanto dipende dall'autore » (p. 409).

Il volontarismo spiega altre caratteristiche della dottrina dell'interpretazione dei contratti. Ad esempio, dà ragione del fatto che l'interpretazione 'oggettiva' sia stata per molto tempo poco studiata o valorizzata, perché occultata. C'era infatti la tendenza a ricostruire in chiave soggettiva le regole di interpretazione oggettiva, sostituendo il verosimile al vero, mascherando regole di opportunità come regole di accertamento di volontà, rendendole quindi anche derogabili. Spiega inoltre perché, da molti, le regole dell'interpretazione dei contratti non fossero ritenute delle norme giuridiche vincolanti, ma solo consigli. Si voleva che il giudice fosse completamente libero di accertare la volontà, senza ritenersi vincolato ad alcuni criteri piuttosto che ad altri. Dal cognitivismo — come avverte acutamente l'A. — dipende dunque anche la tesi della natura non precettiva delle regole sull'interpretazione (p. 445).

Nonostante le sue debolezze, tuttavia, il cognitivismo ha avuto fortuna per tanto tempo. Qui hanno contato molto, suggerisce Gentili, sia il liberalismo economico sia il positivismo scientifico (p. 33: « la giurisprudenza dell'ottocento [...] era affascinata dall'idea che si potesse agganciare l'interpretazione — e in generale la scienza giuridica — ai fatti, con la loro oggettiva certezza », facendo sì che la politica del diritto difendesse « quel che la teoria giuridica non riusciva a difendere » (ivi). Certo è che il paradigma individualista preservò per lungo tempo il contratto, inteso come atto di libera volontà dei contraenti, da interventi di controllo giudiziale anche sul piano della sua interpretazione. In questo senso, la norma-principio dell'art. 1131 del codice civile del 1865 rafforzava il principio della forza di legge del contratto (art. 1123), inteso come salvaguardia dell'autonomia privata.

4. Nel corso del Novecento, l'itinerario si complica. I mutamenti si colgono a vari livelli. L'interpretazione dei contratti si trasforma soprattutto in corrispondenza del verificarsi di tre svolte: quella *econo-*

*mica e sociale*, che conduce a modificare la concezione del contratto (la 'trasfigurazione' in senso oggettivo del contratto: p. 403, 407); quella *linguistica*, che apre nuovi orizzonti all'ermeneutica razionale; quella *ordinamentale*, che ri-struttura il sistema delle fonti del diritto, partendo dall'avvento della Costituzione per giungere fino al diritto privato europeo.

Ciascuna di queste svolte meriterebbe un discorso a sé. La prima fu decisiva (p. 292) e proprio il terreno dell'interpretazione del contratto offrì ai giuristi, anche italiani, l'occasione di re-interpretare le norme tradizionali in chiave più oggettiva. Aurelio Gentili, a un certo punto (p. 627), si domanda sensatamente se attualmente esistano tecniche differenziate di interpretazione per certe categorie di contratti; se i contratti del consumatore, di impresa e i contratti collettivi siano soggetti a tecniche ermeneutiche differenziate rispetto a quelle del codice civile e se nei contratti disuguali o asimmetrici le tecniche siano le stesse od occorra una speciale disciplina dell'interpretazione. È opportuno ricordare, allora, che già nel primo Novecento c'è tutto un travaglio dietro all'interpretazione dei contratti in serie, delle condizioni generali di contratto, dei contratti-tipo. Si distinguono clausole negoziate e clausole imposte. Si mette addirittura in discussione la natura contrattuale dei rapporti di massa e si va alla ricerca di risposte diverse da quelle del diritto civile classico, consapevoli che il contratto non è più solo affare privato di singoli, ma ha acquistato una dimensione collettiva.

Sul piano della nozione di contratto, inoltre, si verifica la svolta 'dalla volontà alla regola' (p. 130). Muta l'oggetto dell'interpretazione: non più la volontà interna ma la dichiarazione. Dapprima con tutti i residui di volontarismo che Gentili mette in luce, perché i 'dichiarazionisti' di questa fase storica, se ritengono che il vero oggetto dell'interpretazione sia costituito dalla dichiarazione e quindi mettono in discussione il dogma della volontà, non arrivano comunque a trarre da questa posizione tutte le conseguenze possibili sul piano dell'interpretazione, sicché l'A. considera la « virata dichiarativista » come una « occasione perduta » (p. 30), perché « non ha messo in dubbio che il contratto sia in sé volontà, e la dichiarazione solo la sua veste esteriore: dichiarazione di volontà » (p. 292).

In un secondo momento si passa a considerare il contratto come *regola* e a ritenere oggetto di interpretazione un *testo* (p. 233) allo scopo di ricavarne una regola (p. 288), o dichiarazioni che esprimono regole (p. 310). Il contratto si identifica nel precetto dell'autonomia privata e si distacca dalla volontà, che è solo la sua matrice (p. 294). Interpretare il contratto, alla fine di questa evoluzione, non significa più ricerca di verità, ma di giustificazione, mediante tecniche o argomenti concorrenti e differenti, per qualità e peso (p. 310). Corretta o giusta è ora « l'interpretazione che sia pervenuta con procedimento razionale e conforme alle eventuali regole legali ad un senso del testo semantica-

mente possibile e più giustificato di ogni altro » (p. 325). L'interpretazione del contratto non si può più definire vera in quanto conforme a intenzione (p. 213, 256), ma giusta (p. 131) oppure efficiente, se si impiegano tecniche sussidiarie a quelle razionali.

Al codice civile del 1942, nato in un periodo di transizione, Gentili attribuisce grossi meriti. Pur adottando un linguaggio tributario della tradizione cognitivista, il libro quarto delle obbligazioni formula infatti regole nuove o rimodula regole antecedenti: impone di ricercare il significato del testo dando rilevanza anche al contesto (art. 1362), prescrive l'interpretazione secondo buona fede (art. 1366), introduce una tecnica interpretativa protettiva a favore degli aderenti dei contratti standard (art. 1370). Il codice civile, quindi, giustappone diverse tecniche ermeneutiche, che spetta all'interprete coordinare, stabilendone *ordine* (gerarchia) e *peso*. Da questo punto di vista, l'operazione di chiarificazione e re-interpretazione condotta da Aurelio Gentili raggiunge il suo acme nel secondo volume del libro, dopo aver testato le oscillazioni della dottrina, e soprattutto della giurisprudenza, che oggi in Italia si contrappone ad essa in una singolare dialettica che vede la seconda tanto più arroccata su posizioni tradizionali quanto più la prima è dedita al revisionismo.

5. Secondo Gentili, « la tecnica ermeneutica è tuttora per molti aspetti un problema aperto » (p. 444). Anche se ci sono problemi ormai risolti, altri continuano a dividere giudici e interpreti.

Tra i nodi sciolti, Gentili annovera quello della natura delle disposizioni sull'ermeneutica, che tanto fece discutere in passato e che però la dottrina italiana ha più rapidamente di altre archiviato (p. 445).

Non è così per molti altri. Un'apposita verifica condotta dall'A. porta al risultato che sono tuttora controversi il problema del ruolo del significato letterale, del materiale interpretativo utilizzabile per costruire il significato del testo, della natura di alcune tecniche interpretative, della gerarchia delle stesse, del significato e del ruolo dell'interpretazione secondo buona fede.

L'aspetto che più colpisce di questa parte molto accurata della trattazione è l'allontanamento, spesso sottolineato da Gentili, degli interpreti dalle visioni originarie dei redattori del codice civile. Per essi il significato letterale era solo il punto di partenza per la ricerca dell'intenzione comune. La giurisprudenza dominante, invece, sostiene il principio « in claris non fit interpretatio » e afferma che nei negozi formali il materiale interpretativo può essere desunto solo dal testo del contratto e non da elementi extra-testuali (un problema, quest'ultimo, che affonda le sue radici in antichi pregiudizi). I giudici, malgrado gli ormai abbondanti discorsi metodologici sul tema, credono ancora all'autosufficienza del senso letterale: « il letteralismo domina in claris, e il contestualismo si diffonde in obscuris » (p. 347). Abbiamo pertanto

una giurisprudenza più letteralista e più oggettivista della dottrina. Tra l'altro, come nota acutamente Gentili, i giudici hanno l'accortezza di dichiarare che la ricerca della comune intenzione dei contraenti, lungi dall'essere esclusa, è solo *conclusa*, quando il senso letterale che emerge dal testo è chiaro (pp. 421-422, 427).

Ma ci sono altre « infedeltà », che Gentili si preoccupa di mettere in evidenza. I redattori del codice, infatti, sulla scorta del pensiero di Grassetti, avevano ordinato in modo gerarchico le tecniche ermeneutiche, assegnando un ruolo preminente alle c.d. tecniche di interpretazione soggettiva rispetto a quelle di interpretazione oggettiva. In entrambe le fasi dell'interpretazione, tuttavia, avevano considerato presente l'interpretazione secondo buona fede (evidentemente in due accezioni diverse). Anche questa indicazione è stata per molto tempo disattesa.

Attualmente l'interpretazione secondo buona fede, invece, è molto più valorizzata rispetto al passato ed ha assunto il ruolo di una tecnica preminente e inderogabile. È diventata un capitolo importante delle trattazioni anche manualistiche, al pari della giustizia contrattuale, e fa naturalmente molto dibattere gli interpreti. Ne tratta in modo serio e lucido anche il nostro autore, in pagine di forte impatto e assai pregnanti anche dal punto di vista storico (pp. 576-583). Egli si dice persuaso che la buona fede domini sia l'interpretazione 'soggettiva' — e in questo caso significa che il contratto deve essere interpretato come si poteva e doveva capire (p. 523) — sia l'interpretazione 'oggettiva' — e in questo caso essa può rilevare in almeno due accezioni: una debole (solidarietà) e una forte (adeguamento ai valori costituzionali), ma con un limite da rispettare sempre, che è quello di rimanere all'interno dei possibili significati del testo. « Per difendere i contraenti deboli, combattere gli scambi iniqui, assicurare la giustizia », egli afferma a un certo punto, « non c'è bisogno di far mentire i contratti: basta invalidarli » (p. 583). Da qui l'ammonimento a non confondere interpretazione, integrazione e invalidazione: « le correzioni additive si fanno solo con l'integrazione, le ablativo solo con l'invalidazione » (p. 582; v. anche pp. 462-463).

Sulla necessità di ordinare gli argomenti ermeneutici, Gentili ha un'opinione precisa: « senza una 'gerarchia' l'interpretazione è indecidibile, perché nel dissenso interpretativo ciascuno porta argomenti che si scontrano, e non si può decidere il dissenso se non si valuta l'esito dello scontro » (p. 528): la gerarchia, dunque, è condizione di razionalità e funzionalità (p. 623). Da qui discende la valutazione positiva, sul piano storico, del tentativo compiuto da Grassetti, sotto la vigenza del codice del 1865, di stabilire una gerarchia tra due gruppi di norme, le une di interpretazione soggettiva, di applicazione prioritaria, e le altre, di interpretazione oggettiva, di rango sussidiario.

Di questo approccio, destinato a larga fortuna, Gentili coglie con finezza luci ed ombre, pregi e incongruenze (pp. 616-618). È giusta,

infatti, l'osservazione secondo cui questa gerarchia era comunque basata su una concezione dell'interpretazione come ricerca dell'intenzione comune, che nel primo caso andava *constatata* (volontà in concreto) e nel secondo invece *indotta* (volontà in astratto: p. 433), mentre l'interpretazione in sé è sempre induttiva (p. 624). L'autore fa anche centro nel notare che Grasseti non spiegava realmente quando un significato potesse definirsi 'sicuro', così da potersi ritenere risolto il problema interpretativo senza passare al secondo stadio del procedimento.

Con questo discorso, tuttavia, siamo già sul piano della re-interpretazione del diritto vigente e della revisione delle interpretazioni correnti degli articoli del codice civile. A questo riguardo, Gentili, dopo aver ribadito, come s'è detto, la necessità di un ordine delle tecniche ermeneutiche, propone innanzitutto di rimodulare le norme da inserire nel primo gruppo, che è quello che ha per scopo l'attribuzione di un significato al testo secondo *giustizia*, cioè considerando testo, co-testo e contesto contrattuale (pp. 507-509). Questa fase del procedimento interpretativo si compone di una pluralità di tecniche, definite *basilari*: contestuale (art. 1362 c. 2), sistematica (art. 1363), presuntiva (artt. 1364-1365), conservativa (art. 1367), economica (art. 1369: senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto), secondo buona fede (art. 1366). Si noti l'inclusione logica di argomenti, come il principio di conservazione, che seguendo altri approcci dovrebbero appartenere ad un altro stadio del processo ermeneutico. Le tecniche di questo primo gruppo, che servono a costruire il significato testuale, non hanno tutte il medesimo peso: gli argomenti che escludono un senso prevalgono su quelle che lo generano e gli argomenti testuali pesano più di quelli contestuali. Qualora mediante tali argomenti non sia possibile scegliere un significato sicuro, l'interprete nel dubbio è autorizzato a decidere secondo opportunità, avvalendosi di altre tecniche legali, che per Gentili non sono ispirate ad unico valore di riferimento, ma a due: l'efficienza economica (interpretazione consuetudinaria *ex* art. 1368) e l'equità (interpretazione protettiva del contraente debole *ex* art. 1370 e interpretazione perequativa *ex* art. 1371).

Da questa breve sintesi dei ragionamenti che l'autore svolge ben più articolatamente e incisivamente nell'ultimo capitolo della sua opera, si comprende bene come egli abbia preso molto sul serio l'impegno assunto con il lettore nell'introduzione: scrivere un libro che « si sforza di ridurre per quanto possibile gli spazi in cui l'ermeneutica non riesce ad essere secondo ragione ». Nell'economia di questi due volumi, il ruolo assunto dalla conoscenza delle dottrine dell'interpretazione professate nei secoli passati da legislatori, giudici e giuristi, in diverse esperienze e differenti contesti sociali, si rivela fondamentale. L'A., forte di un solido e sicuro bagaglio di competenze teoriche e di una ferrea preparazione giuridica, sa che nel passato non si trova sempre il germe fecondo di costruzioni future, e in questo caso si sforza di comprendere le ragioni di modi di ragionare che oggi possono sembrare

superati. Disegna così un affresco delle trasformazioni che l'interpretazione dei contratti ha subito nel tempo, partendo da alcune coordinate che sono servite a dare unità a un lungo periodo di storia, nel quale risalta la specificità dell'esperienza giuridica italiana nel panorama europeo. Chi vorrà proseguire in questa direzione, sul solco delle sue sollecitazioni, non potrà fare a meno di misurarsi con le sfide lanciate in questo prezioso contributo.

GIOVANNI CHIODI

DAVID HOWELL, *Mosley and British Politics 1918-32. Oswald's Odyssey*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2015, pp. 260.

Una cospicua mole di studi storiografici si è concentrata, da molti decenni ormai, sulle origini, sull'evoluzione e sulla diffusione del fascismo in Europa e nel mondo. All'interno di questa vasta produzione, il movimento fascista inglese — che assume una forma più strutturata nell'ottobre del 1932 con la formazione della British Union of Fascists (BUF), ma che ha i suoi precedenti in una galassia di piccoli gruppi fascisti sorti nel corso degli anni Venti quali, ad esempio, i British Fascists del 1923 e la Imperial Fascist League, nata nel 1928 — ha ricevuto, da parte degli storici, un'attenzione non secondaria. I risultati degli studi condotti, che negli ultimi decenni hanno tentato sempre più di connettere l'esperienza inglese con le altre, più studiate, dei fascismi continentali, hanno progressivamente svelato particolari e suggestioni estremamente interessanti, che sottolineano sostanzialmente come un'ideologia e una prassi politica che potrebbero apparire, ad uno sguardo superficiale, estranei alla tradizione culturale e politica inglese, abbiano invece conosciuto una loro, seppur modesta, fortuna <sup>(1)</sup>.

Rientra in questo campo di studio, senza venirne tuttavia racchiuso completamente, l'interesse storiografico suscitato dalla figura di Oswald Mosley, fondatore della BUF e leader indiscusso del movimento fascista inglese per tutti gli anni Trenta. L'importanza dell'azione politica di Mosley per il fascismo inglese è evidente: dal dicembre del

---

(1) Si vedano a tal proposito i seguenti lavori: S. DORRIL, *Blackshirt: Sir Oswald Mosley and British Fascism*, London, Viking, 2006; *The Culture of Fascism. Visions of the Far Right in Britain*, a cura di T. Linehan, J. Gottlieb, London, Tauris, 2004; M. PUGH, *'Hurrah for the Blackshirts!' Fascists and Fascism in Interwar Britain*, London, Pimlico, 2002; T. LINEHAN, *British Fascism, 1918-39. Parties, Ideology and Culture*, Manchester-New York, Manchester University Press, 2000; *British Fascism. Essays on the Radical Right in Interwar Britain*, a cura di K. Lunn, R. Thurlow, London, Croom Helm, 1980.

1931, quando fece il suo primo viaggio nell'Italia fascista, fino al 23 maggio del 1940, data della sua incarcerazione insieme a gran parte della dirigenza della BUF in conseguenza del Defence Regulation 18B — atto del Parlamento che puniva, appunto con il carcere, i nemici interni — Mosley fu il capo carismatico del fascismo in Gran Bretagna, nonché uno dei suoi più importanti promulgatori e ideologi.

Tuttavia, come si accennava poc' anzi, la figura di Mosley non può essere racchiusa unicamente all'interno del mondo fascista. Egli, infatti, è stato oggetto di studio già da diversi decenni anche per via della sua peculiare parabola politica che, dal termine della Prima guerra mondiale, lo vide prima eletto, nel 1918, come esponente del Partito conservatore, poi come membro indipendente vicino alle posizioni dei Liberali, ed infine, nel 1926, eletto in qualità di membro del Partito laburista, al quale si era ufficialmente iscritto nel 1924.

Questa traiettoria personale, precedente all'approdo al fascismo, percorre in obliquo tutto lo spettro della politica inglese degli anni Venti e costituisce l'oggetto della ricerca di David Howell, professore emerito di storia politica britannica presso l'Università di York. Continuando un percorso di ricerca ormai consolidato nella letteratura storiografica anglosassone, inaugurato dai pionieristici lavori di Robert Skidelsky sul secondo governo laburista del 1929-1931 e sullo stesso Oswald Mosley <sup>(2)</sup> e già affrontato in passato dallo stesso autore del libro in esame <sup>(3)</sup>, Howell utilizza con intelligenza una cospicua mole di fonti primarie provenienti dagli archivi istituzionali e dall'archivio privato di Mosley, integrandole ampiamente con le carte private di numerosi protagonisti politici del periodo, provenienti in particolare dal mondo laburista e della sinistra inglese. In tal modo, il volume offre una minuziosa ricostruzione storico-biografica del futuro leader del fascismo d'oltremarica, facendone la pietra angolare attraverso la quale intercettare e restituire con grande accuratezza numerose tematiche di estrema rilevanza nel complesso quadro della politica inglese dei travagliati anni Venti.

Durante la narrazione, quindi, che si snoda attraverso una dettagliata ricostruzione delle diverse lotte interne ai partiti con particolare riferimento al Partito laburista, l'attenzione si concentra sui congressi, sulle riunioni, sui dibattiti e sugli scambi epistolari tra i diversi membri. Emergono, in questo modo, con lucidità una serie di problemi che,

<sup>(2)</sup> R. SKIDELSKY, *Oswald Mosley*, London, Macmillan, 1975; ID., *Politicians and the Slump. The Labour Government of 1929-1931*, London, Macmillan, 1967.

<sup>(3)</sup> È d'obbligo citare soprattutto il recente volume sulla costruzione identitaria del Partito laburista di Macdonald durante gli anni Venti e il ruolo delle federazioni sindacali dei minatori: D. HOWELL, *MacDonald's Party: Labour Identities and Crisis, 1922-1931*, Oxford, Oxford University Press, 2002; *Miners, Unions and Politics, 1910-1947*, a cura di A. Campbell, N. Fishman, D. Howell, Aldershot, Scholar Press, 1996.

travalicando la stessa figura di Mosley, appartengono e caratterizzano le esperienze politiche, economiche e sociali dell'Inghilterra post-bellica. Tra di esse, un ruolo di particolare rilevanza viene assunto dalle seguenti questioni: la costruzione, lenta e contraddittoria, delle nuove identità politiche dei partiti laburista, liberale e conservatore, che si delineano, in questi anni, in costante risposta sia all'esperienza bellica della Prima guerra mondiale, sia ai diversi punti di svolta che costellano gli anni Venti, quali la rivolta irlandese, la crisi della Ruhr, il ritorno al *gold standard* e lo sciopero generale del 1926; le tensioni, ad un tempo politiche e culturali, che nascono tra quella che sarà nota come la *war generation* — ovvero una nuova classe politica che, dopo aver partecipato in prima persona alla guerra, costruisce sulla guerra stessa una parte importante della propria identità — e la tradizionale classe politica, formatasi precedentemente al 1914 con valori e idee appartenenti ad un mondo che si percepiva perduto; le due brevi, ma storicamente importanti, esperienze di governo laburista, entrambe a guida Macdonald, nel 1924 e nel biennio 1929-1931; la produzione proto-keynesiana di Mosley, la diffusione di idee per una riorganizzazione del capitalismo e della struttura liberal-parlamentare che avevano il fine ultimo di aumentarne l'efficienza produttiva; infine, le convergenze che si realizzano, soprattutto sui temi della pianificazione economica e della razionalizzazione industriale, tra i membri delle minoranze laburiste, conservatrici e liberali (4). I vari capitoli in cui è suddiviso il volume scandiscono, così, ad un tempo, sia le tappe del percorso politico di Mosley tra il 1918 e il 1932, sia le diverse questioni politiche ed economiche che, nel corso degli anni, mostrano un costante attrito con quella che verrà poi definita da Mosley stesso, appena uscita dal Partito laburista agli inizi del 1930, la « old gang » della politica tradizionale.

Nato nel 1896 da una famiglia aristocratica in declino — e il dato, come sottolinea Howell, non rappresenta un semplice aneddoto ma ha una sua importanza nella costruzione dell'immaginario politico di

---

(4) I temi storiografici toccati sono vari e vasti, sui quale lo stesso autore ha già lavorato in passato. Si devono qui richiamare alcuni lavori in questo senso fondamentali: M. WORLEY, *Sir Oswald Mosley and the New Party*, London, Macmillan, 2010; S. BALL, *Mosley and the Tories in 1930: the Problem of Generation*, in « Contemporary British History », 23 (2009), 4, pp. 445-459; Id., *The Guardsmen. Harold Macmillan, Three Friends and the World They Made*, London, Harper Collins, 2005; D. HOWELL, *MacDonald's Party. Labour Identities and Crisis, 1922-1931*, Oxford, Oxford University Press, 2002; N. RIDDELL, *Labour in Crisis. The Second Labour Government, 1929-31*, Manchester, Manchester University Press, 1999; D. RITSCHER, *The Politics of Planning. The Debate on Economic Planning in Britain in the 1930s*, Oxford, Oxford University Press, 1997; P. CLARK, *The Keynesian Revolution in the Making, 1924-1936*, Oxford, Clarendon Press, 1988; R. MCKIBBIN, *The Evolution of the Labour Party, 1910-24*, Oxford, Clarendon Press, 1974.

Mosley — egli partecipò alla Prima guerra mondiale combattendo sul fronte occidentale, dove rimase ferito. Al termine del conflitto, data la sua appartenenza ad una famiglia di proprietari terrieri, la prima e più naturale alleanza politica fu quella con il Partito conservatore, per il quale venne eletto nelle elezioni del 1918 nel collegio di Harrow, a nord di Londra.

Le sue priorità politiche, però, che affondavano le radici più nella *Tory Democracy* di Benjamin Disraeli che nelle politiche liberiste della coalizione governativa che vedeva liberali e conservatori uniti, come nell'ultima parte della guerra, sotto la guida di Lloyd George, lo spinsero in breve tempo ad allontanarsi dai conservatori. Dopo la crisi irlandese e la rottura della coalizione di Lloyd George nell'ottobre del 1922, Mosley divenne un membro del Parlamento senza alcuna affiliazione, presentandosi nuovamente come candidato indipendente al collegio di Harrow nelle elezioni del 1922 e del 1923, nelle quali riuscì a conservare il suo seggio nella Camera dei Comuni. Era, quello, un periodo estremamente turbolento della vita politica inglese, che Charles Mowat ha definito, nel suo classico *Britain Between the Wars*, la fine del « reign of the great ones; the giants of the Edwardian era and of the war » (5). Il periodo di instabilità si concluse con le elezioni del 1924, che videro trionfare, dopo la breve esperienza del primo governo laburista della storia, il Partito conservatore di Baldwin che, durando fino al 1929, diede stabilità al sistema. In queste elezioni, le prime affrontate da candidato laburista, Mosley venne sconfitto nel collegio elettorale di Birmingham Ladywood, una zona che si trovava all'interno del territorio dominato, fin dalla fine del XIX secolo, dalla dinastia dei Chamberlain di Birmingham. Il rientro alla Camera dei Comuni dovette attendere due anni quando, rimasto vacante il seggio del collegio di Smethwick, nello Staffordshire, Mosley riuscì a conquistarne la maggioranza.

Fin dal suo ingresso nel Partito laburista, e con più intensità dopo la sua elezione del 1926, Mosley intraprese un'energica attività relazionale all'interno del partito stesso, al fine di tentare di influenzarne, nel modo più efficace possibile, le scelte politiche. Questo momento della carriera di Mosley viene descritto da Howell con una grande abbondanza di particolari. L'autore sottolinea, in particolar modo, l'ambiguo atteggiamento del futuro leader della British Union of Fascists: intrinsecamente avverso a qualsiasi tipo di gerarchia di partito, egli era, però, lucidamente consapevole della necessità di instaurare buoni rapporti con la dirigenza laburista al fine di accedere alle posizioni di potere (6). È, quindi, in questo periodo che Mosley iniziò a tessere più stretti

---

(5) C.S. MOWAT, *Britain Between the Wars, 1918-1924*, London, Methuen, 1955, p. 142.

(6) Cfr. HOWELL, *Oswald Mosley and British Politics, 1918-32*, pp. 58-65.

legami con i suoi superiori nel partito, scalandone rapidamente i vertici e venendo nominato nel comitato per la stesura del programma elettorale laburista per le elezioni generali del 1929, concluso nel 1928 con il titolo di *Labour and the Nation*.

La vittoria elettorale laburista del 1929, sottolinea l'autore, può essere considerata l'apice della carriera politica di Oswald Mosley. Se, infatti, il secondo governo laburista, nuovamente a guida Macdonald, lo portò direttamente al centro del meccanismo decisionale inglese, il ruolo effettivamente ricoperto nell'esecutivo non soddisfò le aspettative che Mosley si era creato nei mesi precedenti. Queste, infatti, furono drasticamente disattese quando venne nominato Cancelliere del Ducato di Lancaster, un incarico consultivo di secondo piano, una sorta di ministro senza portafoglio. Concretamente, Mosley andò a formare, insieme a Jimmy Thomas, George Lansbury e Thomas Johnston, quello che doveva essere il comitato che avrebbe dovuto trovare soluzioni al problema della disoccupazione, che però ebbe pochi poteri effettivi. Il governo, infatti, rimase saldamente nelle mani della vecchia classe politica laburista, tutta formata nel periodo precedente alla Prima guerra mondiale: oltre a Macdonald in qualità di Primo ministro, i posti chiave dell'esecutivo furono infatti ricoperti da Philip Snowden, Cancelliere dello scacchiere, e da Arthur Henderson, Ministro degli esteri.

David Howell sottolinea giustamente che il periodo di governo fu fondamentale per l'evoluzione delle idee, e soprattutto delle scelte politiche, di Mosley (7). Le illusioni, presto tradite, di un incarico importante, nonché le delusioni provocate dalla timida politica sociale di Macdonald in risposta all'esplosione della crisi economica nel 1929, lo portarono a criticare duramente l'operato del suo stesso governo, proponendo contestualmente una diversa azione politica attraverso il suo famoso *Mosley Memorandum*; in seguito, vedendo rifiutate le sue proposte, egli decise di dimettersi — primo ministro di un governo laburista a compiere questo gesto — uscendo così definitivamente dal Partito laburista.

Howell assume, a ragione, il biennio 1931-1932 come cesura fondamentale della carriera politica di Mosley. Dopo le dimissioni, egli fondò nel febbraio 1931 il New Party, che avrebbe dovuto rappresentare un'alternativa che raccogliesse i consensi degli scontenti di tutti gli schieramenti sulla base di una pianificazione economica e di una riorganizzazione istituzionale ad essa funzionale. Tale iniziativa, però, dovette scontrarsi con un ostacolo politico insormontabile. Le elezioni dell'ottobre 1931, in seguito alla caduta del governo laburista nell'agosto dello stesso anno, videro infatti la partecipazione di una coalizione nazionale formata dal gruppo laburista fedele a Macdonald, dal Partito conservatore e dai liberali. La forza elettorale di questa alleanza era

---

(7) Cfr. *ivi*, pp. 99-122.

schiacciante: il fallimento della breve esperienza del New Party venne certificato da un risultato elettorale minimo, nel quale nessun candidato del partito di Mosley venne eletto <sup>(8)</sup>. Da quel momento, la rottura con il sistema partitico tradizionale, timidamente accennata nel febbraio 1931, divenne netta e irrevocabile: nel gennaio 1932 Mosley si recò in Italia, conobbe Mussolini e osservò da vicino il funzionamento dello Stato corporativo del regime. Tornato in Inghilterra fondò, nell'ottobre dello stesso anno, la British Union of Fascists, iniziando una nuova avventura politica che lo porterà definitivamente fuori dal sistema inglese.

Il volume di David Howell adotta un approccio storiografico tradizionale, ricostruendo, passo dopo passo, tutte le tappe che scandiscono l'evoluzione della carriera politica di Mosley dal 1918 al 1932. Il libro presenta l'indubbio pregio di evidenziare alcune tematiche della parabola di Mosley che si intrecciano con numerose questioni decisive per l'evoluzione della società e della politica inglese degli anni Venti, illustrando con grande chiarezza la complessità politica, culturale e sociale del periodo preso in esame, nonché quella, più ovvia, del personaggio studiato.

Dominante appare il tema della conflittuale costruzione di nuove identità interne ai singoli partiti politici. Queste, emerse durante il conflitto e cresciute in potenza alla conclusione dello stesso, caratterizzano l'instabilità politica di tutta la prima metà degli anni Venti, continuando a crescere anche durante il governo Baldwin del 1924-1929. Howell sottolinea giustamente, a tal proposito, la precarietà e la discontinuità esistente all'interno dell'intero panorama politico inglese di quegli anni, che permette di osservare anche la figura di Mosley sotto una luce diversa: « the claim that Mosley's attachment to any political party was loose must be placed in context — si legge a tal proposito nelle conclusioni del volume —; party politics between 1928 and 1931 was characterised by instability » <sup>(9)</sup>. La fedeltà dei singoli esponenti al proprio partito politico era, infatti, spesso molto fragile, ed egualmente fragili si rivelavano essere le varie alleanze sperimentate nel corso della decade tra diverse forze politiche <sup>(10)</sup>.

Questa endemica instabilità non può essere considerata in maniera disgiunta dalle conseguenze che la frattura provocata dalla Prima guerra mondiale ebbe sulle élite culturali e politiche inglesi: nuove idee, nuovi percorsi politici e nuove alleanze erano infatti sorte proprio dall'esperienza bellica e dalle nuove tecniche governative sperimentate

---

<sup>(8)</sup> Su questo tema si veda M. WORLEY, *A Call to Action: New Party Candidates and the General Election of 1931*, in « Parliamentary History », 27 (2008), 2, pp. 236-255.

<sup>(9)</sup> HOWELL, *Mosley and British Politics, 1918-32*, p. 191.

<sup>(10)</sup> Si veda, ad esempio, M. PUGH, « *Class Traitors* »: *Conservative Recruits to Labour, 1900-1930*, in « English Historical Review », 11 (1998), 450, pp. 38-64.

nel periodo 1914-1918. Dopo la pace, queste venivano riprese e rielaborate in risposta alle nuove sfide che il periodo post-bellico presentava, non ultima quella costituita dal Representation of the People Act approvato il 6 febbraio del 1918, che aveva ampliato enormemente il numero dell'elettorato attivo. Durante la prima metà degli anni Venti cominciarono, quindi, a sorgere numerosi contrasti, efficacemente evidenziati nel corso di tutto il volume, tra i membri di una nuova classe politica, entrata nella Camera dei Comuni tra il 1922 e il 1926, che iniziava a non riconoscersi più nelle politiche dei rispettivi partiti e cercava nuove soluzioni e nuove alleanze, e la tradizionale classe dirigente formatasi nel periodo precedente il 1914, che operava per ritornare alla stabilità del mondo pre-bellico. L'attenzione ai contrasti tra questi due universi politici non convenzionali, con un focus particolare sul mondo laburista, è giustamente al centro del volume, in quanto caratterizza l'azione politica di Mosley in tutto il decennio considerato.

All'interno di questo quadro politico, il testo di Howell possiede il grande pregio di evidenziare come Mosley, più che un rampollo aristocratico arrivista, interessato unicamente ad entrare nel gioco del potere, appaia invece come un esponente del raggruppamento politico informale della generazione che aveva conosciuto la guerra e che viveva richiamando continuamente quello spirito di trincea — la « comradeship of the trenches »<sup>(11)</sup> ricordata anche dal conservatore Alfred Milner — intorno al quale doveva essere costruita una società armonica, pacifica ed economicamente efficiente. L'autore ricorda, quindi, con grande precisione, quella molteplicità di contatti e scambi che Mosley ebbe, per tutti gli anni Venti, con personalità quali Harold Macmillan, Robert Boothby, Anthony Eden e Kenneth Lindsay. Come si legge nel libro, infatti: « whatever their differences over methods they could agree on the need to pursue the Edwardian objective of 'National Efficiency' »<sup>(12)</sup>.

Il concetto di efficienza nazionale del periodo eduardiano — sorto in risposta alle inefficienze che molti, già all'epoca, riscontravano nel sistema politico ed industriale della Gran Bretagna di fine XIX secolo, certificato dalla pessima condotta militare nel corso della guerra boera del 1899-1902 — aveva conosciuto esponenti provenienti da diversi schieramenti politici, quali Sidney e Beatrice Webb, Winston Churchill e Lloyd George. Durante i complicati anni Venti, questa idea trovò nuove forze grazie ad una generazione di politici che avevano vissuto la guerra in prima persona, facendone un'esperienza qualificante la propria intera esistenza. Una guerra che, nelle parole di questi

---

(11) A. MILNER, *Questions of the Hour*, London, Hodder & Stoughton, 1923, p. 47.

(12) Ivi, p. 193.

politici, aveva rivoluzionato completamente la società, dettando la necessità di costruire un ordine politico ed economico completamente nuovo.

Mosley, quindi, era uno dei rappresentanti di quella parte della politica inglese, proveniente da tutti gli schieramenti, che si contrapponeva, con modi e strumenti diversi, all'ortodossia liberista, al mercato non regolato e alle pratiche parlamentari ottocentesche, ritenute responsabili dello scoppio della Grande Guerra e della frammentazione della società inglese. Era un gruppo composito di politici che si dichiarava, per usare le parole di Howell, « at war with economic liberalism, plutocracy and press lords, party caucuses, democracy, socialism, the mob and the stifling routines of parliament »<sup>(13)</sup>, e che viveva come un tradimento il tentativo di ritorno alle condizioni politiche precedenti al 1914 esperito dalla classe politica inglese.

Inoltre, come afferma giustamente l'autore, la carriera politica di Mosley tra il 1918 e il 1932 può essere letta senza prendere in considerazione l'ideologia fascista, escludendo quindi precoci e anacronistiche fascinazioni per il regime mussoliniano. Il testo suggerisce come sia forse più utile sfumare le categorie dell'analisi storiografica, riconoscendo l'esistenza di una molteplicità di temi ed elementi all'interno del fascismo continentale e, contestualmente, prendendo in esame la fortuna che molti di questi temi, in particolar modo il desiderio di raggiungere l'armonia e la pace sociale e una certa tipologia di pianificazione e razionalizzazione economica, ebbero anche in altre culture politiche.

A tal proposito, Howell ricorda puntualmente le somiglianze che possono essere tracciate, ad esempio, tra il sindacalismo rivoluzionario italiano, di cui una consistente parte transitò poi nelle file del fascismo, e il socialismo delle gilde inglese nella critica all'efficienza della democrazia parlamentare, oltre che l'interesse del laburismo per la pianificazione di Stato alla ricerca di un'alternativa razionale al mercato. Il volume, infatti, sottolinea come il modello fascista italiano venne studiato, con un certo entusiasmo, sia da esponenti laburisti, come ad esempio Hugh Dalton, sia da alcuni conservatori, tra i quali troviamo, nuovamente, Harold Macmillan, sia, infine, da gruppi di studio interpartitici come il PEP di Londra<sup>(14)</sup>.

Concludendo, nella vicenda politica di Mosley durante gli anni Venti sembra possibile poter leggere, in controluce, tutti quei contraddittori, complessi e sfaccettati tentativi di risposta elaborati da diversi

---

<sup>(13)</sup> *Ibidem*. Si questo tema si veda anche D. CANNADINE, *The Decline and Fall of the British Aristocracy*, London, Papermac, 1996, pp. 547-549 e M. PALLA, *Fascismo e Stato corporativo: un'inchiesta della diplomazia britannica*, Milano, FrancoAngeli, 1991.

<sup>(14)</sup> Cfr. MILNER, *Questions of the Hour*, cit., pp. 205-206. Si veda anche RITSCHHEL, *The Politics of Planning*, cit.

punti dello schieramento politico al fine di trovare una soluzione ad un mondo che si percepiva come completamente rivoluzionato dalla guerra. Tutti questi tentativi si costruivano in forte contrasto con le tradizionali forze politiche del paese, fossero esse socialiste, liberali o conservatrici. Proprio quest'avversione, nelle pagine del volume di Howell, sembra costituire il *trait d'union* con quello che sarà il futuro di Mosley negli anni Trenta, prima con la formazione dell'effimero New Party e poi con la creazione della BUF, il cui testo principale, *The Greater Britain* <sup>(15)</sup>, mostra effettivamente una sostanziale continuità con quanto sostenuto da Mosley per tutta le decade precedente.

VALERIO TORREGGIANI

CARLO NITSCH, *Renato Treves esule in Argentina. Sociologia, filosofia sociale, storia — Con documenti inediti e la traduzione di due scritti di Treves*, Torino, Accademia delle Scienze di Torino, 2015, pp. 239.

Il rischio che una recensione immiserisca il valore di un testo è particolarmente alto in riferimento a questo lavoro di Nitsch, alla sua trama limpida e serrata. Spero, almeno, che non affievolisca la curiosità di una sua lettura integrale. Sarebbe un peccato. Si tratta infatti di un libro che, ripercorrendo la vicenda di Renato Treves dall'esilio sudamericano fino al suo rientro in patria (1938-1948), intreccia diversi piani d'indagine che l'autore indica con chiarezza nelle pagine di apertura del volume. A essere anzitutto illuminato è, « con specifico riferimento alla Filosofia del diritto, un tratto importante dell'Università italiana del secolo scorso » (p. 7): seguendo la storia del concorso urbinato del 1938 (che vide Treves escluso per ragioni razziali) e della sua revisione, terminata nel 1948, si arricchisce infatti la conoscenza sull'« impatto » che la « persecuzione antiebraica [ebbe] sui concorsi a cattedre » e, più in generale, sul peso giocato dalle « dinamiche di ingerenza politica nella formazione delle commissioni », come nella « selezione dei candidati » (p. 9). Di non minore interesse è il riferimento al duplice e speculare processo che si aprì alla caduta del Regime: per un verso, le procedure di epurazione, che coinvolsero, come noto, anche alcuni elementi di spicco dell'accademia italiana e della stessa filosofia del

---

<sup>(15)</sup> Cfr. O. MOSLEY, *The Greater Britain*, London, Greater Britain Publication, 1932.

diritto (Giorgio Del Vecchio in testa <sup>(1)</sup>); per l'altro verso, invece, le « norme di riparazione » che, a partire dal 1944, tentarono la « reintegrazione nei diritti civili, politici e patrimoniali delle vittime della persecuzione antisemita » e in genere dei soggetti discriminati per ragioni politiche (p. 9). La storia ripercorsa da Nitsch porta inoltre a contatto con « l'esperienza dell'esilio » e in particolare con « l'attività di insegnamento e di ricerca svolta da Treves negli anni trascorsi lontano dall'Italia », attività che appare rilevante sotto molteplici profili: per venire in contatto col « più ampio fenomeno, politico e sociale, dell'emigrazione in Argentina di intellettuali italiani ebrei colpiti dalle leggi razziali » (p. 12); per la rappresentazione che Treves ha fornito del pensiero filosofico (non solo) italiano coevo; e, infine — ma è probabilmente superfluo notarlo — per la valutazione della personalità scientifica dell'esimio studioso italiano.

Nitsch si è mosso lungo queste direttrici d'indagine svolgendo un lavoro d'archivio imponente <sup>(2)</sup>, dal quale, però, non si è lasciato sopraffare; i materiali raccolti, in gran parte inediti, sono stati infatti utilizzati per sostenere e dar corpo a un racconto saldamente governato dall'autore. Ne è prova la perfetta integrazione tra l'ampio saggio di apertura, che ripercorre con accuratezza i differenti aspetti sopra ricordati, e le due appendici pubblicate al termine del volume, entrambe essenziali per circostanziare, sebbene da diverse prospettive, i fatti narrati nel contributo iniziale. Esse infatti non si limitano a fornire un mero riscontro documentale, una semplice 'prova' di quanto precedentemente esposto dall'autore, ma consentono al lettore di entrare in contatto con la voce dei protagonisti e di ricavare, direttamente da essa, importanti sollecitazioni. Ma andiamo per ordine.

Una parte cospicua dello scritto di Nitsch e la prima appendice sono dedicati essenzialmente alla storia del concorso a cattedra di Filosofia del diritto bandito dalla facoltà di giurisprudenza di Urbino nel febbraio del 1938, concorso che vedeva i due allievi di Gioele Solari, Bobbio e Treves, nelle veste di favoriti alla vittoria. Imprevisti e sorprese, però, non tardarono ad arrivare; in prima battuta si complicò la posizione di Bobbio: richiesto dalla Direzione generale dell'istruzione superiore di avere informazioni sulla « condotta morale, civile e politica » dei candidati, il Prefetto di Torino, pur ritenendo che Bobbio, iscritto al PNF dal marzo del 1928, potesse essere reputato di « buona

---

(1) Venne dispensato dal servizio nel 1938 per motivi razziali, vi fu riammesso nel 1944 e, nello stesso anno, fu destinatario di un provvedimento, di durata annuale, di sospensione dal servizio e dallo stipendio da parte della commissione di epurazione incaricata di esaminare il suo caso; sul punto N. richiama più volte il volumetto autobiografico G. DEL VECCHIO, *Una nuova persecuzione contro un perseguitato*, Roma, Tipografia artigiana, 1945.

(2) A p. 8, nt. 4, l'elenco completo degli archivi consultati.

condotta morale », non mancò di riportare alla luce un episodio di qualche anno addietro che sembrava ormai consegnato all'oblio. Nel 1935, « sospettato di appartenere alla setta giustizia e libertà », Bobbio venne arrestato; poiché, però, non fu « possibile raccogliere alcun elemento sulla sua responsabilità, venne sottoposto ai vincoli dell'ammonizione », ammonizione poi revocata « per atto di clemenza di S.E. il Capo del Governo » (p. 21). Proprio il riferimento a tale fatto indusse Bottai, allora Ministro dell'Educazione nazionale, a escludere Bobbio dal concorso urbinato; contro il provvedimento del Ministro si attivarono Solari (tramite Giovanni Gentile) e il padre di Bobbio, anche se solo un doppio intervento presso Mussolini di Emilio De Bono, sollecitato dal Generale Valentino Bobbio, zio paterno, si dimostrò risolutivo ai fini della riammissione di Norberto al concorso che lo vide unico vincitore <sup>(3)</sup> (ma qualche ritardo nella chiamata gli sarebbe derivato — *sic!* — dal suo stato di celibe, pp. 21-32).

Di contro, mentre la valutazione sulla condotta di Treves, iscritto al PNF dal luglio del 1933 (p. 22), fu senza riserve positiva, a bloccare la sua strada sarebbero intervenute, di lì a pochi mesi, le leggi razziali, applicate con particolare zelo e convinzione proprio dal Ministero dell'Educazione nazionale: il 28 settembre del 1938 gli viene notificata l'esclusione dal concorso di Urbino; poco dopo, alla fine di ottobre, Treves muove alla volta dell'America del Sud, approdando prima a Montevideo e poi a Tucumán, in Argentina, dove vivrà e lavorerà gli anni avvenire. Riuscirà infatti a rientrare in Italia solo nel 1948 — « non so dirti — scriveva a Bobbio — la folla di distinti sentimenti che mi invadono in questo momento. È una notizia che attendevo da dieci anni [...] » (p. 185) — al termine di un faticoso iter di revisione del concorso, caratterizzato da ripetute domande al ministero dell'istruzione, da ritardi dovuti a intralci di varia natura, nonché dalle incertezze finali sull'assegnazione della sede (pp. 66 ss.).

Tutti questi passaggi, doviziosamente ricostruiti dall'autore nel saggio iniziale, trovano — lo si diceva dianzi — uno straordinario precipitato documentale nell'Appendice I che riproduce istanze, appunti, lettere e, soprattutto, il fitto scambio epistolare che, negli anni dell'esilio, legò Treves ad amici e colleghi italiani variamente interessati

---

<sup>(3)</sup> I « cultori della materia » — scriveva a Bobbio Felice Battaglia, membro della commissione di concorso — « oggi si sono assottigliati per perdite dolorose, e a noi, superstiti, incombe l'obbligo di stringere le fila per evitare che degli improvvisatori prendano il posto degli uscenti e discreditino la materia, la quale è, come mi sembra, non troppo in auge sia presso i filosofi sia presso i giuristi. Una giusta severità s'impone, dunque; e di questa severità la Commissione (ma meglio direi io e Capograssi) ha voluto dare un esempio nel concorso urbinato. In esso ci è sembrato che, salvo Lei, non vi erano elementi degni di coprire oggi una cattedra universitaria » (lettera datata 20 novembre 1938, p. 106).

alla sua sorte e variamente toccati dalla legislazione razziale; tra questi spicca il compagno di sempre, Norberto Bobbio, affettuosamente chiamato « Bindi » e autentico « coprotagonista » (p. 7) delle vicende ricostruite. Sono molte le suggestioni che la lettura dell'Appendice trasmette. La prima, probabilmente la più ovvia e immediata, mette in contatto il lettore odierno con modalità di comunicazione che appaiono ormai sideralmente lontane: i tempi della corrispondenza Europa-America; le incertezze sulla ricezione delle epistole; la fatica ad accedere a informazioni relevantissime (come il tenore esatto del decreto per la reintegrazione dei soggetti discriminati dal fascismo); la sete di aggiornamenti sulla vita culturale italiana, sui dibattiti, sui libri usciti; la maggior speditezza e sicurezza della corrispondenza talvolta perseguite — sembra incredibile — attraverso un passaggio intermedio da New York, città nella quale risiedeva la sorella di Treves che poi reindirizzava le lettere ricevute, a seconda dei casi, verso l'Italia o al fratello. Poi un'altra suggestione, strettamente legata alla prima: a emergere è il volto di una piccola comunità tenace, e tenace anche perché fortemente immedesimata col magistero culturale legato al proprio ruolo, fortemente accomunata da un certo modo di intendere la cultura e lo studio, vissute come dimensioni esistenziali, prima ancora che professionali, fortemente caratterizzanti. Non si ricava solo il fervore appassionato dei dibattiti (« sul problema dei principii generali del diritto — così Treves a Bobbio — si è discusso per due sere fino alle tre del mattino, e i presenti erano una cinquantina! », pp. 113-114), ma la più generale impressione di un abito interiore nobile, asciutto, che probabilmente spiega lo stesso modo di rapportarsi al fascismo, al suo odioso volto persecutorio. Mi sembra infatti che dal timbro complessivo della corrispondenza traspaja — non saprei come altro chiamarla — una compostezza risoluta e ferma, mai venata di rancore e mai incline all'autocommiserazione, neppure nelle lettere più aperte e confidenziali, per il resto ricche di notizie private o estremamente concrete (« siamo da mesi senza persona di servizio, perché non se ne trovano [...] Inutile le parli della salita di tutti i prezzi »<sup>(4)</sup>; « la vita è carissima, e gli stipendi sono aumentati al massimo di quattro volte [...] si possono raggranellare con un po' di buona volontà e buona fortuna circa 20.000

---

(4) Così Adolfo Ravà a Treves nel dicembre del 1945: « E questi inconvenienti materiali, pur gravi, sarebbero nulla — proseguiva Ravà — se ci fosse la concordia degli spiriti e la voglia di lavorare per riassetare il paese. Ma per ora le tendenze sono in senso contrario. Ecco anche perché bisogna andar molto prudenti prima di riportare una famiglia in Italia e voler ricominciare qui la vita. Mi rendo tuttavia perfettamente conto di quello che sia la nostalgia, e il desiderio di partecipare alle vicende, anche dolorose, della patria » (p. 148).

lire al mese. Ma attualmente il vitto di una famiglia che abbia bimbi [e Treves ne aveva tre] non è inferiore a 15.000 al mese » (5)).

Colpisce, a esempio, la forza di un'amicizia che resiste agli eventi, bene espressa dalla fraterna sincerità con la quale Treves si congratula con Bobbio per l'esito del concorso urbinato, dal quale, pure, era stato ingiustamente escluso (6); come colpisce il racconto degli iniziali passi mossi nel nuovo continente, il tono realistico e a un tempo propositivo di Treves che non indugia mai in riferimenti (che pure sarebbero stati del tutto legittimi) alla sorte avversa che gli era occorsa: « I primi contatti con la vita americana — così Treves a Croce nel dicembre del 1938 — sono stati per me molto istruttivi. Formativa, mi sarà ora, specialmente, la dura esperienza di cercare una sistemazione che permetta di vivere » (p. 110). Ancora: « Io qui — diceva a Bobbio nel febbraio del 1939 — come puoi immaginare, ho dovuto ricominciare da capo. Per fortuna sono armato d'una certa testardaggine che mi potrà aiutare » (p. 116). Un mese prima, sempre a Bobbio, aveva detto: « Nel campo culturale, sono stato accolto molto bene. Ho dato una conferenza alla facoltà giuridica di Montevideo ottenendo un certo successo [...] Ormai mi sento completamente staccato dalla vita passata e dai così detti interessi accademici [...] In questi mesi, ho fatte molte esperienze culturali. Ho conosciuto persone e indirizzi di notevole importanza che fin ora mi erano ignoti. Avrei materiale per pubblicare parecchi titoli per concorso. Ma non ho certo la calma e lo spirito sufficiente. Per ora non ho concluso nulla di concreto. Spero ad ogni modo di poter fra breve trovare di che vivere rimanendo nel campo degli studi o facendo almeno un lavoro intellettuale: lezioni, traduzioni ecc. Questa vita americana mi ha allargato un po' gli orizzonti e, *per la forza delle circostanze*, mi sento totalmente staccato da quegli interessi e da quei principi che, fino a poco fa, legavano i miei movimenti. Due anni fa, ero preoccupato per andare a Messina. Ora penso, con la massima tranquillità, all'ipotesi, forse realizzabile di andare ad abitare in una città o paese dell'interno, a due giorni di treno, da Buenos Aires » (p. 114).

Il trasferimento — come noto — da ipotetico divenne reale dopo qualche tempo, benché con modalità meno piane del previsto (pp. 40-41); già ai primi dell'ottobre del 1939 Treves, in una pagina solare, ne preannunciava a Bobbio i contorni: « la salute e l'umore sono ottimi; l'unica preoccupazione è quella dei miei tanto soli e lontani [...] La mia situazione accademica sta poi sempre più solidificandosi perché, al termine del contratto con la facoltà di giurisprudenza, ho avuto l'assicurazione che sarò nominato ordinario (con inamovibilità e diritto a

(5) Così Bobbio a Treves nel dicembre del 1945 (p. 152).

(6) « Caro Bindi [...] la notizia del brillante esito del tuo concorso mi ha fatto molto piacere. Ti faccio le mie più vive congratulazioni e gli auguri più fervidi per ulteriori meritati successi [...] » (lettera datata 3 gennaio 1939), p. 113.

pensione) nella facoltà di filosofia per la cattedra di sociologia. Infondo, il passaggio dalla Introduzione al diritto alla Sociologia non mi dispiace [...] » (pp. 120-121).

Certo, il tono di questi racconti, pendente il regime, potrebbe ritenersi condizionato da ragioni di prudenza o dal desiderio di offrire, agli amici in patria, il volto confortante di un'emigrazione riuscita; una sicura prova in senso contrario, tuttavia, mi pare sia rappresentata tanto dalla lettura retrospettiva dello stesso Treves cui Nitsch fa espresso riferimento (« Debbo dire che quelle leggi non furono da me accolte in modo drammatico. Da qualche tempo avevo la sensazione precisa di quanto sarebbe avvenuto e la decisione di emigrare in un paese che mi offrisse la possibilità di vivere e di lavorare liberamente fu naturale e immediata », p. 36), quanto dal tenore complessivo delle epistole scambiate dopo il luglio del '43, epistole che non smentiscono l'abituale compostezza dei loro autori. Eppure la nuova pagina di storia che si stava faticosamente aprendo sulle macerie della dittatura toccava in modo diretto le biografie dei protagonisti delle vicende raccontate da Nitsch; le toccava in Italia, con la guerra, l'occupazione, l'impegno, sovente diretto, nella Resistenza e le molte vicende a essa legate: « Entrato nella lotta politica più attiva durante gli anni della guerra — scriveva Bobbio a Treves nel dicembre del 1945 — sono stato tra i primi fondatori del Partito d'Azione nel Veneto. Per non aver voluto firmare non so quale dedica promossa dal federale nel febbraio del '43 sono stato proposto per la dispensa dal servizio. E intanto mi sono sposato. Poi le cose — come sempre — sono andate in lungo. Pareva che la dispensa si mutasse in un semplice trasferimento d'ufficio quando è venuto il 25 luglio, ed io sono tornato al mio posto. L'otto settembre mi ha colto in campagna. Tornato a Padova con mia moglie, sono stato arrestato nel dicembre, e portato a Verona, nel carcere allora celebre perché ospitava Ciano e compagni. Me la son cavata con due mesi e mezzo di prigionia e son tornato a Torino, dove un po' in casa dei miei suoceri, un po' clandestino [...] sono giunto, libero e incolume, fino alla Liberazione » (p. 153).

Né minore fu l'impatto che il 25 luglio produsse in terra d'esilio, dove prese forma la (finalmente) concreta speranza di rientrare in patria, e, con essa, l'urgenza di desideri che per molto tempo erano stati sopiti (« In complesso nei primi anni di vita argentina — così Treves a Bobbio — ho sofferto parecchio la nostalgia dell'Italia, ma questa sofferenza era largamente compensata dalla grata sensazione di vivere liberamente. Ora dopo il luglio 43 e specialmente dopo gli ultimi avvenimenti questa nostalgia è diventata per me sempre più forte e si è unita a un vivissimo desiderio di tornare » (p. 141); oppure: « Prima partecipavo con entusiasmo alla vita culturale americana, provavo in senso di distacco dall'ambiente accademico italiano che mi pareva limitato e piccino, mi pareva di partecipare alla vita del mio paese quanto stato a contatto dell'emigrazione antifascista italiana e prendevo

parte alle sue discussioni politiche e all'attività giornalistica. Ora per me tutto è mutato [...] ») (p. 156) (7).

A offrirsi non è, sia chiaro, il volto di una corrispondenza distesa; al contrario, dalle lettere traspare la trepidazione di quegli anni cruciali, unita all'affanno, per gli esuli, di conoscere notizie essenziali alla organizzazione del loro rientro (è proprio questo il tempo della corrispondenza fatta passare per New York), rientro reso possibile anche grazie alla intensa mobilitazione di quella parte della comunità scientifica solidale con i colleghi lontani. Non si colgono, però, nelle parole di questi uomini, le cui vite furono spezzate dalle discriminazioni del fascismo, forzatamente poste su altri binari, allontanate dagli affetti più vicini, espressioni scomposte nei riguardi del regime, che pure viene condannato con inappellabile fermezza. Mai sottovalutato o derubricato a mero capitolo grottesco della storia nostrana, il fascismo risulta tuttavia svilito e isolato anche così, anche attraverso questa sorta di fossato espressivo, anche attraverso questa distanza dalle insopportabili magniloquenze retoriche del regime. Emblematico in tal senso il contenuto della lettera inviata a Treves da Adolfo Ravà, un altro dei personaggi chiave della storia ripercorsa da Nitsch: ordinario di filosofia del diritto, dispensato dal servizio perché ebreo, padre di uno dei tanti giovani — Tito — emigrato in Argentina dopo il 1938 e qui diventato buon amico dello stesso Treves, Ravà fu una delle figure che si adoperò attivamente nel tenere informato Treves sullo stato della procedura per la revisione del concorso e sulle concrete possibilità di sistemazione nell'Università italiana. In una lettera datata 11 settembre 1945 scriveva a Treves righe rare per equilibrio e misura: il rientro in Italia — notava — « non è facile. Con l'abolizione delle leggi razziali rientrano in servizio, oltre me, anche Donati e Levi di filosofia del diritto: ciò disturba quelli che sono ai nostri posti, ed io rammarico di dover disturbare Bobbio. Questi era stato chiamato a Torino, ma non c'è il posto, essendo rientrati due prof. ebrei. Ora può essere lo chiamino a Milano. Qui a Roma Del Vecchio è stato collocato a riposo per ragioni politiche e ne è molto amareggiato. Per altri sono in corso provvedimenti (Maggiore, Cesarini). Tutto ciò determina un ambiente poco simpatico *perché come non fu gradevole che siano stati occupati i nostri posti, così non è bello andare al posto dei professori ora epurati*. E io non sono sicuro che il nostro ritorno sia gradito a tutti, perché sposta notevoli interessi » (pp. 138-139).

La restante parte del testo di Nitsch e l'appendice II sono invece dedicate a ricostruire le caratteristiche del lavoro scientifico svolto dal Nostro negli anni dell'esilio. L'appendice, in particolare, offre, tradotti in italiano, due contributi di Treves usciti, rispettivamente nel 1941 e nel 1943, su la *Revista mexicana del sociología* e su la *Revista de la*

---

(7) V. anche p. 135 (lettera di Treves a Ravà del luglio 1945).

*Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán*, contributi che testimoniano entrambi le vie battute da Treves per avvicinarsi alla sociologia, avvicinamento 'imposto' dall'andamento delle sue vicende accademiche oltreoceano. In più di un'occasione, nel sottoporre alla lettura degli amici e colleghi italiani i suoi testi 'sudamericani', Treves ne rilevava, quasi scusandosene, la linea argomentativa particolarmente piana attribuita al fatto che quei lavori avessero per destinatari lettori inevitabilmente meno addentro al dibattito culturale italiano e in generale meno adusi ai pinnacoli teorici degli studiosi del vecchio continente<sup>(8)</sup>. In realtà, a essere offerto da Treves è il frutto di un lavoro, mai semplificante, di chiarificazione e distillazione dei temi affrontati a tutto beneficio della chiarezza espositiva e concettuale. Soprattutto il primo di essi, *Sociologia e filosofia sociale nel pensiero italiano contemporaneo*, compendia in maniera penetrante le diverse anime della filosofia italiana coeva e la loro differente inclinazione ad affrontare il problema della sociologia, del suo *ubi consistam* epistemico. Del Vecchio, per l'« indirizzo neo-kantiano » (p. 199), Croce e Gentile in quanto esponenti di spicco del « neo-hegelismo italiano » (p. 201), sono gli autori con i quali Treves dialoga per spiegare l'assenza « nel pensiero italiano attuale » di « una vera e propria filosofia sociale » (p. 199). Sotto un simile osservatorio, se « il primo colpo contro la sociologia in Italia si può dire che sia stato dato dai filosofi del diritto di indirizzo neo-kantiano » (p. 199), « il vero annientamento della sociologia, la sua vera distruzione » andava imputata a Croce e Gentile, e alla « battaglia decisa e spietata » da costoro ingaggiata « non solo contro il positivismo e la sociologia, ma anche contro il neo-kantismo » (p. 201). Diversi, chiaramente, sono i presupposti e gli esiti (non solo) teorici attribuiti da Treves alla visione dei due filosofi: se infatti per Croce la società « costituiva [...] un semplice nome che serve per indicare la molteplicità degli individui in relazione tra loro [...] sostanzialmente qualcosa di astratto e di irreal » con la conseguenza di risolvere lo stesso Stato « nel complesso mobile delle relazioni individuali » (p. 204), per Gentile, al contrario, individuo e società, in sé considerati, tendevano a essere concepiti, negativamente, come « residu[i] di dualismo » (p. 204) da dissolversi nello « Stato etico », etico « non nel senso che applica una legge divina o naturale supposta, ma nel senso che ciascun componente dello Stato sente la subordinazione alla norma come se fosse da lui stesso voluta; nel senso che l'attività dello Stato è la stessa coscienza etica dell'individuo fatta comune e universale » (p. 205). Con la conseguenza — niente affatto cartacea — di

---

(8) V., a es., la lettera di Treves a Bobbio del 22 febbraio del 1939 (p. 116) o quella, sempre a Bobbio del 2 gennaio 1946 (p. 156: « Appena sarà possibile [...] ti farò avere le mie pubblicazioni argentine. Sono scritte per un pubblico diverso dal nostro e per soddisfare altre esigenze »).

tagliar fuori da ambedue gli orizzonti concettuali non solo « la sociologia, ma [...] il problema stesso della società, risolvendolo per un verso, in quello dell'individuo particolare, per altro verso, in quello dello Stato e dello spirito etico » (p. 206), in direzione di un « autoritarismo politico » cui « le realizzazioni del fascismo » sembravano, « almeno in un primo momento », aver dato un volto concreto (p. 206).

Il varco per affrontare la questione della sociologia, del suo statuto disciplinare, andava dunque cercato altrove: nell'ambito della filosofia marxista italiana che « ha sempre apportato, per mezzo dei suoi cultori, un notevole sviluppo allo studio del problema della società » (p. 206); e soprattutto nelle più recenti declinazioni del pensiero positivistico (Antonio Falchi e Alessandro Levi) e idealistico (Felice Battaglia, Gioele Solarì) intente a superare quella nitida distinzione tra « orientamenti opposti » (« positivo o scientifico [...] ideale o filosofico »). Tentativo quanto mai proficuo e segno non trascurabile de « l'importanza politica che riveste oggi il problema della società. In un'epoca in cui l'individualismo è in crisi e le organizzazioni giuridiche degli Stati autoritari minacciano di calpestare i valori della persona, il concetto di società riafferma i suoi diritti e indica una nuova via, un criterio fecondo per superare tanto l'atomismo individuale quanto l'autoritarismo statale » (pp. 213-214).

Muovendosi in questo solco, Treves — ed è il nucleo del secondo saggio pubblicato in appendice — mira a « indicare il senso teorico e pratico della sociologia » muovendo dallo « storicismo idealista di Croce » (p. 217). È la storicità del sapere e dell'esperienza — attraverso un richiamo espresso a Weber — il riferimento che permette, secondo Treves, di quadrare il cerchio: « il riconoscimento, così conseguito, del carattere sempre relativo del lavoro scientifico, inserito nel corso storico del progresso e del sapere, e destinato pertanto — addirittura teso — a essere continuamente superato [...] piuttosto che far apparire fallaci tutti i sistemi sociologici, e impossibile ogni comprensione della realtà sociale [...] avrebbe messo l'interprete nelle migliori condizioni — questa l'importante lezione tratta da Treves — per cogliere la ragione autentica della ricerca sociologica, e comprendere il senso del lavoro degli studiosi che la praticano » <sup>(9)</sup>.

E in un tempo, come l'attuale, non facile per le scienze sociali e per il sapere storico in specie, mi piace concludere citando queste parole: « potremmo dire che i sociologi — così Treves con richiamo espresso a Croce — somigliano, da un certo punto di vista, agli umanisti. Gli umanisti andavano scoprendo le opere letterarie, artistiche, filosofiche dell'età classica, non solo allo scopo immediato di conoscerle, ma con il desiderio di ritrovare in esse un modello che potesse essere imitato e superato nel presente. Allo stesso modo, nel

---

<sup>(9)</sup> Così Nitsch riassume il senso della visione di Treves (p. 13).

campo pratico dell'azione, i sociologi studiano i fenomeni delle società passate, non solo al fine teorico di conoscere la società presente nella sua genesi e nel suo sviluppo, ma anche al fine pratico di agire in essa e di preparare, in questo modo, un futuro migliore » (p. 228).

IRENE STOLZI

RODOLFO SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, il Mulino, 2015, pp. 176, collana « Saggi ».

A Pietro Costa  
che sa tacere e sa parlare

1. *La massa di diritto*. «L'essenza [del diritto] non implica l'esistenza necessaria, cioè per l'ordine della natura può avvenire sia che questo e quel [diritto] esistano, sia che non esistano » (1). Si tratta del primo degli *Axiomata* della *Pars II* dell'*Ethica* spinoziana, modificato certo: nel testo originale, al posto di «Jus» si legge «Homo». Due concetti della mente, parimenti soggetti ad infinite modificazioni possibili, « questo o quell'uomo », « questo o quel diritto ».

*Il diritto muto* può esser posto in dialogo con la filosofia dell'ebreo portoghese-olandese, rivelandosi quale trattato *De natura et origine juris* e dunque, come si leggerà nel prosieguo di queste pagine, quale discussione circa l'esistenza — necessaria o meno — del diritto, muto e parlato.

E ciò nonostante il fatto che il nome di Spinoza non ricorra in queste pagine, laddove invece sono citati espressamente, fra gli autori del Sei-Settecento europeo, Cartesio (2), Leibniz (3), Rousseau (4) — e dove è taciuto (!) il nome di Hume. Ma entrambi i nomi risuonano ancor più, forse proprio grazie a quel silenzio.

---

(1) La traduzione dall'*Ethica*, qui come in seguito, è quella di Sossio Giammetta, tratta da SPINOZA, *Etica*, Torino, Boringhieri, 1959, 1983<sup>10</sup>, p. 69. Testo latino: « Hominis essentia non involvit necessariam existentiam, hoc est, ex naturae ordine tam fieri potest ut hic et ille homo existat, quam ut non existat », pars III, I, *Demonstratio*. — Si noti che, nel prosieguo, tutte le citazioni senza indicazione di fonte riguardano il volume di Sacco in recensione, e le pagine vengono volta a volta indicate. In quelle citazioni, tutte le sottolineature sono mie salvo dove diversamente indicato.

(2) P. 66, « Cartesio ha spiegato che la bestia è una macchina », ma anche 58: « Mi si può domandare se questo aggettivo 'muto' corrisponda ad un'idea chiara e distinta ».

(3) P. 45n, come precursore di Ehrlich nell'uso del lemma « diritto vivente ».

(4) P. 109n, in tema di « stato di natura ».

Si legge in Sacco, e si faccia attenzione a non tralasciare l'« in sostanza » che apre il testo:

Chi dice diritto non scritto dice *in sostanza* regola che, quando si presenterà la fattispecie pertinente, è destinata all'applicazione. In aree che per il momento sono giuridicamente improduttive, domani vedremo manifestarsi una regola (che chiameremo giudiziale), fino ad oggi sconosciuta. Noi abbiamo visto nascere e manifestarsi il danno esistenziale, le ragioni del nascituro, i diritti del nonno. Se quel giorno alle ore 10 un interprete volenteroso parlò per primo di quella tal idea, alle ore 9 essa esisteva già nella mente di quell'interprete. O esisteva nei suoi sentimenti. O esistevano i presupposti logici da cui la regola discende. Meditiamo. Molte regole esistono attualmente, mute e inattuate, ma in qualche modo pensate, nel senso che sono conformate da un sentimento di un potenziale interprete, o contenute in premesse logiche capaci di condizionarle. Quante regole mute e inattuate si sono aperte le strade e sono diventate attuate e/o esplicite negli ultimi cinque anni? E negli ultimi cinquant'anni? *La massa di diritto* così strutturato, esploso di recente, è immensa. Ogni interpretazione nuova di una norma è veicolata da 'mezzi ermeneutici' che sono miniere di regole nate mute e pronte ad operare. E a fronte di queste regole ieri mute e oggi parlate ci è facile pensare a *masse ingenti di regole* oggi mute e potenzialmente pronte a manifestarsi (pp. 66-67).

Nell'intento di liberare il prima possibile l'esordio d'un limitato spazio recensorio dall'ingombrante presenza del « Principe dei filosofi », si faranno solo due notazioni. La prima: con tutta evidenza l'argomentazione di Sacco non procede *more geometrico*, dato che i costumi argomentativi si sono nel frattempo separati fra filosofi e scienziati <sup>(5)</sup>.

L'autore del *Diritto muto* rimane nondimeno ben consapevole di quanto la « simmetria » (p. 53), la « struttura » (p. 98), la « corrispondenza » (p. 102), l'« architettura » (p. 113) ed anche l'« armonia » (p. 136), rilevino fra le esigenze espressive dell'umano.

Un esempio, con ricorrenza simultanea di tre dei cinque lemmi:

Di quali strumenti dispone [la] natura delle cose, chiamata a fissare gli effetti dell'occupazione, per poter provvedere a regolare i problemi di architettura sociale di sua competenza? *Essa adopera l'unico strumento a sua disposizione,*

---

(5) L'ultima grande opera in cui vennero tenuti insieme fu, nel Novecento, il *Tractatus logico-philosophicus*, poi fu però proprio il suo stesso autore a dar seguito, col suo scrivere, all'avvenuto mutamento di *habitus*. Non è comunque un caso che, in una recensione che s'occupa di temi legati al silenzio e alla parola, compaia il riferimento al filosofo che del tacere fece il perno della propria filosofia. Va detto che comunque lo stesso Spinoza mise da parte la struttura geometrica nei suoi due trattati politici.

e cioè la simmetria fra la struttura dell'atto e i suoi effetti (pp. 96-97, sottolineatura dell'Autore) <sup>(6)</sup>.

Ecco la seconda notazione concernente la sensibilità spinoziana delle pagine sacchiane: rispetto al Seicento europeo, si sono anche ridefiniti i costumi argomentativi fra filosofi e *teologi*, e dunque non ha luogo d'esserci, in questo volume, una parte autonoma *de Deo*.

Nondimeno, Sacco definisce « ricca di fascino » l'ipotesi che

la natura [sia] stata programmata in sede soprannaturale, [e che] l'uomo [possa] pertanto conoscerla e ricostruirla applicando la propria capacità di auto-osservazione e il proprio pensiero (p. 109),

sicché ne possano anche discendere, come possibili varianti filosofico-giuridiche in chiave storica e comparativa,

una visione della giustizia come regola posta da Dio (p. 110), o l'invocazione della « grazia di Dio » (p. 146).

Beninteso, ciò varrà *in primis* per

l'uomo sensibile ai messaggi che vengono dall'ultraterreno (p. 109).

Nondimeno, si tratta d'una sensibilità con la quale comunque tutti devono far di conto, in spirito di laicità e dunque quantomeno in prospettiva politica, se è vero che il regime della conoscenza umana è ipotetico, storico, relazionale, perciò relativo proprio in quanto partecipe delle trasformazioni continue del reale.

Domandiamoci perché il diritto sia mutevole. La spiegazione si trova nella regola universale *imposta* a tutto ciò che esiste in natura. In natura tutto il reale — sia esso materiale, sia esso culturale — è dominato dalla diversità. La capra è diversa dalla pecora; il melo è diverso dal pesco; l'idrogeno è diverso dall'ossigeno. Questa diversità nasce dalla variazione, dal mutamento incessante. [...] L'evoluzione — biologica e culturale — è imperniata sulla diversità dei percorsi e dei risultati. In altri termini, il cambiamento produce la diversità. Ogni progresso è, ovviamente, una variazione. Se il diritto non si fosse differenziato per far posto ai mille sistemi che conosciamo, esso

---

<sup>(6)</sup> In tema di diritto e strutture rimane sempre lettura proficua il testo del 1962 di Jean CARBONNIER, *Le strutture in diritto privato*, in *Usi e significati del termine struttura*, a cura di L. Bassi Lonzi, Milano, Bompiani, 1966. Accogliendo una precisa notazione espressa in « Quaderni fiorentini », 2009, in sede di recensione di *Antropologia giuridica*, Sacco opera in questo volume alcuni importanti confronti, in generale, fra la propria visione e quella del *Doyen* e della scuola antropologica francese (Lucien Lévy-Bruhl), esprimendo altresì giudizi inequivoci sul « giurista sommo, grande anche come sociologo » (p. 130, si veda anche p. 50n, 56, 64-65).

sarebbe rimasto ciò che era al momento dell'umanizzazione di *homo habilis*, con un personaggio dominante al vertice del gruppo, mariti e padri cui sono soggetti coniugi e figli, con un possesso garantito dall'autotutela, con regole da applicarsi per dividere il prodotto della caccia comune, e obbligazioni restitutorie da applicarsi ad elementari quasi contratti (p. 111).

Della relatività della conoscenza degli umani, pur quando impegnati nello sforzo di intendere le cose col terzo genere di conoscenza, anche Spinoza era ben conscio, quando scriveva non solo i due trattati bensì, esplicitamente, nell'*Ethica*:

Le idee di qualsiasi mente umana sono alcune adeguate, altre invece mutile e confuse (7).

Dunque anche le idee della sua mente medesima, di lui che, animato appunto da *Amor Dei Intellectualis* e dunque desideroso di sempre meglio conoscere al fine di sempre meglio adeguare « l'idea dell'umano, quale modello della natura umana, cui mirare » (8), procedeva al « modo o via che conduce alla libertà » (9) e, accanto all'*Ethica*, scriveva il *Tractatus Theologico-Politicus*, nel quale ragionava attorno alla fede religiosa e alla figura del Cristo nella prospettiva della salvezza di chi solamente è in grado di obbedire al comando divino dell'amore, senza comprenderne la necessità (10).

Spinoza era sensibile al divino, questo è il meno che possa dirsi per chi scrive:

Sentiamo e sperimentiamo che siamo eterni (11).

Nondimeno, anche lui era consapevole di poter — come tutti, e certamente lui con molta più efficacia di altri —, conoscere solo

(7) *Etica*, cit., p. 132. Testo latino: « Cujuscunque humanae mentis ideae aliae adequatae sunt, aliae autem mutilatae et confusae », pars III, I, *Demonstratio*.

(8) *Etica*, cit., p. 214. Testo latino: « Nam quia ideam hominis, tanquam naturae humanae exemplar, quod intueamur, formare cupimus [...] », pars IV, *Praefatio*.

(9) *Etica*, cit., p. 293. Testo latino: « De modo sive via, quae ad libertatem ducit », pars V, *Praefatio*.

(10) Rimane sempre essenziale, in tema, il volume di Alexandre MATHERON, *Le Christ et le salut des ignorants chez Spinoza*, Paris, Aubier, 1971. Ad esso si affianchino Stanislas BRETON, *Spinoza. Théologie et politique*, Paris, Desclée 1977; e Jacqueline LAGRÉE, *Spinoza et le débat religieux*, Rennes, PU Rennes, 2007.

(11) *Etica*, cit., p. 314. Testo latino: « At nihilominus sentimus experimurque nos aeternos esse », pars V, 23, *Scholium*.

relativamente, « per quel che è possibile »<sup>(12)</sup>, in maniera chiara e distinta e dunque congiungendo la propria mente con pensieri veri.

Simile sensibilità al divino, al soprannaturale — una visione *sub specie aeterni* — c'è in Sacco, ed anche in lui essa è radicata nel sentire, nella dimensione istintiva, *Scientia Intuitiva*:

Quando dico che in quella comunità il fatto A produce l'effetto giuridico B, io [...] dico semplicemente che i consociati, se avvenisse il fatto A, *sentirebbero* come dovuta la vicenda B. Il grado di consapevolezza di questo *istinto* è indifferente rispetto alla definizione del dato (p. 68).

Anche [all'età della pietra] esiste la materia prima fondamentale mediante la quale si edifica lo *ius* precompreso: una norma pensata come ovvia, che traduce una realtà sociale corrispondente evidente. [...] È diritto muto. Nasce in una *fede* — laica o arricchita dal soprannaturale — che è *fede nella norma* (p. 124).

Si può affermare che, in Sacco, tutto il complesso spettro d'indagine che include, sullo sfondo della dimensione macrostorica, sia la sensibilità mostrata verso le scienze che si occupano della sfera genetica e biologica e linguistica dell'umano; sia quella mostrata verso le scienze che osservano il mondo animale (in particolare, le regole di giustizia e moralità anche lì presenti); ebbene, tutto ciò altro non sia che il *pendant* empirico — peraltro, d'un'empiria in quei campi ancora nei suoi passi iniziali, sul cammino d'assolvere al compito infinito « di ricostruire il reale » (p. 141) — d'una prospettiva filosofica, per la quale

l'esistenza viene concepita come eterna verità, quale essenza della cosa, e perciò impossibile da spiegare con la durata o con il tempo, anche se la durata è concepita mancare di principio e fine<sup>(13)</sup>.

E in effetti, un tale riferimento all'*Aeterna Veritas* — esperibile con *Docta Ignorantia*, con *Scientia Intuitiva* — riecheggia laddove si legge:

Dove il discorso si fa storico, si suole cominciare dal periodo più antico (prima gli egiziani, poi gli elleni, poi i romani, poi il medio evo). Ma se il discorso è macrostorico, diventa lecito cominciare dalla realtà contemporanea o più recente, perché è quella cui lo studioso è più familiare (p. 121).

Si tratta dunque della realtà, della *Res*, della quale lo studioso è

---

<sup>(12)</sup> *Etica*, cit., p. 299. Testo latino: « Quantum fieri potest », pars V, 4, *Scholium*.

<sup>(13)</sup> *Etica*, cit., p. 20. Testo latino: « Talis enim existentia, ut aeterna veritas, sicut rei essentia, concipitur, proptereaque per durationem aut tempus explicari non potest, tametsi duratio principio et fine carere concipiatur », pars I, *Definitiones*, VIII, *Explicatio*.

parte, partecipe, con la quale cioè è in contatto in una relazione complessa, « in sostanza » strutturata non solo dal tempo, né solo dal calcolo, bensì anche dall'esperire, dall'intuire quali semplici — « idioti » — strumenti d'un sapere che si sa ipotetico, non assoluto, non sciolto appunto dall'esperienza e dal sentire.

Ed ecco Sacco moltiplicare i riferimenti al suo presente, cioè alla sua esperienza:

L'esperienza ci guida e ci dice [...] (p. 8); se consulto la mia esperienza [...] (p. 122); l'esperienza insegna che [...] (p. 91); questa conclusione corrisponde alla nostra esperienza [...] (p. 149).

Ma soprattutto:

Ora dobbiamo volgere lo sguardo verso un diritto che non abbiamo visto con i nostri occhi, il diritto dell'uomo muto. La lontananza di questa realtà dalla nostra esperienza può far pensare che la ricostruzione del fenomeno sia proibitivamente difficile. E certamente noi, quando parliamo di *homo habitus*, e di *homo ergaster*, e di *homo erectus*, possiamo fare solo ipotesi (p. 125),

e dunque esprimerci in forma relativa, vale a dire relazionale, tramite una proposizione linguistica che si sostiene solo in rapporto ai dati osservativi cui si riferisce, dunque alla realtà di cui si ha intuitivamente, singolarmente esperienza.

E con questa messa in relazione tra conoscenza umana ed *Aeterna Veritas*, ecco chiusa la parentesi introduttiva spinoziana.

2. *Comunità di sguardi, occhi della mente*. C'è una « scena », ovviamente di natura sociale, in rapporto al cui centro gravita il pensare di Sacco: la scena è quella del diritto muto.

Il diritto muto, cioè — per i romani — il diritto naturale. Ma non conviene mettere *al centro della scena* il pensiero degli antichi romani: sul punto, essi hanno avuto idee importanti, ma non ne hanno elaborato tutti gli sviluppi (p. 108).

Ciò che è parlato ha una qualità 'sociale', una teatralità che manca a ciò che è muto. Ciò che è nuovo attira l'attenzione. [...] C'è da aspettarsi che, una volta *entrati nella scena* ad opera degli atti parlati nuovi rapporti giuridici per l'innanzi sconosciuti, l'umano ne abbia parlato con larghezza; e che viceversa, avendo egli taciuto per milioni di anni dei rapporti muti, abbia potuto continuare a non parlarne (p. 157).

Bene, non si tratta adesso di affrontare la questione della relazione fra diritto muto e diritto naturale, ci si tornerà brevemente più innanzi. Va ora sottolineato qual sia il punto di vista che struttura l'opera in discussione, ed inequivocabilmente esso si radica in una comunità di sguardi: la scena, il teatro.

Si tratta di una « scena » presente non solo in chiave diacronica, storica, ‘in quel tempo...’, visto che:

Tutto questo sapere, essenziale per la nascita di un’idea di ‘diritto muto’, e per la sua analisi, sarà *al centro della scena* nelle pp. 68-73, intitolate precisamente alla distinzione tra il saper fare e il sapere ciò che si fa (p. 8).

In scena siamo dunque anche noi — anche chi scrive questa recensione, il lettore d’essa e il lettore del volume di Sacco —, qui ed ora. E dunque sulla scena del presente vi è il giurista, l’ordinamento giuridico, che tiene insieme, « complica » (cioè vive in modo complesso, intrecciato, articolato) la propria relazione con il passato (la macrostoria del diritto muto) ed il proprio *conatus* o desiderio di futuro (le trasformazioni del diritto sotto i nostri occhi), nel tempo della convivenza fra diritto muto e parlato. Noi tutti, sempre, con i nostri molteplici ordinamenti giuridici, siamo posizionati nell’aperto d’un vedere, d’un sentire, d’un pensare molteplice, comunitario.

Là dove l’*opinio* sia condivisa da tutti, il dato giuridico corrispondente alla convinzione è evidente agli occhi di tutti (p. 22).

La consuetudine fiorisce in modo primario in comunità compatte, dove tutti, così come parlano un’unica identica lingua, così credono in uno stesso diritto, in un diritto ‘naturale’ ed ovvio (p. 27).

La consuetudine è in azione perché accettata dai partecipi. È legittima perché i partecipi hanno una competenza originaria a consentire, e aderiscono alla norma perché non saprebbero concepirne una diversa, e credono nel carattere necessario e automatico della soluzione che vedono praticata. I nuovi nati la assorbono insieme con la cultura. Discutere la sua legittimità è tanto proficuo quanto discutere la legittimità della lingua (p. 120).

Tale comunità di sguardi, in principio muta, è appunto oggi *anche* parlata — dunque non *solo* parlata:

Il diritto muto è sopravvissuto a tutte le avventure. [...] Il diritto muto non è stato soppresso. È lecito ritenere che il diritto muto non possa essere cancellato. Può essere negato, sì. Può essere chiamato con nomi nuovi: mezzo ermeneutico; precomprensione; crittotipo; diritto vivente; natura delle cose; *law in action*; visione realistica del diritto; effettività. Mutar nome non significa non esserci più (p. 87).

Va detto che il cuore del pensare sacchiano sta tutto in questo guardare e sentire di mille occhi, vera comunità di sguardi, credenza comune agli umani <sup>(14)</sup> e al loro vivere molteplice.

---

(14) In Sacco è assente la sessuazione del linguaggio giuridico, e non solo di quello: ciò va notato. Ad esempio, regolarmente egli impiega il pronome indefinito maschile « tutti » per intendere uomini e donne. Per una riflessione filosofica sul « tutti »

E per mostrare tale realtà sociale Sacco cerca, come già si è letto, l'espressione adeguata dell'idea, l'« idea chiara e distinta », scegliendo al meglio

espressioni lucide, che corrispondano a concetti definiti e coerenti (p. 16).

Di modo che, ad esempio,

per parlare di un diritto fatto [attraverso il dare attuazione ad una regola,] [sia] efficace e *adeguato* dire che quel diritto non adopera la lingua, che quel diritto è muto (p. 14).

Il lavoro intellettuale nel volume è dunque lavoro tradizionalmente filosofico e, per il profilo giuridico, di teoria generale *sui generis*, basato sui significati condivisi nella vita ordinaria — un significato da Sacco, per scelta, non definito analiticamente, almeno non secondo l'uso predominante di quell'aggettivo nell'universo accademico italiano. E ciò, sia che si tratti di significato di termini generali,

[quali] 'lingua', 'parola', 'pensiero' [, che] esprimono qui gli stessi significati che essi hanno tanto presso l'uomo della strada quanto presso il linguista (p. 13);

sia che si tratti di lavoro anche su termini giuridici fondamentali, fra i quali « consuetudine », « legge », « occupazione ». Lavoro sulla lingua dell'esperienza giuridica ordinaria, la lingua di tutti e di tutte, la lingua spontaneamente impiegata nella vita quotidiana del diritto, perciò così vicina — se pur ha un senso far questo paragone — alla sensazione dell'eterno, del « da sempre e per sempre ». Dunque *Scientia Intuitiva* <sup>(15)</sup>.

---

quale espressione linguistica del *Gefühl*, o sentimento, dell'esserci molteplice, è ancora utile consultare le pp. 15-26 del volume *La massa del diritto* (Pisa, Edizioni Ets, 1994). È ben noto come le filosofe abbiano lavorato non poco sulla differenza nella lingua, anche quella giuridica: si vedano per esempio i molteplici interventi istituzionali (presenti on-line) di Cecilia Robustelli nonché, da ultimo, il volume di S. CAVAGNOLI, *Linguaggio giuridico e lingua di genere: una simbiosi possibile*, Alessandria, Edizioni dell'Orso, 2013. La teoria sacchiana dei crittotipi è stata peraltro esplicitamente recepita nella riflessione delle giuriste: *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, a cura di L. Morra e B. Pasa, Torino, Giappichelli, 2015.

(15) Spinoza ne offriva esempi anche per l'esperienza giuridico-politica: si veda in Pierre-François MOREAU, *Spinoza. L'expérience et l'éternité*, Paris, Puf, 1994, p. 407 e ss., dove ampio è lo spazio dedicato all'indagine del rapporto tra stato di natura, patto sociale, statualità ed esperienza dell'eternità nell'intera opera spinoziana. Si veda altresì « Nondum tradiderunt oblivioni ». *Conoscenza nella tradizione e campo giuridico*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, Milano, Giuffrè, 2006.

Sacco, da par suo, parrebbe scegliere il termine « diritto gestuale » per indicare, nel suo complesso, l'esperienza del normativo spontaneo. « Gesto, gestualità » sono vocaboli che indicano

quei comportamenti scompagnati da ogni volontà di comunicare un significato, e tuttavia capaci di *rivelare* la presenza di una consuetudine (p. 14),

dunque comportamenti « adeguati », adeguati anche in quanto muti. Ebbene, è in essi che è radicato anche il « diritto gestuale », il quale

*si manifesta* senza fonte parlata, mediante l'ottemperanza silenziosa della comunità. Qui il soggetto che *si adegua* alla norma opera in modo visibile (se la norma gli impone comportamenti commissivi), senza intento di rendere noto alcunché ad alcuno (pp. 14-15).

C'è dunque una sostanza della vita del diritto, « *un droit sous-jacent (à nos actions)* » (p. 16), il quale regola autonomamente — è *causa sui* — alcune relazioni sociali. Per esempio l'occupazione, la quale concerne « le [sole] cose mobili [...] abbandonate e gli animali che formano oggetto di caccia o di pesca », come recita l'art. 923 del codice civile italiano.

Domandiamoci: quale sarebbe *la legge* che regola l'effetto dell'occupazione? Nulla si trova, in merito, nel codice italiano, né nel Code Napoléon, né nel BGB, né nella casistica inglese o nella letteratura dotta rivolta al *common law* o alla *jurisprudence*. Eppure si tratta di una regola di cui mai nessuno ha dubitato. Dunque a giudizio di tutti non vi è necessità di una legge perché la regola sia valida. E questa regola non legale, *intuitiva, spontanea*, è tutt'uno con una 'natura delle cose', cui difficilmente il legislatore potrebbe sottrarsi (p. 96, sottolineature dell'Autore).

È a tal proposito che Sacco descrive l'intervento dello strumento architettonico summenzionato, la simmetria fra la struttura dell'atto e i suoi effetti, quale « espressione » di quell'esserci sostanziale — reale, muto — attraverso (come direbbe il filosofo) modificazioni singolari, ovvero (come dice il giurista) attribuzione di diritti:

Chi occupa vuole acquistare, e acquista, il controllo fisico del bene. Fino qui, il voluto e gli effetti si muovono nell'ordine della realtà fisica. Quel controllo fisico non sarebbe tale se non constasse di un potere *esclusivo* sul bene. E infatti l'animale-uomo, una volta acquistato il controllo fisico del bene, è pronto a difenderlo contro chi volesse spogliarlo. Nella comunità, gli altri animali-uomini percepiscono il dato, e non lo spogliano. L'esclusione dei terzi dall'ingerenza nel bene eleva il fatto fisico (relazione uomo-cosa) ad una realtà sociale (esclusione dei terzi dal bene); questa realtà sociale aggiunge alla relazione uomo-cosa l'esclusività del potere. Il fenomeno è analogo a quello riscontrato in varie società animali. L'atto non dà un nome al potere che il soggetto acquista perché l'atto è muto, e ciò che è muto non

distribuisce nomi <sup>(16)</sup>. Ma l'atto attribuisce al soggetto, senza bisogno di una mediazione normativa eteronoma, l'esercizio di un potere di fatto, *socialmente strutturato come potere esclusivo*. E cosa vuol dire 'socialmente strutturato'? Questo potere *sociale* è esso un potere giuridico, cioè contemplato dalla norma? Ma si osservi che allorché la coazione, nella forma dell'autotutela, è garantita da un meccanismo naturale, diritto e fatto coincidono. Il potere di fatto esiste nella misura in cui i consociati lo rispettano; e, entro questa misura, esso è un potere giuridico. L'agente intende difendere, e all'occorrenza difende, il potere, e i terzi sono propensi a farsi condizionare dalla condotta dell'agente. Il diritto è una ridondanza del fatto (p. 97, sottolineature dell'Autore).

Si potrebbe continuare nel moltiplicare esempi di questa « scena » aperta dinanzi agli occhi di tutti attraverso le pagine del volume sacchiano. È tempo però di entrare, sinteticamente, nella sequenza delle pagine del volume.

3. *Una prima lettura*. Diventa peraltro inutile scendere ulteriormente nel fondo d'un volume denso e meditato come questo, che richiede tempo ad un lettore attento e capace di sguardo acuto sui dettagli. Si dirà solamente quel che può rivelarsi utile come orientamento in una prima lettura, alla quale però altre dovranno seguire per trarne profitto, cui il lettore dovrà abbandonarsi senza rete.

Il volume si apre con un *primo capitolo* in forma di *Preambolo*, il quale riassume storia e dottrina di una vita — dunque, di un'esperienza — di ricerca e di insegnamento, segnalando da subito le parole nuove apportate dall'Autore nel dibattito scientifico — « crittotipo », « diritto muto »: concetti, categorie, di — e per — una lingua in trasformazione. Nel capitoletto si mette subito in rapporto la figura della consuetudine — accreditata, in dogmatica, « come unica specie nota e studiata di diritto non scritto » (p. 51), da Sacco lungamente indagata negli anni — con l'esistenza (presunta sola) possibile, oggi, di un diritto non parlato né scritto, mostrandone a volo d'uccello attraverso l'esempio italiano il persistere negli'interstizi d'un sistema a base legale, sia dal basso (la

---

(16) Ci si permette d'inserire questa nota extra-vagante per segnalare al traduttore del *Tractatus Logico-Philosophicus*, Amedeo G. Conte, come la proposizione appena letta, « ciò che è muto non distribuisce nomi », esibisca una parentela con l'ultima proposizione del *Tractatus*, « di ciò di cui non si può parlare, si deve tacere ». L'una è il reciproco dell'altra, quanto a punti di osservazione: *ex parte obiecti*, la prima; *ex parte subjecti*, la seconda — beninteso, nei limiti in cui si può parlare di soggetto. Conte è anche recensore dell'*Antropologia giuridica* sacchiana, e delle sue suggestioni si discute nel presente volume (pp. 10, 61n, 149n) precisamente in tema di « soggetto del diritto esperienziale ». Corre obbligo di segnalare la presenza di un non di troppo all'inizio del secondo rigo del quinto capoverso di p. 10.

normativa) sia dall'alto (il dibattito filosofico-giuridico), per chiudere appunto « guardando il tema dall'alto » (p. 42 ss., dunque storia, comparazione, teoria generale) al fine di aver conferma di ciò che l'Autore *sente*, cioè ha sperimentato in una vita lunga di riflessione, e continua a sentire nel profondo. E che perciò può mettere in forma di proposizione, una proposizione carica di sentimento: che, cioè,

nel reale il diritto non scritto è importantissimo (p. 42).

Diritto spontaneo, diritto in azione, diritto vivente, natura delle cose, effettività del diritto, e poi principi generali del diritto, proverbi, brocardi giuridici, standard sociali, senza dimenticare l'interpretazione delle norme: ecco le miriadi di metamorfosi del diritto con le quali hanno a che fare il giurista e l'uomo della strada oggi, ancor oggi, e con tutta probabilità ancor domani.

Nel *secondo capitolo* — insieme al quinto il più impegnativo dell'intero volume, concettualmente nonché sotto il profilo empatico: anche lo studioso esperisce (o non esperisce) empatia —, Sacco offre argomenti per una « teoria » del diritto muto: operazione di dogmatica giuridica, certo, ma siccome l'oggetto da descrivere *in theoria* non è parlante, questa dogmatica dovrà far largo uso di precomprensioni di varia natura e non solo di linguaggio giuridico e filosofico-giuridico, ma appunto operando attraverso « imitazioni ed empatia » (p. 52) di altri settori del sapere umano, esperienze conoscitive provenienti da fuori l'area giuridica.

Chiarito cosa significhi « verbalizzare » (ontologia, estensione del concetto, qualità del dire), è ora possibile comprendere come la consuetudine e il diritto non scritto possano essere *non* verbalizzati e, appunto, muti.

Qui entra in campo l'antropologia, cioè lo studio delle pratiche sociali dell'umano, un umano in questo caso muto perché — ulteriore sapere convocato — la dimensione è macro-storica, si spinge cioè sino ai confini fra l'umano e animale, in quel lungo intervallo di tempo nel quale l'umano è stato silente. Ed è qui che Sacco discute del tema della giuridicità o meno di queste pratiche sociali, mute per rapporto a quelle in cui è presente una forma di statualità. Nonché della « chiarezza e distinzione » dell'idea del diritto muto, con le zone grigie nel suo articolarsi fra norme (anche inattuate) ed atti, le une e le altre, si ripete, mute.

Viene anche stabilito che coscienza e/o volontà non sono elementi costitutivi del diritto muto, perché « saper fare non è sapere ciò che si fa », con ricognizione anche fra filosofi morali, linguisti ed altri sapienti nell'oggi — ulteriori saperi convocati attorno a quello che Sacco enuncia essere « uno dei due fondamenti della presente opera » (p. 68 e ss.).

Al saper fare si accede tramite la cultura, la quale

*non è la conoscenza della proposizione con cui si formula la regola, ma è la capacità di applicare correttamente la regola nel caso individuale che si presenta. Qui esiste almeno embrionalmente un'opinione relativa alla norma. L'opinione riguarda il motivo in cui si risolve il caso, non riguarda la regola astratta (p. 69, sottolineature dell'Autore).*

Il capitolo si chiude con un classico tema dell'oggi giuridico-dogmatico, « regole o princìpi? », ma applicato al diritto muto e non al parlato, e sciolto nel senso che il diritto muto consta di regole.

Nel *terzo capitolo* si affronta la questione della possibilità del muto giuridico sulla durata, lunga e corta, e dunque prima della — poi in rapporto alla — cesura rappresentata dalla comparsa della parola, del simbolo: etologia, antropologia, linguistica, cresce ancora il numero dei saperi in ballo, in scena, e molte scienze umane sono adesso centrali nell'argomentazione.

Quarto e quinto capitolo posizionano la dinamica fra muto e parlato dentro l'ambito della dogmatica giuridica, dunque al tempo del diritto parlato e scritto. In particolar modo, nel *quarto capitolo* si scava sulla contrapposizione, nel settore degli strumenti dell'autonomia privata, fra atti « taciti » e negozi giuridici, al fine di identificare una categoria specifica degli atti muti, evidenziandone le figure principali.

Sacco nota che

La dottrina del giurista non mette al centro della scena una dicotomia, che contrapponga l'atto parlante (cioè la dichiarazione) e l'atto muto. La dottrina del giurista esalta il negozio, che concettualmente identifica con la dichiarazione, e poi cerca (e crede di trovare) le risorse logico-argomentative per ridurre le operazioni giuridiche tacite al negozio (p. 90).

Invece, il giurista Sacco ritiene che per gli atti di autonomia muti (per esempio l'occupazione, come già visto *retro*), nell'oggi della convivenza fra muto e parlato, si debba far di conto con la volontà *di un fatto*, non con la volontà di una vicenda giuridica (p. 95) che è invece programma o volontà astratta. In quest'ottica sono allora anche possibili generalizzazioni del discorso in direzione di figure giuridiche quali la derelizione, la consegna, poi l'esecuzione, poi ancora la convivenza *more uxorio*, o la conclusione del contratto mediante apparecchi automatici, e infine le omissioni nell'attuazione (acquiescenza, pazienza, tolleranza, pp. 101-2).

Nel *quinto capitolo* si fa teoria generale del diritto muto, ed emerge « il secondo dei due temi che sono i fondamenti » (p. 121) del libro in analisi, ovvero le *fonti* del diritto muto *nel tempo presente*. Si tratta dell'altro capitolo del volume particolarmente impegnativo, nel quale si discute il problema della legittimazione del diritto muto, nonché della legittimazione quale formante giuridico (p. 115 e ss.), data

la pratica umana del diritto fondata da sempre sull'eteronomia, « il potere dell'uomo sull'uomo » (p. 106): protezione-educazione, relazioni di forza.

Si discute anche la questione dello « stato di natura », della immutabilità o mutevolezza del diritto in accordo con « la regola universale imposta a tutto ciò che esiste in natura », cioè il dominio della diversità (p. 111). Si tratteggiano, con ampi gesti, le trasformazioni del diritto « naturale » in accordo con le differenti epoche storiche. Si giunge infine al presente, ed entra in gioco il tema della precomprensione interpretativa nel suo legame con la fonte muta. Il capitolo si chiude con un ritorno al passato — il quale, beninteso, non è mai passato bensì è sempre « complicazione » d'esperienze —, alla ricerca della fonte del diritto muto dell'uomo primitivo, con un excursus finale in tema di rapporto tra cultura, natura e biologia.

I *tre capitoli conclusivi* discutono della convivenza fra muto e parlato in campo giuridico, con la avvenuta simbiosi tra lingua e diritto; della sopraffazione del muto da parte del parlato, ma non della sua scomparsa, anzi, la sua resistenza; infine, si rappresenta velocemente la condizione soggettiva odierna del giurista parlante dinanzi al diritto muto.

FRANCESCO SAVERIO NISIO

CESARE SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, il Mulino, 2015.

1. Si accrescono le riflessioni dei civilisti italiani sull'identità disciplinare e, sia pure attraverso diversità di diagnosi e prognosi, affiora un quadro in cui il tema della crisi del diritto civile (o, forse più ottimisticamente, della sua « eclissi », « offuscamento di un nitore passato che non si esclude di riguadagnare quando la stagione del tempo lo permetterà » <sup>(1)</sup>) è dominante. Siamo lontani dalle inquietudini che accompagnarono negli anni sessanta la trasformazione della civilistica intenta alla scoperta della Costituzione, il quadro, infatti, si tinge ora di colori cupi, come se l'ordine delle fonti e dei principi fondamentali rinnovati dalle idee-forza della Costituzione repubblicana subisse, soprattutto a causa dell'« innesto dirompente » di fonti del

---

<sup>(1)</sup> C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 2.

diritto europeo, un progressivo « logoramento », una sorta di « evaporazione » (2).

È su questo sfondo di preoccupazioni che si muovono gli itinerari storico-giuridici tracciati da Cesare Salvi. Netta è, infatti, l'alternativa posta in apertura del volume: « Quali sono i principi generali del diritto italiano? Quelli sociali contenuti nella nostra Costituzione, oppure i principi liberisti del diritto europeo? » (p. 11); la risposta, altrettanto netta, è fornita seguendo la trama dei principi generali del diritto dal *Code civil* ai Trattati europei, considerando il rapporto tra diritto civile e capitalismo, disegnando un diritto privato nato come forma giuridica del capitalismo, capace poi di rinnovarsi grazie ai principi costituzionali ma ora sempre più minacciato da un ritorno alle precedenti soggezioni. La schematizzazione è funzionale al disegno complessivo del volume, indirizzato prima a mettere in luce le tappe dell'*evoluzione* dei principi generali « del diritto italiano » sino all'approdo ai principi sociali affermati nella Costituzione, e poi *l'involuzione*, la storia spezzata, le contraddizioni, imposte dal diffondersi dei principi del diritto europeo. La tesi sorregge e unifica il percorso, offrendo compattezza al libro; ma sacrifica inevitabilmente la complessità del tema prescelto come filo conduttore della narrazione.

Il percorso entro cui « progressivamente si delinea e si spiega l'evoluzione del diritto italiano » è suddiviso in tre fasi: l'età del capitalismo individualista e liberista (una prima lunga fase che, movendo dal *Code civil*, tocca la grande guerra e, attraverso poi una 'fase di transizione', giunge sino alla seconda guerra mondiale); l'età del compromesso tra capitale e lavoro, il trentennio successivo alla seconda guerra mondiale (« età dell'oro »; « trentennio glorioso » (3)); età della democrazia e dello Stato interventista, dell'affermazione congiunta dei diritti civili, politici e sociali); l'età della globalizzazione neoliberista.

I principi generali sono ricondotti a ciascuna di queste fasi. Individualismo giuridico, eguaglianza formale, assoluta libertà proprietaria e contrattuale sostengono il modello francese ma caratterizzano anche l'ordinamento di paesi non influenzati dal *Code civil*. Rivoluzionario rispetto al passato, il nuovo ordine si rivela presto inadeguato nei confronti del futuro: i contrasti tra libertà-proprietà e democrazia, tra uguaglianza formale e nuove istanze sociali sono denunciati tra Otto e Novecento dal pensiero socialista e dalla dottrina sociale della Chiesa, parzialmente affrontati dalla prima legislazione sociale. Le voci critiche

---

(2) F.D. BUSNELLI, *Idee-forza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, auto-determinazione, ragionevolezza*, in « Rivista critica del diritto privato », 2014, 1, pp. 9-26. Cfr. E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in « Rivista di diritto civile », 2012, 5, pp. 643-684.

(3) Così, con riferimento a Hobsbawm (*Il secolo breve*, 1994) e a J. Fourastié (*Les trente glorieuses, ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, 1979).

nei confronti dell'ordine borghese e le norme eccezionali risultano, però, inadeguate a modificare i principi e la logica del sistema ispirato al liberismo. « Un'età di passaggio » si apre tra le due guerre, quando « il liberismo non apparve [...] più in grado di definire i 'principi' intorno ai quali organizzare la società civile » (p. 22). Sempre più esasperata dal conflitto tra economia capitalista e movimenti sociali, la crisi del liberismo suscita reazioni contrastanti: da un lato abbiamo regimi autoritari e, dall'altro, politiche volte a porre solide basi per l'intervento pubblico nell'economia e per la creazione dello Stato sociale (il riferimento va alla politica di Franklin Delano Roosevelt, alle pagine di Keynes e Beveridge). La nuova fase trova una consacrazione formale nei testi costituzionali che finalmente riformulano i principi generali, affermando la funzione sociale della proprietà, il diritto al lavoro, fissando limiti all'autonomia privata nell'interesse generale, ponendo in essere un compromesso fra capitale e lavoro e determinando l'avvio del 'trentennio glorioso'. È alla fine del trentennio che il percorso evolutivo si spezza: con il neoliberismo si afferma « una sorta di ritorno all'Ottocento » e all'economia di mercato priva di vincoli.

La ricostruzione dei principi generali del diritto è immessa (non sempre agevolmente) entro questo percorso. Nel primo periodo, essi sono progressivamente fatti coincidere con il diritto vigente: nel Codice, legge per eccellenza e statuto del cittadino proprietario, i giuristi rintracciano principi pienamente aderenti all'individualismo giuridico. Anche nella Pandettistica e nel Bgb i principi sono funzionali al modello individualistico, essi però sono ora depurati, colti non più attraverso riferimenti (espliciti o impliciti) al diritto naturale ma movendo da « categorie scientifiche desunte attraverso procedimenti logici dal diritto vigente »: « non più la volontà individuale, ma le norme del diritto oggettivo vengono considerate la sede originaria degli effetti giuridici » (pp. 43 e 44).

Considerate tutte omogenee al modello individualistico, le tensioni dottrinali e giurisprudenziali che si manifestano fra Otto e Novecento, con variegata incidenza in tema di contratto, di proprietà, di responsabilità, restano sullo sfondo; la complessità del nuovo assetto affiora soltanto fra le due guerre, in parallelo con il mutato rapporto fra Stato ed economia capitalistica. A prendere atto della mutata situazione, mettendo assieme « ideologia produttivistica e corporativa del fascismo » e « nuove teorie giuridiche », è il Codice civile italiano del 1942, unico Codice europeo varato fra le due guerre. Il fascismo si muove nel campo del diritto tra « reazione, continuità e innovazione »: realizza un progetto autoritario e produttivistico, impone collaborazione e nega il conflitto, identifica l'interesse generale con l'interesse della produzione nazionale; conserva tuttavia il principio di legalità e non rompe la continuità istituzionale statutaria (pp. 65-66). Riguardo ai principi è la loro positivizzazione a dettare il percorso evolutivo: il passaggio da una concezione prenormativa, ispirata al giusnaturalismo,

« a una concezione integralmente positiva » (p. 55) realizza, pur in assenza di espliciti riferimenti normativi alla funzione sociale, un mutamento nella visione della tutela proprietaria, spinge — grazie al riferimento alla « solidarietà corporativa » — a valutare il comportamento dei privati alla luce dell'interesse generale. La logica privatistica e patrimoniale resta ferma, ma la libertà proprietaria e contrattuale è, rispetto al Codice del 1865, più circoscritta.

Un « criterio innovativo » (p. 63) si rinviene nell'articolo 12 delle disposizioni preliminari al Codice che, com'è noto, sostituì la dizione « principi generali del diritto » (presente nell'art. 3 delle preleggi del Codice del 1865) con quella « principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato ». La scelta — scrive Salvi — « aveva l'obiettivo di vincolare il giudice al diritto positivo », escludendo la possibilità di ricorrere ai principi desunti dall'esterno, dal diritto naturale, dall'equità, dalla coscienza sociale. Non a caso, infatti, furono « coerentemente escluse dal Codice le norme contenute nei progetti che prevedevano il divieto di abuso del diritto e la funzione sociale della proprietà ». Per altro verso, principi « non omogenei a quelli del tradizionale diritto privato individualizzato » erano presenti nella Carta del lavoro (che riceve valore giuridico con la legge 30 gennaio 1941, n. 14): per la prima volta un testo riceveva « un valore sovraordinato », anche se a quei nuovi principi era negata la portata di norme immediatamente vincolanti.

Il dibattito sul punto forse avrebbe meritato un maggiore approfondimento. Basti ricordare le critiche al « gretto positivismo » del Progetto in cui si parlava di « principi generali del diritto vigente » e alla formula definitiva (« non migliore e forse ancor più difettosa ») di « principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato » (4). Pur mettendo da parte tensioni giusnaturalistiche e riferimenti retorici alla coscienza giuridica nazionale, non si può dimenticare che il vincolo del giudice al diritto positivo era inserito entro una logica autoritaria, entro una legalità angusta che in quel momento ricomprendeva anche le leggi razziali. La questione rilevante che resta in ombra, assorbita dalla

---

(4) La parola 'vigente' intesa nel senso di 'positivo' — scriveva Giorgio Del Vecchio — implicherebbe (tra l'altro) la rinuncia al « prezioso e salutare sussidio » costituito dalle clausole generali, « cosiddetti 'organi respiratori' » o « concetti valvola »: « una dannosa compressione impedirebbe all'interprete di dare equa soddisfazione alle nuove e più vaste aspirazioni della coscienza giuridica nazionale ». G. DEL VECCHIO, *Riforma del codice civile e principi generali del diritto* (1936); il testo può essere ora letto in appendice alla ristampa, con presentazione di Giovanni Conso, della prolusione romana del 1920, *Sui principi generali del diritto* (Milano, Giuffrè, 2002, citazioni da p. 72 e ss.).

centralità della legge, è il ruolo della funzione giurisdizionale, il rapporto fra i principi generali e gli interpreti <sup>(5)</sup>.

2. Il riferimento ai principi generali muta in modo decisivo con il passaggio dalla centralità del Codice civile alla centralità della Costituzione. La discontinuità fondamentale è data dal progetto di trasformazione degli assetti sociali esistenti, dal riconoscimento di diritti inviolabili, affiancato da un generale principio di solidarietà, da un « principio sociale » che disegna una gerarchia di valori e offre una logica unitaria entro cui coordinare vecchi e nuovi principi.

Sino agli inizi degli anni Sessanta la svolta non è avvertita dalla civilistica che trascura i principi costituzionali e opera una lettura minimalista degli strumenti d'intervento dello Stato sull'economia: prevale ancora « la continuità con il sistema tradizionale », i principi generali sono ancora considerati « alla luce di una lettura individualistica e liberista » (p. 66). È solo « nella fase del 'disgelo costituzionale' » che « la portata innovativa di molti aspetti del Codice del 1942 » è inquadrata nel sistema di valori disegnato dalla Costituzione, avviando un processo di trasformazione del diritto privato (p. 85 e ss.; p. 103 e ss.). Negli anni sessanta e settanta (giova notare per inciso che in alcuni ambiti il 'glorioso trentennio' si riduce in Italia a meno di un ventennio) riforme legislative e ancoraggio ai principi costituzionali danno concreta attuazione alla Costituzione nel diritto civile e rinnovano la cultura giuridica. Il collegamento delle clausole generali alla Costituzione limita la discrezionalità applicativa del giudice entro un preciso quadro di valori: non si tratta — tiene a precisare Salvi — né di un richiamo a una « generica coscienza sociale », né di una « generica esaltazione dei poteri del giudice », ma di una soluzione interna al sistema rigenerato, interna a un principio di legalità che muove dalla normativa costituzionale e la attua <sup>(6)</sup>. Il ruolo della clausola generale come « strumento di attuazione dei principi costituzionali, sulla base di indirizzi programmatici e di valore di giustizia sociale » cessa però presto. È — a dire di Salvi — il successo che ne altera il ruolo, che ne snatura la funzione, facendo emergere un'eccessiva, generica e pericolosa estensione dei

---

<sup>(5)</sup> Una questione questa che affiora nel dibattito del convegno pisano del 1940 e che poi sarà rilevantissima di fronte all'assetto dei principi posto dalla Costituzione. Cfr. S. BARTOLE, *I principi generali fra due Convegni (1940-1991), dall'ordinamento statuario-fascista all'ordinamento repubblicano ed alle sue aperture sovranazionali*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », 2014, numero speciale: *I principi nell'esperienza giuridica. Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza — Roma, 14-15 novembre 2014*, pp. 3-29.

<sup>(6)</sup> Cfr. anche C. SALVI, *Norme costituzionali e diritto privato*, in « Critica marxista », 2005, pp. 13-19.

poteri del giudice. L'uso del principio di solidarietà come sintesi dei doveri etici e sociali di tutto l'ordinamento <sup>(7)</sup>, la sovrapposizione di « pretesi principi generali (come il riscoperto 'abuso del diritto') » e clausole generali (p. 100), accrescono la discrezionalità del giudice, alterano la separazione dei poteri e la certezza del diritto, banalizzano i principi costituzionali « utilizzati dal giudice per decidere se quanto voluto dalla legge corrisponde alla sua idea di equità (di giustizia del caso singolo, non di giustizia sociale) » (p. 102).

La critica al « preteso » divieto dell'abuso del diritto mostra le caratteristiche di quella che Salvi presenta come la rottura dell'evoluzione del diritto privato. Proposto come principio generale all'inizio del Novecento da teorie che non erano volte a funzionalizzare in senso sociale la proprietà ma (semplicemente) a ridurre la dimensione egoistica per « riaffermare la centralità sistematica dell'interesse individuale nella struttura del diritto soggettivo », il divieto di abuso del diritto ritorna in una logica « funzionale all'ampliamento dei poteri giurisdizionali », una logica tutta indirizzata ad attribuire « il compito di 'bilanciare' diritti e interessi confliggenti, senza un criterio normativo di riferimento ». Da questa prospettiva si muove una serrata critica all'art. 54 della Carta dei diritti UE: « una formulazione priva di ogni gerarchia di valori che possa indirizzare l'esercizio del potere del giudice di stabilire la prevalenza di un diritto sull'altro » (p. 102; p. 217); una formulazione destinata a espandere il potere giurisdizionale, a infrangere principio di legalità, certezza del diritto, separazione dei poteri (« valori democratici, che non possono essere aggirati dal richiamo al principio di solidarietà »), e a promuovere il ritorno al diritto libero del primo Novecento, a una pericolosa ricerca di equità del caso singolo inserita nel « vuoto della dimensione sociale e della progettazione giuridica » <sup>(8)</sup>.

3. L'ultimo profilo ci porta appieno nella 'terza fase', caratterizzata dal ritorno del liberismo e dal contestuale tramonto della « sintonia profonda » tra scienza giuridica, giudici e legislatore nel tessere la trama del diritto privato intorno alla Carta fondamentale e all'attuazione costituzionale. Contrassegnata dall'egemonia del capitalismo finanziario, dal liberismo, dalla sconfitta politica del lavoro, la nuova fase storica

---

(7) « Il principio di solidarietà non può svolgere il compito di costituire una sorta di sintesi dei fondamenti etici e sociali di tutto l'ordinamento. In questo modo [...] la sua unica funzione rischia di essere quella di trasferire il potere di determinare il contenuto del rapporto dal nesso autonomia privata-legge alla discrezionalità del giudice » (pp. 99-100).

(8) C. SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e di poteri del giudice*, in « Rivista critica del diritto privato », 2014, 1, pp. 27-38.

si caratterizza per il graduale venir meno della « forza propulsiva dei principi costituzionali » (pp. 157-158). Neoliberalismo, post-democrazia, autoritarismo liberista, propongono un ritorno alle concezioni politiche ottocentesche, una riproposizione di vecchie teorie accompagnata da nuove forme di legittimazione (delle istituzioni europee) basate (semplificamente) sull'estensione dei diritti individuali, su « nuove forme e categorie dell'individualismo giuridico ». Sul banco degli imputati non c'è solo l'enfasi assegnata ai diritti del consumatore, ma anche « l'ambiguità » della « ideologia dell'Europa contemporanea [...] legata alle nozioni del valore universale della dignità e dei diritti umani, e alla moltiplicazione di questi diritti » (p. 163).

Inarrestabile appare il logoramento dei principi sociali imposto dal doppio primato (nella gerarchia delle fonti e nel potere di interpretarle) del diritto europeo; un primato che inesorabilmente impone un 'bilanciamento' asimmetrico tra dignità umana « nella logica UE » e diritti sociali (p. 172), e una crescente « disapplicazione costituzionale » dei principi fondamentali che, pur rimanendo immutati, sono progressivamente sostituiti dai principi del neoliberalismo, dall'« ideologia giuridica europea » (p. 191).

Dipinto in contrasto con « l'età dell'oro » (*allora* la regolamentazione giuridica era necessaria « per modificare i meccanismi di mercato a fini di giustizia sociale », *ora* « la logica dell'ordinamento si sposta [...] dalla asimmetria sociale tra capitale e lavoro alla asimmetria informativa fra le parti del contratto »), il presente è ritorno alle « basi strutturali del liberismo tradizionale » (pp. 188-189); un ritorno che nella ricostruzione di Salvi ha come imputati-protagonisti i giudici. Soggetti non legittimati democraticamente, che sempre più assumono il compito di specificare il contenuto dei principi generali, i giudici sminuiscono il potere degli Stati nazionali, sottraggono la mediazione dei conflitti al parlamento, minano il primato del potere legislativo: « nelle tendenze contemporanee si è accentuato [...] l'autonomia della valutazione giudiziaria, il suo potere di bilanciare i valori e di controllare la proporzionalità dell'intervento normativo, alla luce di una coscienza sociale, che poi esprime spesso le opinioni e il punto di vista dei giudici » (p. 199).

Dalla critica al ruolo 'creativo' dei giudici emerge il rimpianto per le certezze di un ordine caratterizzato dal primato del potere legislativo statale, da fattispecie certe, da un'attuazione costituzionale precisamente 'calcolabile', precisamente tracciata dalla legge. Certo, Salvi è ben consapevole che anche il potere legislativo non è più quello di un tempo: ha smarrito la bussola offerta dall'attuazione costituzionale, appare privo di « proposte politiche unificanti », propone una normativa confusa, contraddittoria, oscura, che rende spesso inevitabile la supplenza giudiziaria (pp. 200-201). Resta però il fatto che è il crescente potere dei giudici nel ponderare e bilanciare gli interessi a indicare il moto di ritorno del diritto alle sue origini e a muoversi in quello che

Salvi indica come un vuoto della dimensione sociale promosso e sostenuto da una Carta dei diritti che è ha il torto di affidare alla valutazione discrezionale del giudice la ponderazione dei principi generali (pp. 215, 219-222).

Riprendere l'evoluzione attenta alla logica sociale significa allora porre al riparo il principio sociale dalla 'ideologia europea' e dalle interpretazioni 'libere' dei giudici. Il risultato può essere raggiunto, secondo Salvi, attraverso una mossa formale che ristabilisce il senso del percorso nazionale del diritto: assumendo il principio sociale tra « i principi supremi », tra gli « elementi identificativi e irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale », assumendolo come controlimita, si ristabilisce l'ordine, si torna a difendere il primato della sovranità nazionale, il carattere democratico-sociale dello Stato (p. 231) <sup>(9)</sup>, si resiste al neoliberalismo, si superano le strettoie imposte dall'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea, si recupera « autonomia nell'interpretazione », facendo un felice ritorno alla situazione realizzatasi « nel trentennio successivo alla seconda guerra mondiale » (pp. 237-238).

4. Utilizzando le critiche di Habermas alla posizione di Wolfgang Streek, si può parlare di tensione verso un ritorno alle fortezze nazionali degli anni sessanta e settanta, di nostalgica chiusura nella sovrana impotenza di nazioni travolte dalle trasformazioni epocali degli Stati nazionali. Dalle pagine di Salvi affiora nostalgia per una certezza del diritto non incrinata dal ruolo dell'interprete, per una 'giustizia sociale' lontana dalla pericolosa incertezza dei casi concreti, incasellata in una nettissima gerarchia di valori e — si potrebbe aggiungere — posta al riparo dalla 'tirannia dei valori' che accompagna la crisi della fattispecie (alcune pagine, sembrano far diversa eco alle preoccupazioni di Natalino Irti). Il timore di una concretizzazione dei principi da parte della giurisprudenza rappresenta, in fondo, il filo conduttore del libro. Sull'intero percorso incombe lo spettro del diritto libero, mentre la legalità legale si presenta come il valore da difendere, come il solo autentico strumento di attuazione dei principi. La stessa invocazione del principio sociale come controlimita suona così come un astratto ritorno alle certezze dello Stato sovrano minacciate dall'irrompere dei fatti: l'assunzione dei principi costituzionali nazionali a principi supremi non si limita a mettere in discussione la pluralità di livelli dei principi (principi supremi, principi comunitari, principi costituzionali, principi desumibili da leggi ordinarie) sospingendoli tutti verso l'alto e opponendoli tutti al diritto dell'Unione Europea, ma propone soprattutto un

---

<sup>(9)</sup> Si cfr. anche C. SALVI, *Democrazia e Stato sociale: dalla Germania buone notizie per l'Europa*, in « Europa e diritto privato », 4 (2009), pp. 1009-1019.

tranquillizzante riferimento a un principio sociale che, una volta assunto nell'olimpico dei principi supremi, è sottratto alla dinamica dei conflitti, alla concretezza dei casi della vita e produce automaticamente 'giustizia sociale'. Accompagnato com'è dal rifiuto così netto nei confronti della 'discrezionalità' della giurisprudenza, la difesa del principio sociale si traduce in univoca riconduzione dei principi alla fonte statale, alla legge dello Stato: i principi tornano così a essere, 'coerentemente', soltanto principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

Irrisolto resta il ruolo degli interpreti, il ruolo della giurisprudenza, il rapporto tra i principi e la realtà sociale. Il percorso storico tracciato da Salvi propone, del resto, una sorta di operatività unidirezionale dei principi generali che si presentano nelle diverse fasi (sia quando espressi, sia quando inespressi) funzionali a un progetto univoco di società, perfettamente racchiudibili nell'ordinamento giuridico dello Stato, nella supremazia della legge. Senza il filtro della legge al giudice non è dato cogliere la pluralità di situazioni riconducibili ai principi, alla loro « forza ordinante rispetto a tutta una serie di situazioni particolari »<sup>(10)</sup>. L'evoluzione vera si realizza quanto l'interprete è ai margini, s'interrompe nel momento in cui la giurisprudenza 'esagera' e si pone accanto al legislatore per concretizzare i principi, per ricercare equitativamente la giustizia del caso singolo e non « la giustizia sociale ».

Il richiamo alla giustizia sociale aleggia troppo in alto, troppo lontano dalla giustizia 'equitativa' del caso singolo, per essere visibile. Distante dalla concretezza delle situazioni della vita presenti nel giudizio, evoca una « sintonia profonda » tra scienza giuridica, giudice e legislatore entro un modello di « identità costituzionale nazionale » bloccato nei felici anni in cui lo Stato nazionale era veramente sovrano, in cui le gerarchie dei valori erano sempre chiare, in cui il pericoloso protagonismo giudiziario era assente. Anni 'gloriosi' che sono idealizzati e assunti a contraddittorio modello. Come dimenticare, infatti, che un tramite essenziale della costituzionalizzazione dell'ordinamento in quegli anni fu offerto proprio dalla nitida messa a fuoco della crisi dell'immagine positivista del giudice e dal rifiuto della magistratura di « ridurre l'interpretazione ad un'attività puramente formalistica »? L'emersione del protagonismo giurisprudenziale e le origini delle incertezze e dei mali del presente sono da collocare allora proprio nel modello cui si vuol far ritorno?

La critica al 'male' del protagonismo dei giudici rischia, insomma, di travolgere proprio essenziali consapevolezze maturate negli anni 'gloriosi', limitandosi ad affidare la salvezza del principio sociale all'evocazione del paradiso giuridico perduto dello Stato sovrano, alla sugge-

---

(10) Nicolò LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 38-39.

stiva evocazione di un modello d'identità costituzionale e di positivismo giuridico posto fuori dalla storia di quegli anni e, ancor di più, di questi anni.

GIOVANNI CAZZETTA

*A proposito di...*



BARTOLOMÉ CLAVERO

## ¿NACIONES IMPERIALES O IMPERIOS SIN FRONTERAS?

(A propósito de *La nación imperial* de Josep Fradera)

1. Dos casos entre cuatro de imperialismos constitucionales. — 2. El constitucionalismo de Imperios y sus dobles. — 3. Colonialismo continental de Estados Unidos. — 4. Imperialismo constitucional de España. — 5. Domesticidad articuladora de constitucionalismo y colonialismo. — 6. Genocidios coloniales entre apercebimientos, pocos, y silenciamientos, todos. — 7. Imperio y Estado reduplicados como nación. — 8. Colonialismo formal e imperialismo sin fronteras. — 9. De alguna conclusión sobre la figuración constitucional de la comunidad nacional. — 10. Ensoñación constitucionalista, compromiso historiográfico.

### 1. *Dos casos entre cuatro de imperialismos constitucionales.*

He aquí una obra extraordinaria, de ambición pareja a sus logros. Desarrolla una historia comparada, durante todo un largo siglo XIX (1750-1918, indica el subtítulo), de formaciones políticas que no eran ni Imperios ni Estados, sino Estados-Imperios, ese híbrido de la *nación imperial* elevado a título, de una *nación* imposible en singular pues el imperio es por definición plurinacional, o « multiétnico » según la expresión, algo elusiva como espero que veamos, preferida del autor (JMF en adelante, tanto para él como para su *Nación imperial*). Los casos considerados son más de los anunciados en el mismo subtítulo, *Gran Bretaña, Francia, España y Estados Unidos*, pues se colaciona también Portugal y no faltan referencias comparativas a otros imperialismos de matriz europea como el neerlandés, el ruso o el alemán, pero el cuarteto dicho ofrece buen material, aunque cuestionaré si suficiente, para el escrutinio y la comparación. Digo lo de historia comparada aunque JMF, por poner su acento más en el fondo de las similitudes dentro de la diversidad que en la superficie de las diferencias, repudie la etiqueta. De la historia dicha comparada debatiré por mi parte <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Josep M. FRADERA, *La nación imperial. Derechos, representación y ciudadanía en los imperios de Gran Bretaña, Francia, España y Estados Unidos (1750-1918)*, Barcelona, Edhasa, 2015, 2 vols., pp. XLV + 1376, ISBN 978-84-350-2641-3. Para el

Para un escenario tan dilatado en manos de un investigador individual, el manejo de materiales, la soltura de movimientos, la amplitud de visión y el dominio de pormenores son soberbios. No sólo para la historiografía en castellano <sup>(2)</sup>, he aquí una obra de referencia sobre la historia del imperialismo europeo y norteamericano y, en menor medida como argumentaré, del consiguiente colonialismo sufrido por otros sectores de la humanidad, los de pueblos indígenas principalmente <sup>(3)</sup>. Es una de esas obras con las que, por la envergadura de su aportación, ha de contarse obligadamente aunque no acaben en todo de convencer, como es para mí el caso. Lo primero que a mi entender procede es recomendar su lectura pausada y aprovechamiento meticuroso. Aquí renuncio a la labor ilusoria de dar cuenta cumplida de

---

extrañamiento respecto a la historia comparada más convencional, JMF, p. 1295: « este trabajo no está pensado para oscurecer las diferencias, sino para razonar las similitudes de casos muy diversos. El libro no forma parte, por esta razón, de aquello que se entiende usualmente por historia comparada », sin más elaboración. En cuanto a las obras que cito, procuro que sean suplementarias a las registradas en las notas de JMF (no hay bibliografía, pero sí un índice onomástico), salvo en casos en los que, a mi entender, no hayan sido suficientemente aprovechadas o sobre los que quiera apostillar algo. Parte de mis referencias, por fecha, no han estado disponibles para JMF, sobre todo si se tiene en cuenta que una obra tan vasta no se cierra toda ella a última hora. Buena parte de mis reparos se basa en la bibliografía reciente en plena ebullición sobre imperialismos.

<sup>(2)</sup> Ya trascendiéndola, al actual auge internacional de la historiografía sobre los imperios contribuye, desde la base de la Universitat Pompeu Fabra, el equipo pluriuniversitario GRIMSE (Grupo de Investigación en Imperios, Metrópolis y Sociedades Extraeuropeas) al que JMF pertenece. Su medio de expresión es la revista « Illes i Imperis. Estudis d'història de les societats en el món colonial i postcolonial », codirigida por JMF, que se edita desde 1998 ([upf.edu/grimse/es/revista](http://upf.edu/grimse/es/revista)). En ella se ha publicado algún anticipo del mismo autor sobre la problemática del libro actual: *Ciudadanía, ciudadanía congelada y súbditos residuales: tres situaciones bajo un mismo Estado* (7, 2004, pp. 113-124); *La nación desde los márgenes: ciudadanía y formas de exclusión en los imperios* (10-11, 2008, pp. 9-30).

<sup>(3)</sup> Una precisión sobre mi empleo del calificativo *indígena*, que no es el de JMF, para todos los pueblos que en el pasado o, pese a la descolonización habida, actualmente padecen colonialismo directo. Lo adopto por ser el uso del derecho internacional para identificárseles como sujetos de derechos, según puede verse muy particularmente en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 ([un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)). Naturalmente, no tengo objeción al empleo de identificaciones de origen colonialista, como la de *indios*, *Indians* u otras, cuando los interesados las han asumido. Respecto a los términos usados por las fuentes, lo importante es la constancia de que no la hay neutral. Todas son de parte comenzándose por los apelativos. No voy a entrar en la *what-to-call-them controversy* y puesto que no puede ser para mí, ni para JMF, sobre *what-to-call-us*.

la notable riqueza de su contenido. El solo intento de sintetizar *La nación imperial* incurriría en una flagrante injusticia contra su extenso cuidado por la contextualización necesaria para la percepción y explicación de similitudes mayores y diferencias menores entre desarrollos históricos de las que identifica como naciones imperiales. Bajo el acuerdo de base que subrayaré cuando concluya, me dirijo entonces a debatir algunos extremos que entiendo claves para su enfoque. Trataré tan solo de aquellos que no me convencen. Así rindo el homenaje de la crítica. Quiero reconocer de forma expresa que, en consecuencia, mi comentario no hace justicia a *La nación imperial*. Del título habré de decir algo pues vincula un par de términos, el de *imperio* y el de *nación*, con problemas de conjugación.

Enlazando íntimamente Imperio y Nación, Gran Bretaña, Francia, España y Estados Unidos comparecen en su expansión imperial como entidades prácticamente igual de compactas que en su enucleación estatal y, con ello, como sujetos, por distintos y bien delimitados, susceptibles de comparación neta entre sí. Es un presupuesto de partida que habré de poner en cuestión porque la misma historia de unos imperialismos, nacionales que se digan, parece apuntar en otra dirección, la de que se expanden de forma que se solapan sin ajustarse a fronteras, con lo que la comparación de semejanzas tanto como de diferencias viene a complicarse un tanto. Unos centros imperiales pueden compararse más fácilmente que sus presuntas periferias, esto es, que los Imperios mismos en su problemática integridad, problemática porque nunca, ni ayer ni hoy, se territorializan del todo o a veces apenas si lo hacen. El centro imperial veremos que conviene abordarlo por los extremos coloniales o, como dice el propio JMF, « desde los márgenes ». Cabe conocer mejor el Imperio por las colonias y por su extensión digamos que informal a territorios sin tal condición estrictamente colonial. El imperialismo extraterritorial que no conoce fronteras comprobaremos también que es un elemento consustancial del colonialismo sin más. Como ocurre con los icebergs, los Imperios alcanzan más lejos y se hunden más hondo de lo que a primera vista se divisa y aprecia.

Por otra parte, como JMF anuncia igualmente en su subtítulo, el estudio comparado entre *naciones imperiales* se plantea en relación a una materia determinada de índole constitucional, la de *derechos, representación y ciudadanía*, lo cual también suscita alguna cuestión de extremos que conviene tomar en cuenta por sí y para conocer los tiempos y espacios centrales y medios. Si pasamos del terreno del Estado al escenario del Imperio, de la contracción estatal a la dilatación imperial, viene un extremo muy concreto a primer término. No es otro que el de la privación absoluta de derechos, representación y ciudadanía mediante la negación práctica de la condición humana, esto es, el asunto historiográficamente tan descuidado del genocidio colonial im-

pune, la extrema expresión de poder de un Imperio dentro de su territorio o en sus márgenes. JMF lo contempla, pero en términos poco más que de accidente preterintencional no relacionados en todo caso con la problemática constitucional de derechos, representación y ciudadanía. Son extremos diversos, el del alcance extraterritorial y el del poder genocida, pero ambos de un fondo cultural de índole suprema-cista en común, de los cuales voy a intentar especialmente ocuparme.

No sólo me ocuparé de extremos. Cuestión nodal para JMF veremos que es justamente la del nexo no sólo de compatibilidad, sino hasta de íntimo engarce histórico entre imperialismo de una parte y, de otra, nación constitucional, la nación dispensadora de derechos, representación y ciudadanía. He ahí un enlace de lo más formal para JMF. Entre los elementos que efectúan la conexión aparece la domesticidad jurídica, esto es, un régimen de familia patriarcal extensivo más allá de la familia nuclear alcanzando a mujeres, trabajadores e indígenas, entro otros sujetos que así son segregados, pero no expulsados, de un universo constitucional de sometimiento a poderes o, más precisamente en su caso, a poder en singular. Podría pensarse que todo esto es también extremo, pero constituía un núcleo. Es elemento que aparece en la exposición de JMF, bien que muy desdibujado, sin prestársele atención específica al conjunto y a la trabazón de sus manifestaciones. Para mí tengo que fue el perno de la articulación entre constituciona-lismo y colonialismo, por lo que me detendré en su consideración.

Para todo ello contemplaré particularmente dos de los cuatro casos comparados, el de Estados Unidos y el de España, no porque los crea más significativos, sino por la razón bastante más sencilla de que son los que mejor conozco. Para el primer caso no me quedaré en la duración del largo siglo XIX, sino que incursionaré, por mi cuenta y riesgo, hasta la actualidad, aun con contención por atenerme al máximo al tiempo y la materia de JMF. Procedamos. Empezaré por casos, el de Estados Unidos y el de España. Proseguiré con los temas que entiendo mayores, la domesticidad constitucional, el genocidio colonial y el imperialismo sin fronteras. Intentaré también ofrecer en las notas algún estado historiográfico de cuestiones, o más bien estadillo, pues JMF no lo hace. Respecto tanto a la historia como al presente, por respaldar mis posiciones evitando explayarme o repetirme, abusaré sin pudor de la remisión a obra propia <sup>(4)</sup>.

---

(4) Hay trabajos ajenos y míos de acceso libre en línea, pero no registro direcciones salvo que la edición electrónica sea la única disponible. Google Scholar facilita localizaciones. Se tienen enlaces a trabajos míos en el sitio bartolomeclavero.net. Alguna que otra nota se extenderá por marcar el estado del arte. La razón dicha para ocuparme de Estados Unidos y España es la que hace que, respecto al espacio hispano y poshispano en América, vaya a referirme más al caso de Nueva España-México que al

## 2. *El constitucionalismo de Imperios y sus dobles.*

Puede plantearse una historia comparada de semejanzas entre los casos referidos puesto que JMF identifica un fondo común. Justamente entiende que Estados Unidos constituye una entidad, no poscolonial liberada del imperialismo británico como pretendió y como suele darse aún por supuesto al día de hoy, sino plenamente colonial por interiorización y reciclaje de tal imperialismo de origen y por potenciación del mismo frente a los pueblos indígenas de la expansión continental ante todo. En cambio, la posibilidad de que idéntico fenómeno pudiera darse con los Estados que hoy decimos latinoamericanos, desde México hasta Chile, JMF no la toma en consideración. Desatiende la existencia de numerosos pueblos indígenas independientes o sólo parcialmente sometidos por el imperialismo español previo. Se ocupa de la asunción del imperialismo británico por los Estados Unidos, pero no de la prosecución de la historia imperial española por otros Estados de las Américas. Sin embargo, los casos atendidos está dicho que ofrecen material, si no suficiente, precioso para el objetivo resueltamente asumido de la comparación. Por su parte, la España de aquel largo siglo XIX, ya sin colonias continentales en América, JMF la entiende, no menos justamente, como Imperio antes que Estado, como Imperio-nación antes que Estado-nación<sup>(5)</sup>. Habré de cuestionar especialmente el uso comodín, por parte de JMF, del término de *nación*.

Estados Unidos, Gran Bretaña, España y Francia tienen entonces

---

resto. Mi distinción de inicial mayúscula para algunas palabras, como Imperio, Estado y Constitución, responde a la intención de diferenciarlas, conjurando equívocos, de su respectiva acepción como nombres comunes, la de poder para imperio, condición para estado y establecimiento para constitución. Agradezco a José María Portillo sus comentarios encontrándome a medio camino vacilante de la metamorfosis del trabajo de reseña en artículo.

(5) Lo que supone un giro de rosca bien temperado respecto a su título anterior respecto al caso español: JMF, *Colonias para después de un imperio*, Barcelona, Bellaterra, 2005, del que aprovecha ahora bastante, incluso con repeticiones literales, al igual que se sirve naturalmente de otros libros suyos: *Gobernar colonias*, Barcelona, Península, 1999; *Filipinas, la colonia más peculiar. La hacienda pública en la definición de la política colonial, 1762-1868*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), 1999, además de trabajos en revistas y libros colectivos que no deja de citar. El giro también se produce respecto a JMF, *La nación desde los márgenes* (n. 2), por cuanto se interesaba entonces más en el efecto de exclusión de los nacionalismos que en el de inclusión en nación por parte de los Imperios, aunque veremos que lo primero se mantiene vivo en el trasfondo de *La nación imperial*. Para paso decisivo en el giro, JMF, *Situar la Constitución de 1812 en el contexto de las Constituciones imperiales*, en *Proyecto 20/10 Historia*, vol. 2, *El Mundo Atlántico y la Modernidad Iberoamericana, 1750-1850*, México DF, GM, 2012, pp. 55-72.

en común durante el largo siglo XIX ser ante todo Imperios. Y algo más como aprecia y explica JMF. Se trata de Imperios que vinieron a definir sus fundamentos en términos constitucionales, los de *derechos, representación y ciudadanía* anunciados por el subtítulo. Tienen en común también, según prosigue la presentación de su objeto por JMF, el hecho de que se convirtieron en Imperios constitucionalmente, cuando menos, binarios por medio del desdoblamiento que de diversa forma todos realizaron entre el ámbito metropolitano y el espacio colonial, distante o interno, como empeño no sólo de política de hecho, sino de orden de derecho. La duplicidad a menudo se produce, como JMF insiste, por vía de especialización explícita del ordenamiento referente al ámbito colonial. Resulta un desdoblamiento que no pudo ser estanco. Lo colonial permeaba lo constitucional (derechos, ciudadanía, representación...) lo mismo que la viceversa, en cada caso y en cada periodo a su modo. En sustancia, como el mismo JMF resalta desde un principio, la constancia y el análisis de desdoblamiento y diversificación tales de unos sistemas imperiales, no exactamente estatales, es la aportación más específica de *La nación imperial*. Define tanto el terreno como el foco del estudio. Marca, con provecho, la diferencia con otras historias, sean ensimismadas o también comparadas.

Estamos ante el fenómeno del colonialismo constitucional o constitucionalismo imperial, o bien imperialismo constitucional o constitucionalismo imperial, que, si se ha identificado con anterioridad, no se ha hecho con tal amplitud y alcance o que, en todo caso, no se ha considerado como fase tan decisiva y modalidad tan caracterizada de la historia de unos Imperios por parte de la historiografía centrada en ellos (6). Tampoco se ha producido tal identificación en la literatura sobre pluralismo jurídico en contextos coloniales que viene siendo una

---

(6) Jane BURBANK y Frederick COOPER, *Empires in World History: Power and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press (PUP), 2010 (ed. española de título tan excesivo como inexpressivo: *Imperios. Una nueva visión de la historia universal*, Barcelona, Crítica, 2011, y de traducción en momentos penosa), pero véase en todo caso a partir de su cap. 8: *Empire, Nation, and Citizenship in a Revolutionary Age*. Para reflexiones historiográficas, F. COOPER, *Empire multiplied: A review essay*, en «Comparative Studies in Society and History», 46 (2004), 2, pp. 247-272, y Jennifer PITTS, *Political Theory of Empire and Imperialism: An Appendix*, en *Empire and Modern Political Thought*, Sankar Muthu (ed.), Chicago, University of Chicago Press (UChP), 2012, pp. 351-375 (con anticipo en «Annual Review of Political Science», 13, 2010, pp. 211-235). Por lo general es literatura desde luego bastante conocida para JMF, aunque no presente un estado de la cuestión como sabemos. Para historia comparada que acentúa en cambio las diferencias, Patricia SEED, *Ceremonies of Possession in Europe's Conquest of the New World, 1492-1640*, New York, Cambridge University Press (CUP), 1995; Lauren BENTON, *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History*,

de la formas de abordaje del desdoblamiento entre ordenamientos imperial y colonial, del imperialismo y del correspondiente colonialismo (7). Aunque lo primero pueda haberlo sin lo segundo, imperial y colonial son caras de un mismo fenómeno, la agente y la paciente no menos activa. Así en esencia se trata de que el propio constitucionalismo de derechos y ciudadanía, un constitucionalismo que pudo tomarse en su tiempo ya bastante en serio, resulta históricamente funcional al mantenimiento y la potenciación del dominio colonial europeo y americano sobre pueblos no europeos, inclusive los indígenas de la misma América. Voy a producirme en términos de constitucionalismo y con la calificación de constitucional mucho más de lo que lo hace JMF, pero no creo que con esto mi lectura se sesgue puesto que, al fin y el cabo, su objeto de *derechos, representación y ciudadanía* es de materia netamente constitucional. Y voy a concentrarme en Imperios de matriz europea y no en otras formaciones imperiales, esto igual que JMF. Si recalco en China como Imperio entre Imperios, será porque allí nos conducen los casos vistos (8).

En sustancia se trata de que la restricción interior de ciudadanía y derechos en la sociedad constitucional con la postergación o exclusión de la mujer y del trabajador esclavo o sirviente abría la brecha que se ensanchaba con la proyección hacia el exterior de los poderes constitucionales o de un poder discrecional en singular sin más, el *poder plenario* supuestamente excepcional que se dice en los Estados Unidos y que incide sobre indígenas, inmigrantes y extranjeros en general (9),

---

1400-1900, New York, CUP, 2002, el primero citado por JMF, pero ninguno debatido a los efectos de singularizar y perfilar su propio planteamiento.

(7) Ido SHAHAR, *Legal Pluralism Incarnate: An Institutional Perspective on Courts of Law in Colonial and Postcolonial Settings*, en «Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law», 65 (2012), pp. 133-164; *Legal Pluralism and Empires, 1500-1850*, L. Benton y Richard J. Ross (eds.), New York, New York University Press (NYUP), 2013. El planteamiento lo lanzó M.B. HOOKER, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon, 1975. Es literatura no manejada por JMF.

(8) *Imperial Formations*, Ann Laura Stoler, Carole McGranahan y Peter C. Perdue (eds.), Santa Fe, School for Advance Research, 2007, ampliando no sólo el censo de sujetos imperiales, sino también con ello, en una línea que nos saldrá al paso como digo para China, la propia identidad del sujeto imperial, frente a la suposición de que «the only true forms of colonialism were European ones» (p. X).

(9) Viniendo a conectarse la diversidad de sus manifestaciones que le hace ser una pieza nada excepcional de poder imperial hasta hoy, Mary Sarah BILDER, *The Struggle over Immigration: Indentured Servants, Slaves and Articles of Commerce*, en «Missouri Law Review», 61 (1996), 4, pp. 743-824; 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;

un poder sostenido sobre las estructuras del constitucionalismo y no limitado por ellas. Se proyecta hacia unas posibilidades de dominación tanto internas como externas que podían así integrarse en un mismo sistema institucional sin problemas insuperables, aunque a veces fueran desde luego mayores. Mayor es ciertamente el reto que JMF afronta al atreverse con una historia comparada, entre semejanzas como sabemos, de tal envergadura y tamaño comprometido. Entre tanta historia chata como prolifera, incisiva muchas veces por supuesto, todo intento serio de macrohistoria debe ser calurosamente bienvenido <sup>(10)</sup>. Y merece ser debatido.

### 3. *Colonialismo continental de Estados Unidos.*

El constitucionalismo colonial o colonialismo constitucional, el objeto de JMF aunque así no lo verbalice, se encuentra hoy identificado en relación precisamente a los Estados Unidos <sup>(11)</sup>, lo cual no quiere

---

Natsu Taylor SAITO, *Asserting Plenary Power over the 'Other': Indians, Immigrants, Colonial Subjects, and Why U.S. Jurisprudence Needs to Incorporate International Law*, en «Yale Law and Policy Review», 22 (2002), 2, pp. 427-480; Patrick WOLFE, 'Corpus Nullius': *The Exception of Indians and Other Aliens in U.S. Constitutional Discourse*, en «Postcolonial Studies», 10 (2007), 2, pp. 127-151.

<sup>(10)</sup> Jo GULDI y David ARMITAGE, *The History Manifesto*, Cambridge, CUP, 2014, aun postulándola más macro todavía, con discusión y réplica en «Annales. Histoire, Sciences Sociales», 70 (2015), 2, sección principal, *La longue durée en débat*. Para nuestro asunto de historia de Imperios en una media duración más cercana a la considerada por JMF y traída hasta hoy, Julian GO, *Patterns of Empire: The British and American Empires, 1688 to the Present*, New York, CUP, 2011, cap. 6. Para una obra de larga duración que, por fecha, JMF también podía haber aprovechado, Pietro COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma, Laterza, 1999-2002, vol. 3, cap. 10: *Lo Stato-potenza e la missione civilizzatrice dell'Europa*, y epígrafe cuarto de las conclusiones: *Il soggetto fra Stato-potenza e antropologia razziale*. El segundo autor, J. Go, se disculpa por adoptar el uso común abusivo de *America* y sus derivados para significar los Estados Unidos, lo que por mi parte intento escrupulosamente evitar.

<sup>(11)</sup> E. Richard STATHAM JR., *Colonial Constitutionalism: The Tyranny of United States' Offshore Territorial Policy and Relations*, Lanham, Lexington, 2002, pero negando la relación entre el sometimiento de los pueblos indígenas del continente y el colonialismo extracontinental que contempla; Gary LAWSON y Guy SEIDMAN, *The Constitution of Empire: Territorial Expansion and American Legal History*, New Haven, Yale University Press (YUP), 2004 (segundo epígrafe de la introducción: *Imperial Constitution or Constitutional Imperialism?*), no confirmando relevancia a dicha relación. JMF maneja este segundo. Refiriéndose a la India, pero con justa tendencia a generalizar para todo constitucionalismo no exclusivamente casero, Ranabir SAMADDAR, *The Materiality of Politics*, vol. 1, *The Technologies of Rule*, Londres, Anthem, 2007, cap. 1: *Colonial*

decir que no suele todavía seguir representándose su caso como el de un constitucionalismo poscolonial en cuanto tal diferenciado del imperial británico <sup>(12)</sup>, o también como el de un operador internacional incapaz por su naturaleza constitutiva de adoptar posiciones ni políticas de carácter netamente imperialista o colonial <sup>(13)</sup>. Es un caso que presenta una singularidad de base que JMF, enfocado hacia las similitudes, no destaca suficientemente a mi entender.

Mientras que los imperialismos históricos español, británico y francés suelen contar con destacamentos coloniales propios, esto es, con la mediación de colonizadores potencialmente competitivos sobre el terreno, el imperialismo estadounidense independizado del británico se ejerce directamente sobre los pueblos indígenas a cuya costa se irían los Estados Unidos expandiendo desde la franja atlántica hacia el oeste hasta las Filipinas pasando por Hawai a través del largo siglo XIX <sup>(14)</sup>,

---

*Constitutionalism*, p. 19: « Colonial constitutionalism was designed to reinforce the material aspects of colonial rule », lo que veremos para nuestros casos.

<sup>(12)</sup> Daniel J. HULSEBOSCH, *Constituting Empire: New York and the Transformation of Constitutionalism in the Atlantic World, 1664-1830*, Chapel Hill, University of North Carolina Press (UNCP), 2005, parte IV: *Postcolonial Constitutionalism and Transatlantic Legal Culture*. JMF lo cita. Es visión común en los medios constitucionalistas estadounidenses que, por divergir sobre el grado de la continuidad jurídica y de cultura política con respecto a Gran Bretaña, no se la plantean en cuanto concierne al colonialismo. Hay advertencias y acercamientos: Amy KAPLAN, 'Left Alone with America': *The Absence of Empire in the Study of American Culture*, en *Cultures of United States Imperialism*, A. Kaplan y Donald E. Pease (eds.), Durham, Duke University Press (DUP), 1993, pp. 3-21; James G. WILSON, *The Imperial Republic: A Structural History of American Constitutionalism from the Colonial Era to the Beginning of the Twentieth Century*, Aldershot, Ashgate, 2002. El calificativo imperial no siempre implica consideración de la dimensión colonial: Saikrishna Bandalore PRAKASH, *Imperial from the Beginning: The Constitution of Original Executive*, New Haven, YUP, 2015.

<sup>(13)</sup> Es tópico tan arraigado que puede tranquilamente mantenerse en medios significados de la historiografía comparada no apologética sobre imperios: Antony PAGDEN, *Imperialism, liberalism, and the quest for perpetual peace*, en « Daedalus: Journal of the American Academy of Arts and Science », 143 (2005), 2, *On Imperialism*, pp. 46-57, junto a otros artículos que también pueden testimoniarlo. Del mismo A. PAGDEN, *Lords of All the World: Ideologies of Empire in Spain, Britain and France, c.1500-c.1800*, New Haven, YUP, 1995 (ed. española, Barcelona, Península, 1997), que JMF naturalmente utiliza; y ahora, A. PAGDEN, *The Burdens of Empire: 1539 to the Present*, New York, CUP, 2015, cap. 9: *Human Rights, Natural Rights, and Europe's Imperial Legacy*, directamente o a través de los Estados Unidos.

<sup>(14)</sup> Para una visión en los términos de colonialismo desde un primer momento frente a los pueblos indígenas y hasta el caso luego no consolidado de las Filipinas, Walter L. HIXSON, *American Settler Colonialism: A History*, New York, Palgrave

aparte esto de que también recurriese desde temprano y recurra todavía hoy a formas de penetración colonialista sin el sustento de colonias <sup>(15)</sup>. En su caso, durante dicho siglo, los contingentes colonizadores en las zonas de expansión continental apenas generaron una dinámica propia en competencia con su matriz imperial, la estadounidense a la que irían por lo general formalmente incorporándose como nuevos Estados. Se preveía como provisional y resultaba en efecto transitoria su condición de territorios sin poderes de Estado en manos de la población colonialista y a costa de los pueblos indígenas <sup>(16)</sup>. Todo esto significa que el verdadero colonialismo, el que se ejerce sobre humanidad no europea y no el imperial entre metrópolis y población de origen europeo en las

---

Macmillan, 2013. En contexto comparativo con Gran Bretaña, Go, *Patterns of Empire*, cit. Lo usual hoy es en cambio que el colonialismo continental sobre los pueblos indígenas americanos quede fuera de visión como si el imperialismo estadounidense comenzara con la apropiación de colonias españolas en 1898: *Colonial Crucible: Empire in the Making of the Modern American State*, Alfred W. McCoy y Francisco A. Scarano (eds.), Madison, University of Wisconsin Press (UWP), 2009, que JMF utiliza. Al inicio de la expansión extracontinental, lo normal era admitir la conexión para defender la continuidad, como mostrara Walter L. WILLIAMS, *United States Indian Policy and the Debate over Philippine Annexation: Implications for the Origins of American Imperialism*, en « Journal of American History », 66 (1980), 4, pp. 810-831, que JMF también maneja.

<sup>(15)</sup> Para esta dimensión en una de sus manifestaciones históricas, Teemu RUSKOLA, *Legal Orientalism: China, the United States, and Modern Law*, Cambridge, Harvard University Press (HUP), 2013, epílogo: *Colonialism without Colonizers*, el interno de China ulterior al *colonialism without colonies* externo de los Estados Unidos. Sin que le lleve a tratar de este extremo, sobre el que tendremos aquí que abundar, JMF cita un capítulo de publicación anticipada donde ya se contemplaba el colonialismo sin colonias, el cuarto, *Canton is not Boston*, con un subtítulo esta versión primera, *The Invention of American Imperial Sovereignty*, en « American Quarterly », 57 (2005), 3, *Legal Borderlands: Law and the Construction of American Borders*, pp. 859-884. Ruskola había anticipado más, desde *Legal Orientalism*, en « Michigan Law Review », 101 (2002), 1, pp. 179-234, hasta *Colonialism without Colonies: On the Extraterritorial Jurisprudence of the U.S. Court for China*, en « Law and Contemporary Problems », 71 (2008), 3, pp. 217-242, y con revisión en 2014, tras el libro por lo tanto, en la red: *Social Science Research Network* (ssrn.com/abstract=1485687). Detallo todo esto por cuanto que luego veremos.

<sup>(16)</sup> Para intento de construcción de Estado a espaldas de las previsiones y los controles de los Estados Unidos, como excepción que, por su inviabilidad final, confirma la regla, Robert L. TSAI, *America's Forgotten Constitutions: Defiant Visions of Power and Community*, Cambridge, HUP, 2014, cap. 1. Para el control durante el periodo transitorio de los territorios aún sin Estados por parte de los Estados Unidos, Go, *Patterns of Empire*, cit., cap 1; Bethel SALER, *The Settlers' Empire: Colonialism and State Formation in America's Old Northwest*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press (UPP), 2015.

colonias, se encuentra más a la vista, aunque no siempre se le mire, en el caso de los Estados Unidos <sup>(17)</sup>. Ante la suya lo tiene JMF, pero no, a mi juicio, en la medida necesaria para ubicar y entender aquel colonialismo constitucional directo sobre pueblos indígenas, éstos sí con sus dinámicas independientes <sup>(18)</sup>.

En particular, se trata de que los pueblos indígenas adoptaron sus políticas propias de diplomacia y violencia combinadas primero ante las colonias británicas y luego en relación a los Estados Unidos incluyendo prácticas de tratados y de confederaciones que la parte indígena entendía en pie de igualdad conforme a sus experiencias precoloniales en el campo de lo que todavía nadie llamaba, ni en América ni en Europa, derecho internacional. La otra parte, la estadounidense, canceló una posibilidad tan clave para la concurrencia pacífica como la confederal con su Constitución definitiva, la de 1787, y desvió la práctica de tratados hacia la duplicidad de un ordenamiento de *domesticidad* según la cual los pueblos indígenas situados en el radio de expansión estadounidense quedaban sujetos en todo caso, con tratados o sin ellos, a la autoridad tutelar de los Estados Unidos <sup>(19)</sup>. De esto de la domesticidad, de una domesticidad jurídica, me ocuparé luego. JMF contempla todo ello desde la perspectiva finalmente vencedora, la estadounidense. La otra, la frustrada de los pueblos indígenas para la misma articulación de unos Estados Unidos en común como una

---

<sup>(17)</sup> Mirándose la incorporación de nuevos Estados en pie de igualdad constitucional por el contingente colonizador más que a los pueblos indígenas afectados es como ha podido seguir negándose que la expansión continental de los Estados Unidos fuera en rigor imperialista: Robert W. WINKS, *American Imperialism in Comparative Perspective*, en *America Compared: American History in International Perspective*, vol. 2, *Since 1865* [1997], Carl J. Guarneri (ed.), Boston, Wadsworth, 2005, pp. 144-159.

<sup>(18)</sup> Fundamentales ahora para el asunto de la duplicidad constitucional en el caso de Estados Unidos respecto inicialmente a los pueblos indígenas, el libro de Aziz RANA, *The Two Faces of American Freedom*, Cambridge, HUP, 2010, caps. 1 y 2, que JMF utiliza a efectos más limitados, y los artículos de Gregory ABLAVSKY, *The Savage Constitution*, en « *Duke Law Journal* », 63 (2014), 5, pp. 999-1089; *Beyond the Indian Commerce Clause*, en « *The Yale Law Journal* », 124 (2015), 4, pp. 882-1345 (la cláusula de comercio es el lugar donde la Constitución menciona a las *Indian tribes*).

<sup>(19)</sup> Francis Paul PRUCHA, *The Great Father: The United States Government and the American Indians*, Lincoln, University of Nebraska Press (UNP), 1984; *American Indian Treaties: The History of a Political Anomaly*, Berkeley, University of California Press (UCP), 1994, ambos utilizados por JMF. El prejuicio de caracterizar los tratados con pueblos indígenas como *anomalía* vamos a confrontarlo. Sobre confederalismo indígena y en concreto sobre el caso, que no fue único, de Haudenosaunee, citaré al tratar de imperialismo sin fronteras registrando bibliografía desatendida por JMF (n. 111).

entidad plurinacional potencialmente superadora del colonialismo, no la identifica. Que el imperialismo heredado de Gran Bretaña era algo cuya superación fue factible y no sólo pensable en su tiempo, por agencia indígena en concreto, conviene dejarlo registrado <sup>(20)</sup>.

JMF se asoma a la historia de los tratados con los pueblos indígenas, pero no persigue la trayectoria de la perversión creciente de su práctica por el supremacismo cultural estadounidense más que por unos intereses económicos que se intentaban, peor que mejor, someter a derecho, a un derecho por su parte culturalmente lastrado <sup>(21)</sup>. JMF atiende en general más a la economía que a la cultura, aunque no deje de incidir en la importancia de ésta. La una no sobra de ningún modo. La otra tampoco sobraría de atenderse en mayor medida <sup>(22)</sup>. Veremos la importancia de una cultura genocida que pasa desapercibida no

<sup>(20)</sup> Robert A. WILLIAMS Jr., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, New York, Routledge, 1999; B. CLAVERO, *Tratados con otros pueblos y derechos de otras gentes en la constitución de Estados por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2005; Cynthia J. VAN ZANDT, *Brothers among Nations: The Pursuit of Intercultural Alliances in Early America, 1580-1660*, New York, Oxford University Press (OUP), 2008; Lisa FORD, *Settler Sovereignty: Jurisdiction and Indigenous Peoples in America and Australia, 1788-1836*, Cambridge, HUP, 2010, caps. 2 y 3. Del primer autor JMF utiliza otra obra no menos esencial: R.A. WILLIAMS Jr., *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, New York, OUP, 1990.

<sup>(21)</sup> Stuart BANNER, *How the Indians Lost Their Land: Law and Power on the Frontier*, Cambridge, HUP, 2005, que JMF utiliza; Robert J. MILLER, Jacinta RURU, Larissa BEHRENDT y Tracey LINDBERG, *Discovering Indigenous Lands: The Doctrine of Discovery in the English Colonies*, New York, OUP, 2010, caps. 2 y 3; Colin G. CALLOWAY, *Pen and Ink Witchcraft: Treaties and Treaty Making in American Indian History*, New York, OUP, 2013; TSAI, *America's Forgotten Constitutions*, cit., cap. 5.

<sup>(22)</sup> Cabe en particular señalarse la insuficiencia respecto a la cultura latamente jurídica, cultura interesante al fondo colonial común a los Imperios vistos, que suele hoy llamarse de derecho internacional: Edward KEENE, *Beyond the Anarchical Society: Grotius, Colonialism and Order in World Politics*, Cambridge, CUP, 2002; Antony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, New York, CUP, 2004; Andrew FITZMAURICE, *Sovereignty, Property, and Empire, 1500-2000*, Cambridge, CUP, 2014, éste con anticipos de los que uno sobre *genealogy of 'terra nullius'* es utilizado por JMF (*terra nullius*, tierra de nadie, es la presunción jurídica que permite la desposesión indígena). Recordemos el conocido dicho de Martin CHANOCK, *Law, Custom, and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Portsmouth, Heinemann, 1998, p. 4: « the law was the cutting edge of colonialism », y el expresivo título de Lindsay Gordon ROBERTSON, *Conquest by Law: How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands*, New York, OUP, 2005, éste utilizado por JMF.

sólo a JMF, pues es una inadvertencia común. Echa sus raíces en la larga tradición del supremacismo civilizatorio europeo occidental, un supremacismo que, entre otras, muchas, culturas profundamente desiguales de la humanidad, se singulariza por la virulencia agresora de sus posiciones y emprendimientos <sup>(23)</sup>.

Mas es una cultura que no funciona naturalmente sobre el vacío, sino ante las culturas de los sectores de la humanidad con los que se encuentra y a los que por lo común no tiene fácil subordinar sin más. Ahí entra toda la historia de las negociaciones y acomodos interculturales. Mientras que no se formó una cultura genocida, la virulencia no fue de entrada letal <sup>(24)</sup>. JMF, como tanta historiografía sobre Imperios, entiende todo esto con otros matices. Respecto a los tratados de los Estados Unidos con los pueblos indígenas, los da por manipulados y desviados de raíz, como « instrumento unidireccional », desde la independencia de las colonias, bajo el peso de los mismos intereses coloniales, tal y como si sólo existiera la visión de una de las partes. De las experiencias confederales con pueblos indígenas JMF se reduce prácticamente a decir que no tuvieron influencia en el federalismo definitivo, lo que no le resta importancia para su momento y significación posterior <sup>(25)</sup>. El resultado es que toda esta historia parece ineluctable,

---

<sup>(23)</sup> Entre la abundante literatura al respecto, por venir precisamente a considerar las raíces culturales del constitucionalismo estadounidense en el supremacismo europeo, R.A. WILLIAMS JR., *Savage Anxieties: The Invention of Western Civilization*, New York, Palgrave Macmillan, 2012, cap. 11: *The Enlightenment Idea of the Savage and the Founders' First Indian Policy*. Para una consideración del colonialismo en términos figurados de virulencia, Lorenzo VERACINI, *The Settler Colonial Present*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2015, cap. 1, en una tradición comparativa que se remonta a un clásico: J.A. HOBSON, *Imperialism: A Study* (1902), New York, Cosimo, 2005, utilizado éste desde luego por JMF.

<sup>(24)</sup> P. WOLFE, *Settler Colonialism and the Elimination of the Native*, en « Journal of Genocide Research », 8 (2006), 4, pp. 387-409, iniciando: « Settler colonialism is inherently eliminatory but not invariably genocidal ». JMF lo cita sin resaltar su cuestión específica (y con un lapsus un tanto freudiano en el título: *nature* en vez de *native*). Sobre acomodamientos constitucionales, bien que fallidos, lo que diré enseguida sobre el momento indígena en Estados Unidos y luego sobre la ciudadanía indígena según Cádiz y los propios pueblos indígenas. Jack P. GREENE, *Negotiated Authorities: Essays in Colonial Political and Constitutional History*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1994, no trata de negociaciones interculturales, sino entre metrópolis de una parte y colonialistas sobre el terreno de otra, el espacio en el que se sitúa sustancialmente JMF, con utilización de esta obra.

<sup>(25)</sup> Es conocido de tiempo el interés en las colonias por el confederalismo indígena: Felix COHEN, *Americanizing the White Man*, en « The American Scholar », 21 (1952), 2, pp. 177-191; Donald A. GRINDE JR., *The Iroquois and the Founding of American*

cantada de antemano, respondiendo a una « lógica profunda » que resulta la de parte vencedora, la lógica de la desposesión indígena ante la ocupación foránea. Lógicas hay más incluso, concurrentes, de esta misma parte, como la de esa cultura genocida que veremos <sup>(26)</sup>. Y están otras, las ajenas al sujeto colonialista; otras perspectivas, las colonizadas, que han quedado eclipsadas. ¿Cabe recuperarlas para integrar el cuadro? No hay posibilidad de respuesta si la pregunta no se formula.

Hagamos una comparación con otro episodio también estadounidense. Tras la abolición de la esclavitud, se pusieron en planta, con la política llamada de *Reconstruction* de los Estados sureños, regímenes de carácter igualitario entre expropietarios de esclavos y exesclavos o afroamericanos previamente libres, prefigurándose un sistema constitucional capaz realmente de superar el de fundamento esclavista instaurado con la independencia <sup>(27)</sup>. La mujer seguía excluida, aunque se

*Nation*, San Francisco, Indian Historian Press, 1979; Bruce E. JOHANSEN, *Forgotten Founders: Benjamin Franklin, the Iroquois and the Rationale for the American Revolution*, Ipswich, Gambit, 1982 (hoy en línea: [ratical.org/many\\_worlds/6Nations/FF.pdf](http://ratical.org/many_worlds/6Nations/FF.pdf)), los dos últimos citados por JMF, lo cual se mantiene durante la primera década de los Estados Unidos, pero se abandona con la Constitución definitiva, como está dicho. La cuestión es entonces la de valorar este giro. JMF lo hace restando importancia al confederalismo indígena (p. 137: « resulta fuera de lugar la vieja idea de una influencia de las tradiciones indias sobre la Constitución norteamericana ») sin apreciar su alcance por la cancelación de posibilidades constitucionales para los propios Estados Unidos. Abunda D.A. GRINDE Jr., *Iroquois Political Theory and the Roots of American Democracy*, en *Exiled in the Lands of the Free: Democracy, Indian Nations, and the U.S. Constitution*, Oren Lyons (ed.), Santa Fe, Clear Light, 1998, pp. 228-280. JMF cita críticas que tienen razón, a mi entender, en lo que toca a la Constitución definitiva, la de 1787, no al primer constitucionalismo estadounidense, el del momento indígena que enseguida subrayo.

<sup>(26)</sup> WOLFE, *Settler Colonialism and the Elimination of the Native*, cit., cuyo objeto es « the logic of elimination ». JMF, pp. 730-735, para « la lógica profunda » de la desposesión. Como estará observándose, no siempre consigno páginas en mis referencias a *La nación imperial*. Aunque el índice de contenidos, que va al frente de la obra para los dos volúmenes, no está desglosado y se reduce a reproducir tan sólo los epígrafes de los largos capítulos, y aunque no haya índice de materias, lo que sería un instrumento precioso para una obra tan extensa y cuya confección habría además ayudado a evitar algunas repeticiones, resulta factible la localización en un orden de exposición que es cronológico alternando por fases los cuatro casos. Tómese ello como un incentivo más para manejar y recorrer la obra.

<sup>(27)</sup> Sobre el carácter nodal de esta fundamentación histórica del constitucionalismo estadounidense en términos estrictos de derecho a la propiedad esclavista, aparte de que esto también se reflejara en su sobrerrepresentación política y en alguna otra disposición constitucional de garantía, B. CLAVERO, *¿Se debe a derechos humanos la abolición de la esclavitud?*, en « Quaderni fiorentini », 44 (2015), pp. 1075-1109. Todavía

produjo una reacción de cierto resabio racista cuestionando que la mujer *blanca* tuviera menos derechos que el hombre *negro*, lo cual no bastaba para contrarrestar la sintonía de algún sector feminista con el abolicionismo y lo que además se enfrentaba con una cultura jurídica en la que la discriminación de la mujer se situaba a un nivel inferior al de las discriminaciones que afectaban a hombres <sup>(28)</sup>. Es un asunto todo éste que apreciaremos mejor cuando nos ocupemos, según ya he anunciado, de la domesticidad en derecho, un factor tan presente en Estados Unidos como en los otros casos <sup>(29)</sup>.

A lo que ahora nos interesa, el empeño de la Reconstrucción fue un episodio efímero, pero JMF le presta la debida atención dedicándole un completo apartado: «*¿A Southern Home Rule?*», el segundo del último capítulo. He ahí un momento afroamericano en el constitucionalismo estadounidense de un interés que llega ciertamente hasta hoy <sup>(30)</sup>. Pues bien, antes de 1787, se había producido el momento

---

hay quien trata del derecho constitucional de la propiedad privada antes de la abolición como si la propiedad esclavista no estuviera ahí incluyéndose en lugar nada secundario: James W. ELY Jr., 'The Sacredness of Private Property': *State Constitutional Law and the Protection of Economic Rights Before the Civil War*, a publicarse en «New York University Journal of Law and Liberty», 10 (2016), anticipado en *Social Science Research Network* (ssrn.com/abstract=2644265). Interesa ahora, cuando escribo, el debate al respecto en el blog *We're History*: werehistory.org/tag/slavery-constitution.

<sup>(28)</sup> Laura F. EDWARDS, *Gendered Strife and Confusion: The Political Culture of Reconstruction*, Urbana, University of Illinois Press, 1997; *Beyond Black and White: Race, Ethnicity, and Gender in the U.S. South and Southwest*, Stephanie Cole y Alison M. Parker (eds.), Arlington, Texas University Press, 2004; *Women's Rights and Transatlantic Antislavery in the Era of Emancipation*, Kathryn Kish Sklar y James Brewer Stewart (eds.), New Haven, YUP, 2007; John T. CUMBLER, *From Abolition to Rights for All: The Making of a Reform Community in the Nineteenth Century*, Filadelfia, UPP, 2008; Laura E. Free, *Suffrage Reconstructed: Gender, Race, and Voting Rights in the Civil War Era*, Cornell University Press (CrUP), 2015.

<sup>(29)</sup> Para Gran Bretaña y Estados Unidos puede compulsarse en una fuente primordial a este efecto que JMF conoce aunque sólo la cite por referencias: William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* [1766-1770], *with Notes of Reference to the Constitution and Laws of the Federal Government of the United States and of the Commonwealth of Virginia* de St. George TUCKER [1803], Clark, Lawbook Exchange, 1996, libro I, *The Rights of Persons*, caps. 14, *Of Master and Servant*, y 15, *Of Husband and Wife*, iniciando con estos capítulos y por dicho orden la materia de la domesticidad que luego veremos.

<sup>(30)</sup> La obra fundamental al efecto es la de un historiador que JMF conoce y aprovecha: Eric FONER, *Reconstruction: America's Unfinished Revolution, 1863-1877* [1988], ed. actualizada, New York, Harper Perennial Modern Classics, 2015. Una obra pionera, y por bastante tiempo aislada, de valorización documentada de este momento

indígena referido, un momento bien concreto que además pujó todavía, por empeño de los pueblos interesados, durante buena parte del siglo XIX. Refiriéndose a los colonos leales a Gran Bretaña, JMF advierte que no han gozado de mucha atención por una historiografía « siempre implacable con los perdedores de cualquier causa », lo que en absoluto se señala para los pueblos indígenas, las víctimas mayores como habremos de confirmar al tratar de genocidio. Nótese el contraste entre momentos. El segundo, o más bien primero, el indígena, no menos interesante hasta hoy que el afroamericano, resulta invisibilizado por *La nación imperial*. Junto a la perspectiva de parte colonizada, el propio sujeto sometido a colonialismo queda velado aunque no deje de nombrarsele <sup>(31)</sup>.

#### 4. *Imperialismo constitucional de España.*

Hay otro caso en el que la humanidad indígena sometida a colonialismo se hace de entrada claramente presente, aunque tampoco de algún modo viva para JMF. Es el caso del constitucionalismo imperial español cuya historia, como ya he advertido, no la prosigue a través de la interiorización del mismo colonialismo por Estados latinoamericanos <sup>(32)</sup>. Se trata entonces en sustancia de la Constitución de 1812, la de Cádiz, bien presentada, frente a toda la insufrible historiografía celebrativa de estos últimos años <sup>(33)</sup>, como caso de constitucio-

---

afroamericano también la cita JMF: W.E.B. DU BOIS, *Black Reconstruction in America: An Essay Toward a History of the Part Which the Black Folk Played in the Attempt to Reconstruct Democracy in America, 1860-1880* [1935], New York, OUP, 2014. Añádase ahora Douglas R. EGERTON, *The Wars of Reconstruction: The Brief, Violent History of America's Most Progressive Era*, New York, Bloomsbury, 2014, y, con perspectiva renovada al considerar testimonios afroamericanos del momento, James W. FOX JR., *Counterpublic Originalism and the Exclusionary Critique*, a publicarse en « Alabama Law Review », 67 (2016), 2, anticipado en *Social Science Research Network* (ssrn.com/abstract=2625253).

<sup>(31)</sup> Citado por JMF, B. CLAVERO, *Why American Constitutional History is not Written*, en « Quaderni fiorentini », 36 (2007), pp. 1445-1547, subrayando que no cabe una historia constitucional de los Estados Unidos sin la atención debida a los pueblos indígenas y su propio constitucionalismo. Añádase ahora Leti VOLPP, *The Indigenous as Alien*, en « UC Irvine Law Review », 5 (2015), 2, pp. 289-395.

<sup>(32)</sup> B. CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, CEPC, 2000; *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre Constituciones mestizas*, México DF, Siglo XXI, 2008, y algún artículo ulterior que también citaré.

<sup>(33)</sup> Ahorrando aquí bibliografía celebrativa con ocasión del reciente bicentenario aunque la haya, por supuesto, aprovechable a otros muchos efectos no tan de

nalismo imperial, de verdadero imperialismo constitucional, en la línea representada por José María Portillo que JMF reconoce <sup>(34)</sup>.

En unos arranques constitucionales, Cádiz fue el único que incluyó directamente a la humanidad indígena en el propio espacio de ciudadanía y derechos. JMF lo registra, pero no lo analiza, cuando dicha participación ciudadana pudo incluso llegar a generar una dinámica política de autonomía y reconstitución políticas de pueblos indígenas que atemorizaría al contingente colonialista sobre el terreno, lo cual a su vez pudo contribuir a la motivación de unas independencias que comenzaron por modular restrictivamente dicha misma ciudadanía indígena en términos de duplicidad. Cádiz genera un *middle ground*

---

primer orden como se pretende, B. CLAVERO, *Cádiz 1812: Antropología e historiografía del individuo como sujeto de constitución*, en «Quaderni fiorentini», 42 (2013), pp. 201-279. Y hago el inciso para traer a la vista algo que debiera y no suele estarlo: el recalcitrante provincianismo de la mayor parte de la historiografía española y buena parte de la latinoamericana en castellano se ha puesto últimamente de relieve por la celebración académica y política de los bicentenarios de Cádiz y de un primer arranque de las independencias de ultramar. A lo que ahora interesa, permanecen ajenas a la renovación de la historia del imperialismo y el colonialismo de la que seguiremos teniendo muestras. En la Unión Europea, la hipoteca no sólo aqueja a España: B. CLAVERO, *Europa hoy entre historia y derecho o bien entre postcolonial y preconstitucional*, en «Quaderni fiorentini», 33-34 (2004-2005), *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, pp. 509-607, en particular, para literatura característicamente española y latinoamericana, pp. 541-555. En todo caso, para un contraste entre historiografías, Martin J. WIENER, *The Idea of 'Colonial Legacy' and the Historiography of Empire*, en «The Journal of the Historical Society», 13 (2013), 1, pp. 1-32.

<sup>(34)</sup> José María PORTILLO, *Crisis atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispánica*, Madrid, Marcial Pons, 2006, con su complemento que, como advierte el propio JMF, también interesa al fenómeno de la duplicidad constitucional, éste en su vertiente metropolitana: *El sueño criollo. La formación del doble constitucionalismo en el País Vasco y en Navarra*, San Sebastián, Nerea, 2006. Para ubicación en coordenadas más ambiguas: Antonio ANNINO, *Acerca de lo imperial en perspectiva comparada*, en «Semata. Ciências Sociais e Humanidades», 23 (2001), *Imperios: luz y tinieblas*, pp. 45-60, concluyendo: «la Nación gaditana no formaba parte ni del imperio – no podía serlo — ni de un estado todavía inexistente»; Tomás PÉREZ VEJO, *El Imperio que quiso ser una Nación: Cádiz 1812*, en *Cádiz a debate: actualidad, contexto y legado*, Roberto Breña (ed.), México DF, Colegio de México, 2015, pp. 63-82. El primero renovó radicalmente la visión de la incidencia local de Cádiz en Nueva España: A. ANNINO, *Cádiz y la revolución territorial de los pueblos mexicanos, 1812-1821*, en *Historia de las elecciones en Iberoamérica, siglo XIX. De la formación del espacio político nacional*, A. Annino (ed.), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica (FCE), 1995, pp. 117-226, que JMF cita.

constitucional que JMF desatiende <sup>(35)</sup>. Es lo habitual, a lo que suele añadirse hoy que del legado de Cádiz en América tanto se resalta el constitucional problemático como se posterga el colonial seguro. Con esto se invisibiliza no sólo el momento indígena gaditano, sino también su rechazo como motivación de la independencia <sup>(36)</sup>.

La incorporación indígena a la ciudadanía también sirvió para mantener el proyecto colonial de ampliación continuada del Imperio. Cádiz hizo suyo el mecanismo colonialista de integración de pueblos aún independientes o mal dominados mediante la acción agresiva de órdenes religiosas. Es algo más común en los imperialismo europeos, por estas y otras latitudes, de lo que la historiografía, JMF inclusive, toma en consideración. Al respecto no hubo diferencias entre constitucionalismos confesionales y no confesionales, sea dicho también de paso <sup>(37)</sup>. Entre unos y otros casos conviene recordar que Constitución

<sup>(35)</sup> Con más de un capítulo interesante a la activación indígena de la ciudadanía gaditana, *Los indígenas en la Independencia y la Revolución Mexicana*, Miguel León-Portilla y Alicia Meyer (eds.), México DF, Instituto de Investigaciones Históricas (UNAM), 2010; añádase J.M. PORTILLO, *Jurisprudencia constitucional indígena. Despliegue municipal de Cádiz en Nueva España*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 81 (2011), pp. 181-206. En Cádiz además hubo representación parlamentaria de una, sólo una, constituyente mayoritaria e institucionalmente indígena, la de «la Nación Tlaxcalteca» según su propio concepto: J.M. PORTILLO, *Fuero indio. Tlaxcala y la identidad territorial entre la monarquía imperial y la república nacional, 1787-1824*, México DF, Colegio de México, 2015, caps. 4-6. Del *middle ground* como espacio de encuentro entre partes colonialista y colonizada diré luego (n. 79).

<sup>(36)</sup> Baste aquí el botón de muestra último, ya posbicentenario, de M.C. MIROW, *Latin American Constitutions: The Constitution of Cádiz and its Legacy in Spanish America*, New York, CUP, 2015, con información muy desigual y haciendo llegar el legado español de tiempos gaditanos, para bien o para mal, nada menos que hasta la actualidad; introducción, concluyendo: «In many ways, the questions presented by the Constitution of Cádiz and its deputies are the same questions put to Latin American constitutionalism today». Mirow destaca el imperialismo de Cádiz, pero entendiéndolo contradictorio con el liberalismo que le atribuye poniéndolo además en primer término, a lo que me referiré (n. 45). JMF, como no contempla la continuidad latinoamericana del colonialismo español, no se enfrenta con la cuestión de la motivación colonial de las respectivas independencias, las criollas o no indígenas.

<sup>(37)</sup> No conozco bibliografía española o latinoamericana relevante sobre la función colonialista de las misiones religiosas en tiempo constitucional. Sobre un caso, el neogranadino, de persistencia de tal mecanismo de conquista colonial, B. CLAVERO, *Nación y naciones en Colombia*, de pronto cito (n. 49). Para el mundo anglosajón, George E. TINKER, *Missionary Conquest: The Gospel and Native American Cultural Genocide*, Minneapolis, Augsburg Fortress, 1993, con un capítulo interesante al colonialismo español en California; *Evangelists of Empire? Missionaries in Colonial History*,

no es sólo lo que se registra por escrito, sino también lo que asume y practica la humanidad a la que se dirige y habilita o también deshabilita.

Es toda ésa una historia, la gaditana, de lo más significativa ciertamente para la cuestión nodal de *La nación imperial* que JMF, como está dicho, no contempla. De hacerlo, hubiera advertido que la duplicidad, porque la programe el Imperio, no se implanta tal cual sobre el terreno <sup>(38)</sup>. De un punto de partida ya estamos igualmente sobre aviso. El imperialismo español distaba de haber dominado la geografía y la humanidad americanas que se atribuía <sup>(39)</sup>. Con esto, los Estados hoy dichos latinoamericanos resultan también, aunque más

---

Amanda Barry, Joanna Cruickshank, Andrew Brown-May y Patricia Grimshaw (eds.), Melbourne, University of Melbourne, 2008; *Native Americans, Christianity, and the Reshaping of the American Religious Landscape*, Joel W. Martin y Mark A. Nicholas (eds.), Chapel Hill, UNCP, 2010, subrayando complejidades, pero con una constancia de partida (pp. 2-3): «The history of Native American conversion is inextricably interwoven with a brutal history of colonialism and conquest», «a vexed history of grossly uneven exchange and extraordinarily painful outcomes». Para el Imperio matriz, sobre misiones, interesa Catherine HALL, *Civilising Subjects: Metropole and Colony in the English Imagination, 1830-1867*, Chicago, UChP, 2002, que JMF utiliza.

<sup>(38)</sup> Para la prosecución de una historia de origen gaditano, con sus duplicidades, entre México y Estados Unidos planteando problemas constitucionales de ciudadanía indígena para el segundo caso, que de entrada la excluía, B. CLAVERO, *Jurisdicciones veteranas y Estados novicios: México y Texas, 1824-1866*, en *El Gobierno de un mundo. Virreinos y Audiencias en la América Hispanánica*, Feliciano Barrios (ed.), Cuenca, Universidad de Castilla La Mancha, 2004, pp. 1093-1130; *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, The Robbins Collection, 2005, cap. 2; *Constitución de Cádiz y ciudadanía de México*, en *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, Carlos Garriga (ed.), México DF, Instituto Mora, 2010, pp. 139-171, en relación también a ciudadanía indígena en Estados Unidos por traslación de territorios mexicanos. JMF cita el primero, *Jurisdicciones veteranas y Estados novicios*.

<sup>(39)</sup> Matthew RESTALL, *Seven Myths of the Spanish Conquest*, New York, OUP, 2003 (ed. española, Paidós, 2004), cap. 4: 'Under the Lordship of the King': *The Myth of Completion*; cap. 6: 'The Indians Are Coming to an End': *The Myth of Native Desolation*. Tras cerca de doscientos años de asalto, por parte de los Estados, a territorios que no dominaban cuando se independizaron, todavía hay pueblos indígenas independientes por Latinoamérica: *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en la Amazonía y el Gran Chaco*, Alejandro Parellada (ed.), Copenhagen, International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), 2007. La historiografía aún suele abordar el asunto como si los pueblos indígenas no fuera ni siquiera parte del contencioso territorial y cultural americano: Tamar HERZOG, *Frontiers of Possession: Spain and Portugal in Europe and the Americas*, Cambridge, HUP, 2015.

doméstica y modestamente, Imperios <sup>(40)</sup>. Pero ésta es historia, toda ella, por hacer, ahora en las trazas que ya se están siguiendo respecto al primer colonialismo de los Estados Unidos, el continental, pues el caso no es tan dispar <sup>(41)</sup>. Comienza por ignorarse la premisa de que, incluso bajo el dominio español y no sólo frente a él, habían resistido pueblos en el sentido cultural, más que local; pueblos que solían significativamente identificarse en castellano y en otras lenguas europeas como *naciones* y que entonces, con la ciudadanía gaditana, podían en sus latitudes pujar <sup>(42)</sup>.

A JMF lo que le interesa es la prosecución de aquella historia para la metrópolis que seguiría siendo Imperio, España, y para las colonias supérstitas, Cuba, Puerto Rico y Filipinas básicamente, no ya para el continente, lo que le lleva al momento clave del último periodo de vigencia de la Constitución de Cádiz, en 1836. Es cuando se da el giro pronunciado del establecimiento de un régimen explícito de duplicidad mediante la exclusión de las colonias del ejercicio de ciudadanía y de la garantía de derechos de la metrópolis, lo que podrá mantenerse a mayor rendimiento, tras la apropiación de dichas islas por el imperialismo estadounidense en 1898, para colonias africanas, que ahí también

---

<sup>(40)</sup> Para un caso bien expresivo por partir de una frontera formalmente demarcada con indígenas y acabar expandiéndose hasta fuera, bien lejos, del continente, B. CLAVERO, *Reconocimiento Mapuche de Chile: Tratado ante Constitución*, en «Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina», 7 (2007), pp. 17-44; *Los pueblos indígenas y el derecho*, José Aylwin (ed.), Santiago de Chile, Lom, 2013, caps. 1 y 4; *Los derechos del pueblo Rapa Nui en la Isla de Pascua. Informe de Misión Internacional*, Copenhague, IWGIA, 2013.

<sup>(41)</sup> BURBANK y COOPER, *Empires in World History*, cit., tampoco tienen ojos, como suele ocurrir, para el colonialismo interno de los Estados latinoamericanos. Horst PIETSCHMANN, *Consideraciones en torno al problema del estudio del derecho indígena colonial*, en *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, vol. 2, Madrid, Universidad Complutense, 1991, pp. 7-17, testimoniaba que, no hace tanto, la cuestión de la continuidad colonial ni siquiera se identificaba respecto a América Latina en las convocatorias de encuentros internacionales.

<sup>(42)</sup> Para el espacio mexicano, James LOCKHART, *The Nahuas After the Conquest: A Social and Cultural History of the Indians of Central Mexico, Sixteenth Through Eighteenth Centuries*, Stanford, Stanford University Press (SUP), 1992; M. RESTALL, *The Maya World: Yucatec Culture and Society, 1550-1850*, Stanford, SUP, 1997; Kevin TERRACIANO, *The Mixtecs of Colonial Oaxaca: Nudzahui History, Sixteenth Through Eighteenth Centuries*, Stanford, SUP, 2001; Karen D. CAPLAN, *Indigenous Citizens: Local Liberalism in Early National Oaxaca and Yucatan*, Stanford, SUP, 2010, sólo el primero citado por JMF.

estaban <sup>(43)</sup>. El constitucionalismo español seguiría siendo, con colonias, imperial, aunque ahora de diverso modo, el inverso al de franqueamiento de ciudadanía y derechos. Ahí tenemos la duplicidad concreta que está en el origen del planteamiento de *La nación imperial* al cabo de un par de décadas de que JMF la advirtiera <sup>(44)</sup>.

Las implicaciones, consecuencias y peripecias del desdoblamiento constitucional ultramarino español se dirimen para JMF prácticamente en exclusiva entre metropolitanos en casa y colonialistas en la diáspora, aun presentando para otros unos efectos tan palmarios como el inmediato de la cancelación definitiva de la ciudadanía indígena en Filipinas. Al tanto de todo esto, como en superior medida de la continuidad de la esclavitud que no había sido ni siquiera afectada por las previsiones de la Constitución de Cádiz, aunque algo lo fuera por sus efectos, JMF sigue sustancialmente moviéndose en la duplicidad y la dialéctica, no entre colonizadores y colonizados, esclavos en su caso, sino entre imperialistas caseros y colonialistas sobre el terreno. Hablo de unos y otros en términos de posición no personal o subjetiva, sino funcional u objetiva. De posiciones políticas de unos agentes no deja de ocuparse JMF.

Cádiz se presenta por JMF como un caso de constitucionalismo no sólo imperial, sino también liberal, de un liberalismo homologable a los presuntos liberalismos imperiales de los otros tres casos <sup>(45)</sup>. Por

<sup>(43)</sup> Centrado en la duplicidad constitucional y contemplando un escenario de confluencia y solapamiento de colonialismos sin fronteras que luego consideraremos (epígrafe 8), B. CLAVERO, *Bioko, 1837-1876. Constitucionalismo de Europa en África derecho internacional consuetudinario del trabajo mediante*, en « Quaderni fiorentini », 35 (2006), pp. 429-556, utilizado por JMF a efectos más específicos.

<sup>(44)</sup> JMF, *Why were Spain's special overseas laws never enacted?*, en *Spain, Europe and the Atlantic World. Essays in honor of John H. Elliott*, Richard L. Kagan y Geoffrey Parker (eds.), Cambridge, CUP, 1995, pp. 335-349; ed. española, Marcial Pons, 2001, pp. 439-462; versión española en *Gobernar colonias*, cit., pp. 71-93. JMF, p. XI, confirma que fue su primera aportación a la problemática imperial. La disociación entre metrópolis y colonias la relativiza ahora Julia SOLLA, *Ultramar excepcional. La construcción de un espacio jurídico para España y sus colonias, 1837-1898*, en « Rechtsgeschichte – Legal History », 23 (2015), pp. 222-238, bien que sin confrontar el planteamiento actual de JMF.

<sup>(45)</sup> Sobre el caso que más se significa al efecto de Gran Bretaña, críticamente: Udai Singh MEHTA, *Liberalism and Empire: A Study in Nineteenth-Century British Liberal Thought*, Chicago, UChP, 1999; S. MUTHU, *Enlightenment Against Empire*, Princeton, PUP, 2003; J. PITTS, *A Turn to Empire: The Rise of Imperial Liberalism in Britain and France*, Princeton, PUP, 2005; Jeanne MOREFIELD, *Covenants without Swords: Idealist Liberalism and the Spirit of Empire*, Princeton, PUP, 2005; Karuna MANTENA, *Alibis of Empire: Henry Main and the Ends of Liberal Imperialism*, Princeton, PUP, 2010;

*liberal* JMF entiende constitucional (« liberal lo empleo, por lo general, en el sentido descriptivo y conceptual al mismo tiempo de un espacio donde existen representación política y derechos establecidos en sentido moderno »), según un uso historiográfico anglosajón no exento en sí de equívoco, por todas las implicaciones tanto pretéritas como, aún más, actuales del término de liberalismo, y que pone particularmente en riesgo de desorientación el abordaje de la Constitución de Cádiz <sup>(46)</sup>. ¿Fue tan homologable con los otros imperialismos constitucionales? El actual estado de la investigación no parece que lo avale <sup>(47)</sup>. La propia singularidad de la ciudadanía indígena en un contexto de historia comparada debería haber puesto en guardia.

---

Theodore KODITSCHKEK, *Liberalism, Imperialism, and the Historical Imagination: Nineteenth-Century Visions of a Greater Britain*, New York, CUP, 2011; *Liberal Imperialism in Europe*, Mathew P. Fitzpatrick (ed.), New York, Palgrave Macmillan, 2012; D. ARMITAGE, *Foundations of Modern International Thought*, New York, CUP, 2013; Andrew SARTORI, *Liberalism in Empire: An Alternative History*, Oakland, UCP, 2014; Duncan BELL, *Remaking the World: Essays on Liberalism and Empire*, anunciado por PUP para 2016, el primero y el tercero utilizados por JMF; el antepenúltimo conocido por algunos artículos anticipadores. Frente a la pretensión imperante de existencia histórica de imperialismos liberales, más allá de la autoidentificación de bastantes imperialistas, GO, *Patterns of Empire*, cit., cap. 2 ya citado. Para el escenario cultural del imperialismo presuntamente liberal, Bruce MAZLISH, *Civilization and its Contents*, Stanford, SUP, 2004, caps. 2-4; Brett BOWDEN, *The Empire of Civilization: The Evolution of an Imperial Idea*, Chicago, UChP, 2009. Para una conclusión interlocutoria, A. FITZMAURICE, *Neither neo-Roman nor Liberal empire*, en « Renaissance Studies », 26 (2012), 4, pp. 479-604, introduciendo un monográfico.

<sup>(46)</sup> Para contraposición de planteamientos con el dichoso equívoco del liberalismo no contextualizado de por medio, *La Constitución de Cádiz: Historiografía y conmemoración. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, José Álvarez Junco y Javier Moreno Luzón (eds.), Madrid, CEPC, 2006. Para su despliegue, R. BREÑA, *El primer liberalismo español y los procesos de emancipación de América, 1808-1824. Una revisión historiográfica del liberalismo hispano*, México, Colegio de México, 2006, que JMF utiliza. ¿Algún contexto adverso? En tiempos gaditanos *liberal* todavía podía mantener su sentido histórico de raíz antidoral (B. CLAVERO, *Antidora: Antropología católica de la economía moderna*, Milán, Giuffrè, 1991), con lo que « Constitución liberal », que se le decía en efecto en su momento, significaba ante todo Constitución generosa bajo la idea nada *liberal* de que « la Nación », esto es el Estado, la dispensaba.

<sup>(47)</sup> Citado por JMF sin debatir ni reflejar sus posiciones, C. GARRIGA y Marta LORENTE, *Cádiz, 1812. La constitución jurisdiccional*, Madrid, CEPC, 2007, con apéndice historiográfico de B. Clavero. Para reflexión más reciente en la misma línea, J.M. PORTILLO, *Proyección historiográfica de Cádiz. Entre España y México*, en « Historia Crítica » (Revista de la Universidad de Los Andes de Colombia), 54 (2014), pp. 49-74. Y añádase por medio *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispano, 1808-1826*, M. Lorente y J.M. Portillo (eds.), Madrid, Cortes Generales, 2012.

La misma, tal ciudadanía indígena, se comprende dentro de un paradigma no estrictamente liberal en su sentido historiográficamente convencional, sino jurisdiccional y corporativo con buena parte todavía de su trasfondo histórico de estratificaciones personales y colectivas, lo cual además implicaba una forma de representación distinta a la política que hoy entendemos <sup>(48)</sup>. También hubo en todo esto sus duplicidades. Para aquel constitucionalismo, el gaditano, la ciudadanía indígena nunca estuvo en pie de igualdad, aparte de que la inclusión y sus condiciones no contasen con su consentimiento, circunstancia que no suele ni advertirse <sup>(49)</sup>. No hay base para presumir que, agradeciendo el detalle, se plegara a unos condicionamientos. En situación de sometimiento colonial, es humano simular la subordinación, pero no asumirla. Tampoco hacía falta que adviniera un sistema constitucional para que se tuviera noción de los propios derechos, particularmente de los comunitarios <sup>(50)</sup>.

---

<sup>(48)</sup> M. LORENTE, *La nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2010; María Teresa CALDERÓN y Clément THIBAUD, *La majestad de los pueblos en la Nueva Granada y Venezuela, 1780-1832*, Bogotá, Taurus, 2010; Daniel GUTIÉRREZ ARDILA, *Un Nuevo Reino. Geografía política, pactismo y diplomacia durante el interregno en Nueva Granada, 1808-1816*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010. JMF cita los dos primeros.

<sup>(49)</sup> B. CLAVERO, *Claiming for History: An American Hard Case*, en « Rechtsgeschichte — Legal History », 4 (2004), pp. 28-37; *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. 70-137.

<sup>(50)</sup> No sólo porque pueda interesar más cercanamente a Filipinas, baste invocar trabajos sobre concepciones y dinámicas de comunidades campesinas de James C. SCOTT, *The Moral Economy of the Peasant: Rebellion and Subsistence in Southeast Asia*, New Haven, YUP, 1977; *Weapons of the Weak: Everyday Forms of Peasant Resistance*, New Haven, YUP, 1985; *Dominance and the Arts of Resistance: Hidden Transcripts*, New Haven, YUP, 1990 (*Los dominados y el arte de la resistencia*, Era, 2000); *Decoding Subaltern Politics: Ideology, disguise, and resistance in agrarian politics*, New York, Routledge, 2013, entre cuyas dos primeras obras citadas no veo un giro tan pronunciado respecto a una cultura comunitaria de derechos como el que le achaca Timothy MITCHELL, *Everyday metaphors of power*, en « Theory and Society: Renewal and Critique in Social Theory », 19 (1990), pp. 545-577. Para abanico de posiciones, *The Anthropology of the State: A Reader*, Aradhana Sharma y Anil Gupta (eds), Oxford, Blackwell, 2006. No faltan quienes tentativamente apunten en la dirección digamos que scottiana para Cádiz en América: Claudia GUARISCO, *La Constitución de Cádiz y la participación política popular en la Nueva España, 1808-1821. Balance y nuevas perspectivas*, en « Revista Complutense de Historia de América », 33 (2007), pp. 55-70, en p. 58: « queda

Y ya he dicho que las evidencias apuntan en otro sentido. En todo caso, lo que conviene resaltar es que la ciudadanía indígena del constitucionalismo gaditano y su suerte ulterior durante el siglo XIX en los Estados latinoamericanos es un asunto que está clamando por investigación. El punto de partida es reconocerlo. Y disponerse a aprender de la historia comparada para no seguir cometiendo ingenuidades por el peso persistente de prejuicios todavía coloniales o, cabe decir, de una cultura de sesgo marcadamente aún colonialista especialmente en medios españoles y latinoamericanos.

El asunto presenta implicaciones más generales respecto a unas presuposiciones no controladas sobre las virtudes de participaciones y ampliaciones de ciudadanía. Como es usual, JMF no se plantea la falta de un consentimiento ni el alcance de unas condiciones para ningún caso de extensión de nacionalidad o de ciudadanía a indígenas o a exesclavos <sup>(51)</sup>, no lo digo en femenino porque esta participación no se contempló en el terreno estrictamente constitucional durante aquel largo siglo XIX de manera que pudiera interesar a los sectores colonizados. Había más factores adversos de los que suelen tenerse ante la vista. Es todo éste un asunto que no resulta fácilmente comprensible si no nos detenemos en el extremo ya aludido de la domesticidad.

##### 5. *Domesticidad articuladora de constitucionalismo y colonialismo.*

Una clave de Cádiz para la jerarquía personal y colectiva era compartida por los otros tres constitucionalismos imperiales, la de *domesticidad* jurídica que JMF identifica respecto al tratamiento de la humanidad indígena por parte de los Estados Unidos y en relación a trabajadores no propietarios en el constitucionalismo francés, pero sin

---

por determinar el impacto del *Ethos* y la Visión del mundo indígena en la cultura política », *mundo* que representaba, como oportunamente puntualiza, la mayoría. Ambos críticos saben de lo que hablan: T. MITCHELL, *Colonising Egypt*, Cambridge, CUP, 1988, que JMF cita; C. GUARISCO, *Los indios del valle de México y la construcción de una nueva sociabilidad política, 1770-1835*, Zinacantepec, Colegio Mexiquense, 2003.

<sup>(51)</sup> Puede confrontarse, respecto a Estados Unidos, Robert B. PORTER, *The Demise of the Ongwehoweh and the Rise of Native Americans: Redressing the Genocidal Act of Forcing American Citizenship upon Indigenous Peoples*, en « Harvard Blackletter Law Journal », 15 (1999), pp. 107-183 (*ongwehoweh* es pueblo, nación o la propia identidad cultural y política en mohawk; por extensión a otros pueblos confederados, el sujeto constituyente de Haudenosaunee, la llamada Confederación Iroquesa como veremos [nn. 58 y 111]; más extensivamente todavía, la constituyencia de cada pueblo). El autor mantuvo una polémica sobre *The Demise of the Ongwehoweh*: R.B. PORTER, *Two Kinds of Indians, Two Kinds of Indian Nation Sovereignty: A Surreply to Professor LaVelle*, en « Kansas Journal of Law and Public Policy », 11 (2001-2002), 3, pp. 629-652.

relacionar ambos casos. En el de los pueblos indígenas, JMF también ha comprobado que se concretaba en la consideración de los mismos, estuviesen ya a su alcance, ya todavía distantes en territorios ambicionados, como *naciones* en estado de *domesticidad* bajo la *tutela* de los Estados Unidos. Son términos precisos de un ordenamiento de familia ajenos al universo constitucional o, mejor, desdoblados del mismo. Era en efecto la indígena una manifestación, y no la primaria, de entre las varias de dicha categoría jurídica de lo doméstico o familiar. Provenían todas de tiempos preconstitucionales, pero que no sólo se mantuvieron, sino que se potenciaron bajo el sistema constitucional, el de derechos, ciudadanía y representación. También puede proceder de tiempos anteriores el sistema de desdoblamiento, incluida en casos la misma especialización del espacio colonial que JMF destaca como más propio de unos tiempos nacionales <sup>(52)</sup>.

Todo esto resulta clave porque interesa efectivamente a la duplicidad entre los espacios constitucional y colonial, así como neurálgicamente a su entrelazamiento y contaminación, a este extremo básico de *La nación imperial*. En estado de *domesticidad* como extensión regular de la familia patriarcal bajo autoridad o tutela privada o pública de carácter discrecional, con competencia disminuida de la justicia, con derechos así reducidos e intervenidos, se situaban la mujer, el hijo no emancipado, el esclavo, el liberto, el trabajador que hoy diríamos por cuenta ajena, el no-trabajador sin propiedad, el vagabundo o nómada, el no-cristiano... y el indígena incluso converso <sup>(53)</sup>. Es una dimensión del primer sistema constitucional, dimensión propia aunque heredada, adaptación mediante, que hubiera merecido tratamiento conjunto y al detalle. Tiene bien presente JMF, por ejemplo, el dato de la degradación constitucional de la condición de la mujer, pero no lo estudia en

---

<sup>(52)</sup> PORTILLO, *Fuero indio*, cit., p. 30: « un rasgo no menor de la ‘modernidad’ hispana fue la producción de un derecho dicotómico (que distinguía entre espacios ‘de razón’ y otro que quedaba en calidad del propio de una especie de catecúmenos permanentes) que ‘re-espacializó’ los nuevos dominios de la monarquía ». Es duplicación la histórica que subraya y debate en sí y para el momento constitucional ANNINO, *Acerca de lo imperial en perspectiva comparada*, cit.

<sup>(53)</sup> CLAVERO, *Freedom’s Law and Indigenous Rights*, cit., cap. 1. La dependencia doméstica se ha argumentado que llegó a aplicarse a las colonias europeas en cuanto tales y no sólo a los pueblos indígenas, pero esto ha de entenderse sólo como analogía de derecho corporativo, resultando tutelas de entidad diversa: J.P. GREENE, *Peripheries and Center: Constitutional Development in the Extended Politics of the British Empire and the United States, 1607-1788* [1986], New York, W.W. Norton, 2008, p. 10, obra que JMF utiliza a otros efectos; B. CLAVERO, *Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville*, en « Quaderni fiorentini », 24 (1995), pp. 419-468, que JMF cita en una primera versión.

particular conforme a dicho estado compartido con todos los sujetos sometidos a la duplicidad específicamente doméstica <sup>(54)</sup>.

La falta de atención a los estados de domesticidad puede llevar a JMF a repetir tópicos como el de la existencia de « sufragio universal » en las Constituciones españolas de Cádiz y de 1869 cuando en la primera quedaban excluidos no sólo la mujer, sino también el hijo mayor de edad no emancipado, el trabajador por cuenta ajena, tenido igualmente por doméstico, sometido a la autoridad del padre-patrón aunque su trabajo se desarrollase fuera del ámbito familiar, el no censado en parroquia católica y el roma (gitano) no asentado. En 1869 seguían operando las dos primeras exclusiones, inclusive la del hijo mayor de edad, y no se habían todavía despejado del todo secuelas de otras domesticidades; respecto a la laboral, el código civil vendría a reflejarlo pronto <sup>(55)</sup>. La exclusión del trabajador ha sido muy debatida en lo que respecta en concreto a Cádiz, pues se dieron interpretaciones restrictivas de la exclusión por domesticidad, sin que pueda decirse que haya todavía una conclusión modulada y pacífica en la historiografía <sup>(56)</sup>. En todo caso, no es en las constituciones, sino, de haberlos, en los códigos civiles, desde el prototipo napoleónico, donde se formula y como se impone la duplicidad respecto a la mujer y, aunque en sede contractual ya no explícitamente doméstica, al trabajador. JMF lo detecta, pero no lo explora. Sólo considera algún que otro caso de duplicidad añadida cuando el código francés se extiende a colonias <sup>(57)</sup>.

Aun con todo su tratamiento por extenso de la esclavitud, el caso

<sup>(54)</sup> Muy incisivamente para el caso de los Estados Unidos, con una historia que no sólo afecta a la mujer casada, Hendrik HARTOG, *Man and Wife in America: A History*, Cambridge, HUP, 2000. Añádase Amy Dru STANLEY, *From Bondage to Contract*, que enseña cito (n. 61). E interesa ahora (2015), pues se trata de historia que sigue importando, el *Brief of Historians of Marriage and the American Historical Association as 'Amici Curiae' in Support of Petitioners* en el caso *Obergefell et alii* ante la Suprema Corte Federal que ha llevado a constitucionalizar el matrimonio igualitario sin discriminación por orientación sexual: [supremecourt.gov/ObergefellHodges/AmicusBriefs](http://supremecourt.gov/ObergefellHodges/AmicusBriefs).

<sup>(55)</sup> B. CLAVERO, *Derecho liberal y laboral entre código y cultura*, en « Ins Wasser Geworfen und Ozeane Durchquert ». Festschrift für Knut Wolfgang Nörr, Colonia, Böhlau, 2003, pp. 83-103; Jesús VALLEJO, *Paradojas del sujeto*, en *Historia y Constitución*, cit., pp. 173-199.

<sup>(56)</sup> PORTILLO, *Fuero indio*, cit., p. 198: « debemos manejarnos con puras conjeturas », pero dando datos sobre dicha restricción de la domesticidad laboral. Subrayando el carácter extensivo de la categoría de base, CLAVERO, *Cádiz 1812: Antropología e historiografía del individuo como sujeto de constitución*, cit.

<sup>(57)</sup> Ayuda, aun con escasa atención al código, Saliha BELMESSOUS, *Assimilation and Empire: Uniformity in French and British Colonies, 1541-1954*, Oxford, OUP, 2013, prestandosela especialmente a Argelia. Ahora, para un término de la comparación, F.

de la domesticidad del trabajo por cuenta ajena que le sitúa bajo régimen similar se le escapa casi por completo a JMF. Advierte la presencia en las colonias británicas por América y por Australia del *indentured servant*, el trabajador bajo régimen temporal prácticamente de esclavitud a cambio, en un principio y por lo general, del financiamiento de su inmigración desde Europa. « Semiesclavo », le dice JMF, por « servidumbre judicial », lo que no es el caso más general. « Servidumbre contratada » también llama a la condición, lo que es otra cosa. No advierte que el trabajador ordinario, el *hired servant* o contratado, era también eso, *servant* o sirviente por sometido a la autoridad del propietario con la correspondiente disminución radical de derechos. Por otra parte, la práctica de la *indenture* servil, de esta suerte de trabajo forzoso, la da JMF por finiquitada en Estados Unidos con la independencia cuando fue todavía durante bastantes décadas el régimen ordinario de inmigración laboral, encontrándose incluso reconocida y garantizada por la Constitución federal (58).

JMF se refiere al movimiento de mano de obra entre dominios británicos tras la abolición de la esclavitud, sobre todo entre la India y el Caribe, como de « trabajadores contratados », cuando eran *indentu-*

---

COOPER, *Citizenship between Empire and Nation: Remaking France and French Africa, 1945-1960*, Princeton, PUP, 2014.

(58) JMF, pp. 123, 902 y 1075. También asegura que la independencia supuso « la destrucción de la Confederación Iroquesa » (p. 140) cuando Haudenosaunee o, por nombre colonial, dicha confederación llega hasta hoy a caballo sobre la frontera entre Estados Unidos y Canadá: Richard HILL, *Continuity of Haudenosaunee Government*, en *Indians Root of American Democracy*, José Barreiro (ed.), Ithaca, Akwekon, 1992, pp. 166-175; Iris Marion YOUNG, *Hybrid Democracy: Iroquois Federalism and the Postcolonial Project*, en *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, Duncan Ivison, Paul Patton y Will Sanders (eds.), Cambridge, CUP, 2000, pp. 237-258; Gail D. MACLEITCH, *Imperial Entanglements: Iroquois Change and Persistence on the Frontiers of the Empire*, Filadelfia, UPN, 2011; Audra SIMPSON, *Mohawk Interruptus: Political Life Across the Borders of Settler States*, Durham, DUP, 2014; Cecilia MORGAN, *Site of Dispossession, Site of Persistence: The Haudenosaunee (Six Nations) at the Grand River Territory in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, en *Indigenous Communities and Settler Colonialism: Land Holding, Loss and Survival in an Interconnected World*, Zoël Laidlaw y Alan Lester (eds.), New York, Palgrave Macmillan, 2015, cap. 10; Michael Leroy OBERG, *Peacemakers: The Iroquois, the United States, and the Treaty of Canandaigua, 1794*, New York, OUP, 2016. Mal hubieran podido realizarse investigaciones sobre Haudenosaunee en vivo durante pleno siglo XIX de haberse destruido con la independencia: Lewis H. MORGAN, *League of the Ho-Dé-No-Sau-Nee or Iroquois* [1851], New York, Pergamum, 2014. Al asunto regresaré (n. 111).

*red servants*, asimilados temporalmente a esclavos <sup>(59)</sup>. Y no ve los problemas que hubo con los simples trabajadores, ya no digamos con las trabajadoras en familia propia o fuera de ella, por lo que respecta a la construcción histórica de la ciudadanía estadounidense y su ejercicio de derechos tanto privados como de orden político <sup>(60)</sup>. De hecho, el contractualismo de *free labor*, trabajo libre en el mercado, no comienza a imponerse, ni siquiera como ideología, hasta después de la abolición de la esclavitud. Y la domesticidad de la mujer resistirá en mayor medida <sup>(61)</sup>.

---

<sup>(59)</sup> Y esto a pesar de que maneja títulos bien expresivos: Hugh TINKER, *A New System of Slavery: The Export of Indian Labour Overseas, 1830-1920*, Londres, OUP, 1974; David NORHTRUP, *Indentured Labor in the Age of Imperialism, 1834-1922*, New York, CUP, 1995, cuyo primer epígrafe tras entrar en materia distingue el trío de supuestos: « Indentured labor, slavery, and free migrations ». Añádanse *Coerced and Free Migration: Global Perspectives*, David Eltis (ed.), Stanford, SUP, 2002; *Many Middle Passages: Forced Migration and the Making of the Modern World*, Emma Christopher, Cassandra Pybus y Markus Rediker (eds.), Berkeley, UCP, 2007 (*middle passage* es nombre para el tráfico atlántico de esclavos). El régimen de servidumbre laboral se endurecía en el supuesto de deportación por condena penal: Emma CHRISTOPHER, *A Merciless Place: The Fate of Britain's Convicts after the American Revolution*, Oxford, OUP, 2010; Angela WOOLLACOTT, *Settler Society in the Australian Colonies: Self-Government and Imperial Culture*, Oxford, OUP, 2015, cap. 3. Lo que reflejan los títulos citados por JMF no casa sin duda con la imagen que abraja del liberalismo y el humanitarismo británicos, a los que aún me referiré (n. 73). Incluso visiones humanitaristas de este colonialismo constatan de entrada que la *indenture* era en la práctica una forma de esclavitud: Kevin GRANT, *A Civilised Savagery: Britain and the New Slavery in Africa, 1884-1926*, New York, Routledge, 2005, p. 2.

<sup>(60)</sup> Karen ORREN, *Master and Servant Law and Constitutional Rights in the United States during the Nineteenth Century*, en *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age: Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany, and the United States*, Willibald Steinmetz (ed.), Oxford, OUP, 2000, pp. 313-334; Christopher TOMLINS, *Freedom Bound: Law, Labor, and Civic Identity in Colonizing English America, 1580-1865*, New York, CUP, 2010 (y *Forum*, con réplica del autor, en « William and Mary Quarterly », 68, 2011, 4, pp. 701-738); Barbara Young WELKE, *Law and the Borders of Belonging in the Long Nineteenth-Century United States*, New York, CUP, 2010; Kunal M. PARKER, *Making Foreigners: Immigration and Citizenship Law in America, 1600-2000*, New York, CUP, 2015, cap. 4; Alex GOUREVITCH, *From Slavery to the Cooperative Commonwealth: Labor and Republican Liberty in the Nineteenth Century*, New York, CUP, 2015; Edlie L. WONG, *Racial Reconstruction: Black Inclusion, Chinese Exclusion, and the Fictions of Citizenship*, New York, NYUP, 2015.

<sup>(61)</sup> E. FONER, *Free Soil, Free Labor: The Ideology of the Republican Party before the Civil War*, New York, OUP, 1970; Robert J. STEINFELD, *The Invention of Free Labor: The Employment Relation in English and American Law and Culture, 1350-1870*, Chapel

La dependencia de una bibliografía que tiende a reducir la duplicidad a aquella que se produce en el propio seno de la sociedad metropolitana o a la que media entre los sectores imperialistas y colonialistas de centro y de diáspora pesa también en la visión y categorización de lo que se intenta analizar. En el caso a cuyo respecto más se contempla la humanidad sometida a colonialismo, el de los Estados Unidos, se expone, como está dicho, la historia de la duplicidad constitucional en el tratamiento de los pueblos indígenas, bien que no atendiendo a la voz de éstos o, al menos, a los ecos que, dada su empecinada supervivencia, puedan llegar hasta hoy. De haberse hecho, alguna categoría más rigurosa para lo sucedido hubiera emergido. Hay un tiempo pretérito acallado que, por ser presente, conviene abordar en compañía de quienes guardan relación cultural o política, sea personal o colectiva, con el mismo <sup>(62)</sup>.

6. *Genocidios coloniales entre apercibimientos, pocos, y silenciamientos, todos.*

Concretamente se trata de afrontar la formación de una cultura que hoy diríamos genocida en los Estados Unidos y de la efectiva política de exterminio deliberado, no preterintencional, de algunos, bastantes, pueblos <sup>(63)</sup>. Son manifestaciones de un imperialismo, cons-

---

Hill, UNCP, 1991; C. TOMLINS, *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*, Cambridge, CUP, 1993; A.D. STANLEY, *From Bondage to Contract: Wage Labor, Marriage, and the Market in the Age of Slave Emancipation*, Cambridge, CUP, 1998; Stanley L. ENGERMAN, *The Terms of Labor: Slavery, Serfdom, and Free Labor*, Stanford, SUP, 1999; R.J. STEINFELD, *Coercion, Contract, and Free Labor in the Nineteenth Century*, New York, CUP, 2001; L.F. EDWARDS, *The People and Their Peace: Legal Culture and the Transformation of Inequality in the Post-Revolutionary South*, Chapel Hill, UNCP, 2009. JMF conoce *Free Soil, From Bondage to Contract y Terms of Labor*, pero no le sirven para discernir entre esclavitud, servidumbre laboral y trabajo libre todavía contaminado, incluso jurídica y no sólo sociológicamente, de subordinación servil. A este concreto efecto los más útiles son los títulos de Robert Steinfeld.

<sup>(62)</sup> Ward CHURCHILL, *A Little Matter of Genocide: Holocaust and Denial in the Americas, 1492 to the Present*, San Francisco, City Lights, 1997; de este autor JMF utiliza otra obra de similar rigor conceptual más que historiográfico: W. CHURCHILL, *Kill the Indian, Save the Man: The Genocidal Impact of American Indian Residential Schools*, San Francisco, City Lights, 2004. Las evidencias de genocidio se han situado más allá de toda duda razonable con los trabajos que enseguida registro.

<sup>(63)</sup> En los términos de genocidio que vamos a ver, para ambas dimensiones comenzándose por la cultural, Brendan C. LINDSAY, *Murder State: California's Native American Genocide, 1846-1873*, Lincoln, UNP, 2012, caps. 1 a 3; W.L. HIXSON, *American Settler Colonialism*, cit., caps. 2 a 5; «American Behavioral Scientist», 58

titudinal y todo, que quedan, si no fuera del campo de visión de JMF, un tanto desenfocadas en su exposición. El extremo me parece clave no sólo para ayer, sino también para hoy dadas las responsabilidades pendientes por la impunidad histórica de una parte y, de otra, a nuestros efectos profesionales, las secuelas que marcan unos límites a las posibilidades de la historiografía. Se trata del genocidio como elemento de política colonial, lo que dista también de ser un asunto interesante tan sólo para la historiografía o ajeno por completo para la actualidad <sup>(64)</sup>.

*La nación imperial* entra en el capítulo con expresiones como la de « destrucción del mundo » de algún pueblo en relación a la secuela genocida de la incorporación de Texas como Estado ya constituido y de la conquista del *Southwest* con la inmediata elevación a Estado de California. Es el momento para el que JMF cita algún registro bibliográfico sobre « holocausto » para hacer referencia a « propósito genocida » sin otra elaboración de momento que la tópica de la propagación de enfermedades cual paliativo de responsabilidad como si no la hubiera por fomentarse condiciones que provocaban sabidamente epidemias letales. Se añade la preferencia por términos de resultado objetivo, como el de « extinción », en vez de los de acción deliberada, como el de exterminio. Ante las evidencias, en un segundo momento de vuelta al asunto, JMF llega a hablar de « política genocida », nunca de genocidio consumado; más desglosadamente, de « guerra de destrucción » y « táctica de tierra quemada y agotamiento físico » unidas a hambruna y enfermedades; finalmente, ahora: « el exterminio y el confinamiento » <sup>(65)</sup>.

---

(2014), 1, *Indigenous Peoples, Genocide in California, and Politics of the Academy: Intersecting Systems of Domination*. Hay acercamientos comparativos en los mismos términos de genocidio entre casos que vamos a contemplar, el australiano y el estado-unidense: Benjamin MADLEY, *Tactics of Nineteenth-Century Colonial Massacre: Tasmania, California and Beyond*, en *Theaters of Violence: Massacre, Mass Killing and Atrocity throughout History*, Philip G. Dwyer y Lyndall Ryan (eds.), New York, Berghahn, 2012, pp. 110-125. Para ampliar el radio comparativo, *Genocide: A Critical Bibliographic Review*, vol. 8, *Genocide of Indigenous Peoples*, Samuel Totten y Robert K. Hitchcock (eds.), New Brunswick, Transaction, 2001.

<sup>(64)</sup> B. CLAVERO, *Delito de genocidio y pueblos indígenas en el derecho internacional*, en *Los Aché del Paraguay: Discusión de un Genocidio*, A. Parellada y Lourdes Beldi (eds.), Copenhagen, IWGIA, 2008, pp. 23-42; Id., *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América indígena*, Copenhagen, IWGIA, 2011. Para respaldo sobre concepto tan vejado, Id., *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake, and Remake Law with Words*, Milán, Giuffrè, 2008.

<sup>(65)</sup> Russell THORNTON, *American Indian Holocaust and Survival: A Population History since 1492*, Norman, University of Oklahoma Press (UOP), 1987 (cita y glosa de JMF en pp. 714 y 722; para el segundo momento, p. 1176; pero en p. 1180: « *extinction*

Que a JMF le hubiera interesado, a todo ello contribuyó el desdoblamiento de una justicia militar sumaria y de una forma de guerra sin cuartel frente a combatientes no tenidos por regulares que se arbitraron contra mexicanos y se aplicaron más a indígenas <sup>(66)</sup>. Y no deben distinguirse entre excesos privados y responsabilidades públicas desde el momento en que la impunidad y, por ende, la complicidad, como mínimo, de las instancias políticas fue la regla <sup>(67)</sup>. Hubo de todo, inclusive, probadamente, episodios de guerra biológica mediante distribución de mantas infectadas por iniciativa militar en el contexto de la cultura genocida <sup>(68)</sup>.

En fin, habiéndose cometido genocidios reiterados y desapareciendo con ello pueblos enteros sin dejar más trazas que noticias, si

o *segregation*, apropiadas quizás en otros contextos », no serían palabras adecuadas, así ni siquiera extinción, para describir aquellos hechos). Añádase David E. STANNARD, *American Holocaust: Columbus and the Conquest of the New World*, New York, OUP, 1992. El primer momento es el dicho de la expansión a costa de México a mediados del XIX y el segundo, al cabo de pocos años, el de las *Indian Wars* posterior a la Guerra Civil y su potenciación de la Unión, esto es del Imperio: HIXSON, *American Settler Colonialism*, cit., cap. 6.

<sup>(66)</sup> Helen M. KINSELLA, *The Image Before the Weapon: A Critical History of the Distinction between Combatant and Civilian*, Ithaca, CrUP, 2011, cap. 4; John Fabian WHITT, *Lincoln's Code: The Laws of War in American History*, New York, Free Press, 2012, parte II.

<sup>(67)</sup> En los casos raros en los que hubo investigación oficial, sus resultados guardan más valor para la historiografía y la memoria hoy del que tuvo para la justicia entonces: Jerome A. GREENE y Douglas D. SCOTT, *Finding Sand Creek: History, Archeology, and the 1864 Massacre Site*, Norman, UOP, 2004; KINSELLA, *The Image Before the Weapon*, cit., cap. 4; Lindsay CALHOUN, *Public Memory of the Sand Creek Massacre*, Amherst, Cambria Press, 2012; Ari KELMAN, *A Misplaced Massacre: Struggling over the Memory of Sand Creek*, Cambridge, HUP, 2013. En la línea ahora habitual de reconocimiento de memoria sin asunción de responsabilidad, el Sand Creek Massacre National Historic Site es tan reciente como de 2007. LINDSAY, *Murder State*, cit., muestra que en la mayor parte de los casos la responsabilidad pública fue mayor que la de mera complicidad. Añádase, respecto al tópico de mortandad por enfermedades, *Beyond Germs: Native Depopulation in North America*, Catherine M. Cameron, Paul Kelton y Alan C. Swedlund (eds.), Tucson, University of Arizona Press, 2015.

<sup>(68)</sup> Es un asunto que se le reprochó duramente, como si se tratase de una leyenda injuriosa, a CHURCHILL, *A Little Matter of Genocide*, cit.: Thomas BROWN, *Did the U.S. Army Distribute Smallpox Blankets to Indians? Fabrication and Falsification in Ward Churchill's Genocide Rhetoric*, en « Plagiarism: Cross-Disciplinary Studies in Plagiarism, Fabrication, and Falsification », 1 (2006), 9, pp. 100-129, pero las evidencias de esa práctica siguen estando ahí desde época británica: LINDSAY, *Murder State*, cit., pp. 179 y 320; HIXSON, *American Settler Colonialism*, cit., p. 54, por ejemplo.

acaso, de la parte genocida, no cabe hoy integrar en toda su dimensión el cuadro de la denegación, ya no de derechos y representación como colectivos o como individuos, sino de mera humanidad. Son pueblos cuya autorrepresentación se les denegó ayer y ya es imposible hoy <sup>(69)</sup>. ¿Cómo va a hacerse sin su testimonio una historia integral del respectivo Imperio? Sin embargo, con todo, el requerimiento de integración historiográfica de experiencias y perspectivas históricas ni siquiera se formula cuando la perpetración de genocidio y el alcance de los genocidios no se precisan. Tampoco se percibe la existencia de una cultura genocida como elemento del imperialismo constitucional, lo que es el caldo de cultivo del negacionismo más irreductible <sup>(70)</sup>. Las voces muertas están enmudecidas de antemano.

---

<sup>(69)</sup> Karl JACOBY, *Shadows at Dawn: An Apache Massacre and the Violence of History*, New York, Penguin, 2008; Carroll P. KAKEL III, *The American West and the Nazi East: A Comparative and Interpretative Perspective*, New York, Palgrave Macmillan, 2011; LINDSAY, *Murder State*, cit., caps. 4 a 8. Aun negando resueltamente que fuese caso de genocidio, pero con información más que suficiente como para plantearlo, Gary Clayton ANDERSON, *The Conquest of Texas: Ethnic Cleansing in the Promised Land, 1820-1875*, Norman, UOP, 2005, éste utilizado por JMF (p. 714, n. 216): « el mejor trabajo sobre la política con relación a los indios, con olvido absoluto de la otra cara del problema », lo que nunca hace notar en caso contrario, el absolutamente habitual de ignorar la cara genocida o, si se prefiere, de limpieza étnica, eufemismo que sólo marca la diferencia de que no está tipificado hoy como delito y que sirve por lo tanto para eludir la responsabilidad pública pendiente.

<sup>(70)</sup> Para muestra reciente de la postura negacionista que realmente aún prevalece en la historiografía, Alex ALVAREZ, *Native America and the Question of Genocide*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2014. En la órbita negacionista hay una corriente de base estadounidense que imputa genocidio a las víctimas: Nicholas A. ROBINS, *Native Insurgencies and the Genocidal Impulse in the Americas*, Bloomington, Indiana University Press (IUP), 2005; *Genocide by the Oppressed: Subaltern Genocide in Theory and Practice*, A. Robins y Adam Jones (eds.), Bloomington, IUP, 2009, cap. 1 sobre América, con los colonizadores españoles como víctimas de resistencias y rebeliones de pueblos indígenas, en base al propio N.A. ROBINS, *Genocide and Millennialism in Upper Peru: The Great Rebellion of 1780-1782*, Westport, Praeger, 2002. Para antídoto, una muestra de prosecución de estudios dignos, incluyéndose Canadá, no en cambio México como si no fuera América del Norte: *Colonial Genocide in Indigenous North America*, Andrew Woolford, Jeff Benvenuto y Alexander Laban Hinton (eds.), Durham, DUP, 2014. Y sobre la posibilidad efectiva de casos de genocidio colonial de responsabilidad directa no imperial, Mahmood MAMDANI, *When Victims Become Killers: Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*, Princeton, PUP, 2001, cuyo autor conviene saber que es especialista en ciudadanía poscolonial o, mejor, de la posdescolonización: M. MAMDANI, *Citizen and Subject: Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism*, Princeton, PUP, 1996 (trad. al castellano, Siglo XXI, 1998); *Define and Rule: Native as Political*

Respecto a pueblos indígenas de Australia y Nueva Zelanda, JMF se refiere a «desplazamiento y expropiación», «declive» o «derumbe demográfico», «marginación» y «ruina de las poblaciones locales» o hasta, en el caso australiano, «hecatombe» por efecto de la presencia británica, mas, lo mismo que para los Estados Unidos, las evidencias lo que muestran es deliberación homicida colonialista y no sólo daños colaterales (71). He aquí ahora un momento en el que asoma la voz indígena por la existencia de una versión maorí del Tratado de Waitangi con categorías naturalmente distintas a las del texto inglés. Es el instrumento que en 1840 dio entrada formal al imperialismo británico en Aotearoa (Nueva Zelanda), pero una perspectiva de la parte colonizada no se intenta recuperar por JMF, prosiguiéndose con visiones de matriz culturalmente europea, inclusive neozelandesas, pero no distintamente maoríes (72). De atenderse la historiografía referente al genocidio, se vería además cómo la polémica sobre el delito ha abierto el debate acerca de la historia de los pueblos exterminados (73).

---

*Identity*, Cambridge, HUP, 2012. Luego podrá apreciarse por qué distingo posdescolonización de poscolonial (n. 129).

(71) Tony BARTA, *Decent Disposal: Australian Historians and the Recovery of Genocide*, en *The Historiography of Genocide*, Dan Stone (ed.), Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2008, pp. 296-322; Tom LAWSON, *The Last Man: A British Genocide in Tasmania*, Londres, I.B. Tauris, 2014; John DOCKER, *A plethora of intentions: genocide, settler colonialism and historical consciousness in Australia and Britain*, en «*International Journal of Human Rights*», 19 (2015), 1, pp. 74-89, tratando del exterminio probadamente deliberado en Tasmania, lo que JMF (pp. 903-904) presenta como «operaciones militares» que conducen a «la casi extinción». Su base es historiografía australiana profesional pero negacionista: Ann CURTHOYS, *Genocide in Tasmania: The History of an Idea*, en *Empire, Colony, Genocide: Conquest, Occupation, and Subaltern Resistance in World History*, A. Dirk Moses (ed.), New York, Berghahn, 2008, pp. 229-252; B. MADLEY, *From Terror to Genocide: Britain's Tasmanian Penal Colony and Australia's History Wars*, en «*Journal of British Studies*», 47 (2008), 1, pp. 77-106.

(72) JMF (pp. 883-886) se basa esencialmente al efecto en J.G.A. POCCOCK, *Law, sovereignty and history in a divided culture: the Case of New Zealand and the Treaty of Waitangi* [1998], en su *The Discovery of Islands: Essays in British History*, Cambridge, CUP, 2005, pp. 226-255. Confróntense Julie EVANS, P. GRIMSHAW y David PHILLIPS, *Equal Subjects, Unequal Rights: Indigenous People in British Settler Colonies, 1830-1910*, Manchester, Manchester University Press, 2003; Roger MAAKA y Augie FLERAS, *The Politics of Indigeneity: Challenging the State in Canada and Aotearoa New Zealand*, Dunedin, Otago University Press, 2005; Matthew S.R. PALMER, *The Treaty of Waitangi in New Zealand's Law and Constitution*, Melbourne, Victoria University Press, 2008. Para compulsas de posiciones de partida, *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, cit.

(73) En el mismo caso australiano, Henry REYNOLDS, *An Indelible Stain? The Question of Genocide in Australian History*, Ringwood, Viking, 2001; Keith WINDS-

En relación a Australia y otras latitudes de dominio anglosajón, el punto ciego del genocidio también se debe a que *La nación imperial* da reiteradamente por buena la pretensión de un componente « humanitario » en el caso del colonialismo británico cuando en su medio cultural difícilmente cabía lo que hoy entendemos en rigor por humanitarismo (74). En todo pesa la práctica ausencia de la perspectiva de parte realmente colonizada, más completa todavía en los casos de imperialismo con población más o menos clónica mediando sobre el terreno con dinámicas propias. Hay una historiografía tradicional y aún prevaleciente que aborda la historia colonial como si fuera un asunto exclusivo de europeos por geografía en casa y europeos por cultura en la diáspora, tal y como si un tercer elemento, o mejor primero, el sometido precisamente al colonialismo, no existiera o fuera incapaz de manifestarse y actuar por sí mismo. Es una historiografía en la que no encuentra naturalmente cabida el caso del colonialismo continental de los Estados Unidos. Y que no tiene ojos para el genocidio pues su vista no alcanza a la humanidad agredida. Bien sabemos que éste no es el terreno en el que se sitúa JMF, pero gran parte de la historiografía disponible, con la persistencia solapada de la cultura colonialista de Europa y su diáspora, empuja en la dirección.

El escenario que así se perfila afecta a todo el cuadro. El Imperio se contempla desde la metrópolis y la periferia visible es la clónica, aunque hace ya un tiempo que se tiene planteada otra visión, la de que no se entienden bien los Imperios si se piensa que actúan autónomamente desde un centro y sus destacamentos respecto a las sociedades que dominan sin tomar en cuenta que éstas pudieron ser tanto o más relevantes en la determinación del sistema establecido en las diversas

---

CHUTTLE, *The Fabrication of Aboriginal History*, Paddington, Macleay, vols. 1, *Van Diemen's Land 1803-1847*, y 3, *The Stolen Generations 1881-2008, 2003-2009* (Tierra de Van Diemen es nombre colonial de Tasmania; « generaciones robadas », infancia indígena arrancada a sus comunidades); *Whitewash: On Keith Windschuttle's Fabrication of Aboriginal History*, Robert Manne (ed.), Melbourne, Black, 2003, con muchas otras intervenciones y contrarréplicas en esta *history war*. El primer autor es un negacionista sumamente moderado en comparación con el ultraismo desencadenado del segundo; el colectivo rinde testimonio plural del beneficio historiográfico de la polémica sobre colonialismo y genocidio.

(74) CLAVERO, *¿Se debe a derechos humanos la abolición de la esclavitud?*, cit. Puede añadirse la consideración del « humanitarismo » estadounidense como funcional al genocidio indígena a lo largo de HIXSON, *American Settler Colonialism*, cit. Respecto a militancia cristiana, es el tema de TINKER, *Missionary Conquest*, cit. Ya he indicado cómo la imagen humanitaria de un presunto liberalismo británico puede contribuir a que JMF no identifique, aún teniéndolas ante la vista, las formas de trabajo servil promovidas por Gran Bretaña tras la abolición de la esclavitud vitalicia (n. 59).

periferias, sin distinguirse además la humanidad colonizada del continente colonialista, otros centros tanto la una como el otro, la primera desde luego en primer lugar <sup>(75)</sup>. Puestos a contemplar Imperios y colonias, convendría llevar la escala de estudio y el punto de observación al nivel incluso de comunidad en línea con la mejor antropología para el cambio de visión y el discernimiento entre visiones que habrían de ser precisos <sup>(76)</sup>. De la historia particularizada de algunas colonias, no de comunidades, se ocupa JMF, pero la imagen que sigue ofreciendo de los Imperios en más bien compacta a efectos, aunque solo fuere, de la comparación como formaciones singularizadas con sus respectivas características y sus correspondientes fronteras <sup>(77)</sup>.

---

<sup>(75)</sup> Ronald ROBINSON, *Non-European Foundations of European Imperialism: Sketch for a Theory of Collaboration*, en *Studies in the Theory of Imperialism*, Roger Owen y Bob Sutcliffe (eds.), Londres, Longman, 1972, pp. 117-140; F. COOPER y A.L. STOLER, *Between Metropole and Colony: Rethinking a Research Agenda*, en *Tensions of Empire: Colonial Cultures in a Bourgeois World*, F. Cooper y A.L. Stoler (eds.), Berkeley, UCP, 1997, pp. 1-56. Ahora, analítica y comparativamente, GO, *Patterns of Empire*, cit., cap. 2. El estudio más elaborado sobre diversificación colonial en un mismo Imperio por diferencias entre pueblos colonizados nunca pasivos se refiere a caso no contemplado por JMF: George STEINMETZ, *'The Devil's Handwriting': Precoloniality and the German Colonial State in Qingdao, Samoa, and Southwest Africa*, Chicago, UChP, 2007. Respecto a un caso de entre los vistos, de interés no sólo para las Filipinas, Paul A. KRAMER, *The Blood of Government: Race, Empire, the United States, and the Philippines*, Chapel Hill, UNCP, 2006, que JMF utiliza. Hay edición ampliada, 2013, que no he visto.

<sup>(76)</sup> Para obras conocidas que de diverso modo ponen en primer término dicho cambio más radical de perspectivas, Clifford GEERTZ, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretative Anthropology*, New York, Basic Books, 1983, con traducciones y reediciones; Nicholas THOMAS, *Colonialism's Culture: Anthropology, Travel, and Government*, Princeton, PUP, 1994; J.C. SCOTT, *Seeing like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*, New Haven, YUP, 1998. El punto de partida de la posición de pueblos indígenas lo formuló Anna Lowenhaupt TSING, *In the Realm of the Diamond Queen: Marginality in an Out-of-the-Way Place*, Princeton, PUP, 1993, p. 26: « as culturally different subjects » pueden estar « simultaneously inside and outside the state » o, tanto vale, del Imperio; la cita se reproduce al final de una selección de sus páginas introductorias: A.L. TSING, *Politics on the Periphery*, en *The Anthropology of Politics: A Reader in Ethnography, Theory, and Critique*, Joan Vincent (ed.), Oxford, Blackwell, 2002, cap. 26. Reténgase el título *Politics on the Periphery*, que procede de la parte primera del libro.

<sup>(77)</sup> El caso más claro es el del Imperio español preconstitucional con el peso de la historiografía especializada en el ordenamiento imperial que salva las evidencias de factores adversos (desviación, resistencia, retención, contención, negociación, acomodación, renuncia, desconexión, diversificación, irrealidad, simulación...) convirtiéndolos, en la escasa medida en la que los observa, en elemento caracterizador del propio

Y el caso es que hay perspectivas claves que no emergen aunque se advierta que están ahí. Reprocha por ejemplo JMF justamente a Tocqueville su insensibilidad hacia la población argelina, pero no hace por su parte esfuerzo para sintonizar el radar con experiencias o voces amazighs o árabes. En relación a sus cuatro casos imperiales, JMF trata por extenso de la esclavitud colonial, de su abolición y de formas más o menos encubiertas de prosecución de servidumbre humana respecto a la población liberta, pero la parte sometida a tales prácticas no se hace porque cobre vida en el curso del relato a efectos ni analíticos ni comparativos. En algún caso, como el de Haití en particular o el de las Antillas en general, señala JMF la necesidad de atenderla, pero sin seguir su propia sugerencia. Nunca se hacen vivas voces de parte colonizada. Para la mayoría de los casos, habría de comenzarse por contar con un dominio de lenguas más allá de las imperiales (78). El resultado es que, en expresiones de la historiografía estadounidense, JMF se asoma, a lo más, al *middle ground*, el espacio de concurrencia entre colonialistas y colonizados, pero nunca lo hace al *native ground*, el terreno de la parte que pugna con el colonialismo, indígena u otra sumada como la esclava y la liberta (79).

Ya que formulé el interrogante, añadiré que no faltan intentos plausibles de recuperar voces sometidas a colonialismo en un pasado no del todo así perdido para una historiografía que abre la posibilidad de

---

proyecto metropolitano: Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992. La misma categoría de *derecho indiano* es una construcción historiográfica bajo la presunción colonialista de que el ordenamiento en América lo determinaban las instituciones españolas desde la metrópolis o sobre el terreno. Asumiéndola, JMF utiliza otros escritos de dicho autor.

(78) Para el caso de los Estados Unidos cabe ahora confrontar a A. RANA, *Constitutionalism and Colonial Memory*, en « UC Irvine Law Review », 5 (2015), 2, pp. 263-288, y al citado FOX JR., *Counterpublic Originalism and the Exclusionary Critique*. Acerca de Argelia y del conjunto variado de las Antillas no sé lo suficiente para indicar contrastes. Para el primer caso me falta, como a JMF, conocimiento de las lenguas amazigh, la dicha colonialmente bereber, y árabe; para el segundo, manejo de la diversidad de *creoles* o *pidgins*, además por supuesto de las lenguas indígenas.

(79) Richard WHITE, *The Middle Ground: Indians, Empires, and Republics in the Great Lakes Region, 1650-1815* [1991], New York, CUP, 2011; Kathleen DUVAL, *The Native Ground: Indians and Colonists in the Heart of the Continent*, Filadelfia, UPP, 2006, ambos utilizados por JMF. « Indians and Europeans failed to create a lasting middle ground »: Daniel K. RICHTER, *Whose Indian History?*, en « The William and Mary Quarterly », 52 (1993), 2, *The Future of Early American History*, pp. 379-393, en p. 390; Alan TAYLOR, *The Divided Ground: Indians, Settlers, and the Northern Borderland of the American Revolution*, New York, Alfred A. Knopf, 2006, citado por JMF.

recomposición más integral <sup>(80)</sup>. Cabe con todo accederse a perspectiva de parte sometida a colonialismo, la indígena y la esclavizada, que no habría de añadirse a otras perspectivas, sino que debería resultar clave para la clasificación comparativa y el análisis comparado de los imperialismos. Por ejemplo, desde una perspectiva metropolitana puede resultar pacífico que el imperialismo británico y el imperialismo alemán representan dos clases distintas de colonialismo, pero desde la perspectiva indígena la clasificación ha de resultar polémica. Ambos responden a presupuestos culturales y políticos en los que cabe perfectamente el genocidio. En esto la Alemania colonial no se distingue de otros imperialismos <sup>(81)</sup>.

Habría casos a cuyo respecto podríamos encontrarnos con alguna mayor facilidad de acceso a perspectiva colonizada como, sin ir más lejos, el de las islas procedentes del imperialismo español que Estados Unidos se anexionara tras 1898, lo que no se hizo con Cuba, pero sí con Puerto Rico, las Filipinas y la mayor isla de las Marianas, Guam. El caso

---

<sup>(80)</sup> Jodie A. BYRD, *The Transit of Empire: Indigenous Critiques of Colonialism*, Minneapolis, University of Minnesota Press (UMP), 2011; *Native Claims: Indigenous Law Against Empire, 1500-1920*, S. Belmessous (ed.), New York, OUP, 2012; *Decolonizing Native Histories: Collaboration, Knowledge, and Language in the Americas*, Florencia E. Mallon (ed.), Durham, DUP, 2012; Glen Sean COULTHARD, *Red Skin, White Masks: Rejecting the Colonial Policy of Recognition*, Minneapolis, UMP, 2014. Puede también ilustrar la historia de la apropiación de Hawai por los Estados Unidos que cambia cuando vienen a tomarse en consideración fuentes kanaka escritas y orales: Noenoe K. SILVA, *Aloha Betrayed: Native Hawaiian Resistance to American Colonialism*, Durham, DUP, 2004, que JMF cita sin significarlo; J. Kēhaulani KAUANUI, *Hawaiian Blood: Colonialism and the Politics of Sovereignty and Indigeneity*, Durham, DUP, 2008. Desbrozó el terreno Sally Engle MERRY, *Colonizing Hawai'i: The Cultural Power of Law*, Princeton, PUP, 2010. Los estudios de la Universidad de Stanford citados en n. 42, utilizando sistemáticamente fuentes en lenguas indígenas, ofrecen sólida base para otro giro del género. Valga en todo caso la admonición de Nado AVELING, 'Don't talk about what you don't know': on (not) conducting research with/in indigenous contexts, en « Critical Studies in Education », 54 (2013), 2, pp. 203-214.

<sup>(81)</sup> Isabel V. HULL, *Absolute Destruction: Military Culture and the Practices of War in Imperial Germany*, Ithaca, CrUP, 2005, cap. 1; STEINMETZ, 'The Devil's Handwriting', cit., parte I; *German Colonialism: Race, the Holocaust, and Postwar Germany*, Volker Langbehn y Mohammad Salama (eds.), New York, CUP, 2011, parte II. Respecto al colonialismo hispano, el provincianismo dicho también se manifiesta en la ausencia de un debate serio sobre la cuestión clave del genocidio, el español y el latinoamericano, y en la indiferencia hacia el desarrollo de casos comparables con sus beneficios historiográficos (nn. 63, 67-71 y 73). La evidencia y hasta la denuncia se tiene desde temprano: B. CLAVERO, *Genocidio y Justicia. La Destrucción de las Indias, ayer y hoy*, Madrid, Marcial Pons, 2002, caps. 1 y 2; ID., *¿Hay genocidios cotidianos?*, cit., cap. 1.

más interesante al efecto es el filipino por la fuerte presencia mayoritaria de pueblos indígenas en plural con lenguas que siguen vivas hoy. La posibilidad empero no se aprovecha para contraponer perspectivas más allá del *middle ground*. La que importa sustancialmente a JMF es la estadounidense, en particular la que se expresa a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal que, con los llamados *insular cases* por tratarse de islas, hubo de cuadrar el círculo de la anexión de nuevos territorios sin horizonte realista, aunque sólo fuera por el racismo <sup>(82)</sup>, de acabar convirtiéndose en Estados federados y así sin encaje constitucional en los Estados Unidos. Lo que se produjo fue otro desdoblamiento de lo predicadamente constitucional y lo fácticamente colonial entre tantos vistos y no vistos por JMF.

JMF convierte ese relevante episodio del desenvolvimiento del imperialismo estadounidense, el de los *casos insulares*, en el capítulo final de su recorrido histórico tras haber considerado otra ubicación menos significada <sup>(83)</sup>. Son casos ciertamente importantes para la fundamentación jurídica del imperialismo ultracontinental de los Estados Unidos que, de diversas formas, llega hasta hoy <sup>(84)</sup>, pero JMF no entra en esta derivada por concluir su historia comparada con los casos

---

<sup>(82)</sup> KRAMER, *The Blood of Government*, cit., p. 4: « race [...] is a core element in the making of formal colonialism in the Philippines »; utilizado por JMF, aun con cierta tendencia a considerar en cambio el factor racista como una derivada sectorial (n. 120); J. Go, *Empire and the Politics of Meaning: Elite Political Cultures in the Philippines and Puerto Rico during U.S. Colonialism*, Durham, DUP, 2008.

<sup>(83)</sup> En el curso del cap. 12, *Purgatorio constitucional e infierno de leyes especiales*, referente a España, es donde JMF anuncia reiteradamente que el mismo capítulo va a extenderse al tratamiento de los *insular cases* con base a la transferencias de las islas del caso a los Estados Unidos, pero el asunto en efecto finalmente, con buen juicio por sus posibilidades, bien que fallidas, se lleva al término del recorrido histórico: cap. 13 y último, *Bajo el manto de la igualdad: "Southern Home Rule", territorios, reservas e 'insular cases'*. Ya sabemos que « *Southern Home Rule* » es el momento afroamericano.

<sup>(84)</sup> Bartholomew H. SPARROW, *The Insular Cases and the Emergence of American Empire*, Lawrence, University Press of Kansas, 2006, que JMF cita; Ediberto ROMÁN, *The Other American Colonies: An International and Constitutional Examination of the United States' Nineteenth and Twentieth Century Island Conquest*, Durham, Carolina Academic Press, 2006; Lanny THOMPSON, *Imperial Archipelago: Representation and Rule in the Insular Territories under U.S. Dominion after 1898*, Honolulu, University of Hawaii Press, 2010; *Reconsidering the Insular Cases: The Past and Future of the American Empire*, Gerald L. Neuman y Tomiko Brown-Nagin (eds.), Cambridge, Harvard Law School, 2015. Las islas más o menos coloniales no son sólo las que suelen registrarse; por ejemplo, aparte las recibidas de Japón tras la II Guerra Mundial, David VINE, *Island of Shame: The Secret History of the U.S. Military Base on Diego Garcia*, Princeton, PUP, 2009, con política genocida o, si se prefiere, limpieza étnica radical.

insulares. Con sus complejas implicaciones constitucionales y con las dudas respecto a su ubicación, no presenta ese final en todo caso una elaboración suficiente como para poner un broche a la altura de la obra desde la perspectiva que JMF privilegia y más domina, la de parte colonialista <sup>(85)</sup>.

### 7. *Imperio y Estado reduplicados como nación.*

El de los casos insulares no es el único indicio de vacilación en la presentación final de una obra tan vasta. El mismo título, *La nación imperial*, parece de muy última hora trasluciéndose dudas de JMF en el empleo de sus términos titulares. En los colofones de los dos volúmenes que componen la obra el título que figura todavía es otro: *Nación e Imperio*, esos mismos términos en sustantivo ambos, no sólo el primero, y además con mayúsculas. Aunque no tengamos el concepto definido, los Imperios están al menos identificados: Gran Bretaña, España, Estados Unidos, Francia... *Nación* es término más problemático. La exposición transcurre empleándosele, generalmente con minúscula, sin pararse a definirlo. Se habla de Imperio-nación y de Estado-nación arrastrándose la circunstancia de que lo primero esté más identificado que lo segundo. ¿Qué añade *nación* a lo uno o a lo otro, a Imperio o a Estado? ¿Y no es el Estado el mismo Imperio si Nación puede ser ambos? ¿Por qué además se mantiene constante el singular, salvo cuando se llama « naciones indias » a los pueblos indígenas, bien que sin mayor trascendencia para la exposición y por efecto de dependencia bibliográfica? <sup>(86)</sup>. ¿No habría que tomarse el plural en serio? ¿No

---

<sup>(85)</sup> La falta de elaboración puede deberse a que, aun ocupándose de estos *insular cases* y tocando también casos jurisprudenciales referentes a pueblos indígenas, JMF no considera, con toda su importancia, el factor judicial del imperialismo estadounidense: « America's extraterritorial empire was a distinctively *judicial* one » (RUSKOLA, *Legal Orientalism*, cit., p. 172), incluyendo en la justicia imperial desde la Suprema Corte Federal hasta la última jurisdicción consular. ABLAVSKY, *Beyond the Indian Commerce Clause*, cit., p. 1080: « early American legal thought on Natives transmuted into the nineteenth-century international law of empire » por obra de la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal. Para una reevaluación de la posición de la justicia en la historia constitucional comparada, inclusive los Estados Unidos y pueblos indígenas dentro de sus fronteras, B. CLAVERO, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007, citado por JMF.

<sup>(86)</sup> Entre una bibliografía hoy abundante, sirva también el caso de los Estados Unidos para un contraste de muestra en un uso de *nación* que se sitúa en el terreno político sobre base cultural sin entenderse su equiparación con el sentido constitucional de nación que JMF, como tantos y tantas, asume: N. Bruce DHUTU, *Shadow Nations: Tribal Sovereignty and the Limits of Legal Pluralism*, New York, OUP, 2013.

es plurinacional todo Imperio se le aplique o no, adicional o alternativamente, el eufemismo actual de multiétnico? <sup>(87)</sup>

Digo esto porque JMF habla de « imperios multiétnicos », pero reservando la expresión para los Imperios históricos, los preconstitucionales, como si la predicación constitucional de *nación* diluyese por sí sola la persistente plurinacionalidad. En el caso español, se dice que hubo « naciones históricas », aunque sin relacionarse con la multiétnicidad ni comprendiéndose a pueblos indígenas. Cuando se produce en Canadá, en 1867, la primera « devolución » constitucional por parte de Gran Bretaña a favor por supuesto de los colonos, no de los indígenas, JMF habla de erección de un « Estado-nación » en el seno del Imperio. ¿Dónde queda el Imperio-nación igualmente en singular? Aunque se hiciera abstracción completa de la presencia de pueblos indígenas, lo que JMF no hace, y tan sólo se mirase a los elementos británico y francés, como suele hacerse, mal cabe el calificativo de nación. Canadá nunca ha sido ni se ha predicado mononacional, aun existiendo ciertamente aspiraciones a un imposible Estado-nación de base anglosajona <sup>(88)</sup>.

Ni la Francia imperial, por mucho que se empeñase, puede calificarse sin más como nación. Mírese la dependencia más cercana, la Argelia anexionada. Como ya se dictaminó en la época y JMF justamente resalta ocupándose de sus pormenores, fue caso de « monstruosidad jurídica » en materia de nacionalidad y ciudadanía situando a la población musulmana, aun declarada francesa, en la peor condición

<sup>(87)</sup> Desde el subtítulo original perdido en la edición española, BURBANK y COOPER, *Empires in World History: Power and the Politics of Difference*, cit., y desde el mismo arranque: « Throughout history, most people have lived in political units that did not pretend to represent a single people. Making state conform with nation is a recent phenomenon, neither fully carried out nor universally desired », lo que JMF desde luego no impugna salvo implícitamente con sus cualificaciones de nación (*a single people*) en singular. *Legal Pluralism and Empires*, cit., conclusiones de Paul D. Hallyday y de J. Burbank y F. Cooper.

<sup>(88)</sup> Aparte lo ya citado en términos comparativos (n. 72), Charles TAYLOR, *Reconciling Solitudes: Essays on Canadian Federalism and Nationalism*, Montreal, McGill-Queens University Press, 1993; James TULLY, *Strange multiplicity: Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge, CUP, 1995; Will KYMLICKA, *Finding Our Way: Rethinking Multicultural Relations in Canada*, Toronto, OUP, 1998; *Multinational Democracies*, Alain-G. Gagnon and J. Tully (eds.), Cambridge, CUP, 2001; Patrick MACKLEM, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2002; Kiera LADNER, *An Indigenous Constitutional Paradox: Both Monumental Achievement and Monumental Defeat*, en *Patriation and its Consequences: Constitution Making in Canada*, Lois Harder y Steve Patten (eds.), Vancouver, University of British Columbia Press, 2015, cap. 13.

para lograr garantía de derechos de manos de la potencia colonial, el correspondiente Imperio <sup>(89)</sup>. Nación era coartada de Imperio, cobertura de colonia. ¿El uso va a ser ahora en cambio inocente? ¿Lo sana retrospectivamente el transcurso del tiempo? La monstruosidad jurídica no es sino la monstruosidad colonial con todas sus duplicidades y especializaciones <sup>(90)</sup>.

JMF mantiene el singular de nación calificando a Imperio o a Estado hasta para casos de patente plurinacionalidad en la misma metrópolis, como sea el de Gran Bretaña o el de España. Podría incluso decirse lo propio durante el siglo XIX para Francia <sup>(91)</sup>. Ya no digamos de Estados Unidos. ¿No es en sí entonces la ocurrencia de Imperio-

---

<sup>(89)</sup> La expresión, en concreto «legal and political monstrosity», se utilizó también ante consecuencias de la identificación arbitraria del derecho aplicable, sin posible cobertura constitucional, por la *Court for China* de Estados Unidos, en realidad tribunal *en* China para casos de y contra estadounidenses, así de colonialmente, a lo que ya me he referido: RUSKOLA, *Legal Orientalism*, cit., pp. 295-296, nm. 69-72. Para la ciudadanía estadounidense en China la «monstruosidad jurídica» implicaba acogerse a jurisdicción de Estados Unidos sin poder hacerlo a su Constitución, a la correspondiente garantía de derechos, el enésimo desdoblamiento colonial al cabo. El embrollo y la manipulación entre nacionalidad y ciudadanía que JMF contempla en la Argelia francesa también se da en espacios coloniales del Imperio estadounidense: «American Quarterly», 57 (2005), 3, monográfico sobre *Legal Borderlands: Law and the Construction of American Borders*; Christina Duffy BURNETT, 'They say I am not an American...': *The Noncitizen National and the Law of American Empire*, en «Virginia Journal of International Law», 48 (2008), 4, pp. 659-718.

<sup>(90)</sup> Vale la pena reproducir la descripción, más realista en todos sus elementos de lo que pueda parecer, del derecho aplicado por la *Court for China* que RUSKOLA, *Legal Orientalism*, cit., p. 174, construye emulando la famosa clasificación china de los animales fraguada por la fantasía de Jorge Luís Borges: «In China, American law is divided into: (a) compradore [sic] custom belonging to the Emperor, (b) Unequal Treaties written at gunpoint, (c) anything but the Constitution, (d) the Code of the Territory of Alaska, except when not, (e) parts of the Code of the District of Columbia (perhaps) but not its penalties (unless we like them), (f) innumerable, (g) the common law, but only if really old, yet not too old, (h) fabulous, (i) again, not the Constitution, (j) prisons in the Philippines, (k) not included in the present classification, (l) et cetera, (m) having just been repealed in Alaska, (n) that from a long way off looks like law». Los ordenamientos del Distrito Federal y de Alaska se aplicaban efectivamente en China. Las penas solían cumplirse en Filipinas. Y la Constitución estaba fuera de juego.

<sup>(91)</sup> Recuérdese, aunque no estuviera todavía disponible el lenguaje de la plurinacionalidad ni acudiera de hecho a su problemática, pero muy expresivo al efecto, Eugen WEBER, *Peasants into Frenchmen: The Modernization of Rural France, 1870-1914*, Stanford, SUP, 1976 (título francés un tanto elusivo, *La fin des terroirs*, Fayard, 1984). Para algo equivalente respecto a Gran Bretaña, aunque concluya en fecha bien prematura, Linda COLLEY, *Britons: Forging the Nation, 1707-1837*, New Haven, YUP, 1992;

nación la definitiva monstruosidad jurídica y, con ello, historiográfica? Con todo, la categoría de *nación* que maneja JMF a lo largo de su exposición histórica es la de mera predicación constitucional aún en los casos en los que ésta no se produce. Bastaría con que se formule en el seno del Imperio, aparte duplicidades, la panoplia de derechos, representación y ciudadanía, con lo que, para la terminología de JMF, *nacional* viene a corresponderse con *liberal*, como hemos visto. Nación sería entonces sujeto de libertad, se confirme o no. En tal predicado nacional concebido para la metrópolis y expansivo hacia las colonias se cifraría para JMF « su sentido contemporáneo », el de nación. Aparte presunciones, a la hora de la verdad resulta un concepto pleonástico con Estado y, en su caso, miméticamente, con Imperio. ¿Qué aporta su emparejamiento con lo uno o con lo otro? La cuestión resulta intrigante a la luz de las mismas evidencias nutridas que se aportan. Y más lo sería de añadirse otros casos <sup>(92)</sup>.

En unas precisiones terminológicas al inicio de su obra, que no alcanzan al concepto de *nación* y donde se encuentra la definición citada de *liberal*, JMF se muestra receloso de cara a identidades supraindividuales, con toda razón desde luego respecto a clasificaciones masivamente excluyentes o discriminatorias flagrantes que contempla. Mas haberlas, haylas de todo tipo desde luego, como se refleja en las mismas

---

añádase Rieko KARATANI, *Defining British Citizenship: Empire, Commonwealth and Modern Britain* [2003], Londres, Routledge, 2014, que JMF utiliza. Para España hay una abundante y por lo general exitosa literatura, pero nada a mi juicio equiparable acerca de la base de la plurinacionalidad ni de los avances de la nación en singular no sólo política, sino también cultural. La anacronía más flagrante todavía puede primar no sólo respecto al último par de siglos: José Antonio MARAVALL, *El concepto de España en la Edad Media* [1954], Madrid, CEPC, 2013. El trasfondo ideológico de la obra de editorial pública en sus varias impresiones, en comunión con una dictadura que había abolido las autonomías constitucionales de Cataluña y el País Vasco, si en algo pesa todavía, es más en la historiografía que en la política (nn. 139 y 140). Para el contexto, Ignacio PEIRÓ, *Historiadores en España. Historia de la historia y memoria de la profesión*, Zaragoza, Presas de la Universidad de Zaragoza, 2013.

<sup>(92)</sup> BURBANK y COOPER, *Empires in World History*, cit., cap. 11, último apartado, afrontan el binomio *Nation and Empire* a la luz de las políticas de la diferencia de otras experiencias imperiales, la rusa, la otomana y la austriaca, contemplando el factor nacional como una variable entre otras de identidad colectiva en el ámbito del imperio-no-nación y pudiendo tener más a la vista la pluralidad de naciones en concurrencia por ser europeas, como la polaca, la checa, la húngara, la búlgara... y un etcétera largo si también contamos, como debiéramos, las que no llegarían a formar Estados. En *Empires in World History* tal visibilidad es también inferior, cuando no nula, respecto a naciones extraeuropeas salvo que formasen a su vez Imperio o deviniesen Estado-no-del-todo-nación.

páginas de *La nación imperial*, comenzándose por la propia presunción de la nación como entidad colectiva realmente existente por su predicción constitucional. Comparecen de hecho también colectividades de momento prenatal o previo a la constitución de Estado. Refiriéndose a Cuba, Puerto Rico y las Filipinas en las postrimerías del siglo XIX, JMF habla de « sociedades con fuertes personalidades colectivas »<sup>(93)</sup>. Algo tan elocuente no dice ni contempla, aun viniéndosele a la vista, respecto a pueblos indígenas sometidos a colonialismo, tampoco en relación a los diversos del archipiélago filipino resistentes tanto a España como a los Estados Unidos. Ni en uno ni en otro periodo, por mucho que se resistieran entonces y por mucho que ahora JMF se extienda en la consideración del caso, se hace presente su « personalidad » como pueblos distintos.

Lo más que se señala para las Filipinas es la diversidad de « grupos étnicos (por llamarlo de algún modo) », con paréntesis suyo, de JMF. Pese a la mortandad provocada sucesivamente por ambos imperialismos, el español y, en mayor medida o al menos más intensivamente, el estadounidense<sup>(94)</sup>, ahí siguen esos pueblos en plural incluso en las Filipinas independientes que, como es regla en las independencias frente a Imperios, no descolonizan internamente<sup>(95)</sup>. Al contrario que para los casos vistos y salvo referencia a alguna masacre, del costo humano del colonialismo en Filipinas JMF no se

---

(93) JMF ha coeditado un libro en el que « personalidad colectiva » hace acto de comparecencia directamente como « identidad nacional »: *Imperios y Naciones en el Pacífico*, vol. 2, *Colonialismo e Identidad Nacional en Filipinas y Micronesia*, M<sup>a</sup> Dolores Elizalde, J.M. Fradera y Luis Alonso (eds.), Madrid, CSIC, 2001, cuya presentación, suscrita por los tres editores, ubica « la consolidación de la identidad nacional filipina [...] en las últimas décadas del siglo XIX ».

(94) *The American Colonial State in the Philippines: Global Perspectives*, J. Go y Anne L. Foster (eds.), Durham, DUP, 2003; KRAMER, *The Blood of Government*, cit., cap. 2; A.W. McCoy, *Policing America's Empire: The United States, the Philippines, and the Rise of the Surveillance State*, Madison, UWP, 2009, parte II, que JMF cita; Michael H. Hunt y Steven I. Levine, *Arc of Empire: America's Wars in Asia from the Philippines to Vietnam*, Chapel Hill, UNCP, 2012, cap. 1, que no es mera historia bélica; HIXSON, *American Settler Colonialism*, cit., cap. 8.

(95) Augusto B. GATMAYAN, *Negotiating Autonomy: Case Study on Philippine Indigenous Peoples' Land Rights*, Quezon, Center Kasama sa Kalikasan, 2007, sin que esa identificación ahora, tras la descolonización exterior sin descolonización interna, se extienda a toda la pluralidad de pueblos en presencia. KRAMER, *The Blood of Government*, cit., p. 6, habla del « internal empire » sobre « internal colonial subjects », particularmente, en términos religiosos, de cristianos sobre musulmanes y animistas o no confesionales; en los geográficos, de las tierras bajas de Luzón sobre las montañas y sobre Mindanao y otras islas meridionales.

ocupa <sup>(96)</sup>, al contrario de lo que hemos visto respecto a Australia y a los propios Estados Unidos. Tampoco se detiene en el caso filipino como prototipo del tránsito de un imperialismo directo al más actual de asunción de premisas coloniales por Estados independientes ante potencias imperiales más o menos poscoloniales.

Es un caso además el filipino en el que ha podido justamente apreciarse hasta qué punto imperio y nación no han sido elementos coextensivos, sino mutuamente disruptivos. Respecto a las Filipinas, puede esto decirse tanto del Imperio español durante el siglo XIX como del estadounidense en la primera mitad del XX <sup>(97)</sup>. Las mismas referencias del contexto en el que surgiría la nación entre Imperios antiguos e Imperios modernos, entre lo imperial colonial y lo imperial poscolonial, todo dentro de lo plurinacional, siguen sumidas en la confusión bajo la apariencia de que unas ecuaciones, las de Estado-nación e Imperio-nación, bastan para conjurarla.

#### 8. *Colonialismo formal e imperialismo sin fronteras.*

Filipinas ha pasado de un colonialismo a otro, del español al estadounidense, y con posterioridad, fuera ya del arco temporal cubierto por JMF, a una independencia plegada a una forma más laxa de imperialismo, el mismo de Estados Unidos. Como es tránsito nada inusual y como es una situación la última bastante generalizada y más persistente, ha venido a hablarse de imperialismo informal como una modalidad del imperialismo mismo, sin licencia ninguna de lenguaje figurado <sup>(98)</sup>. Esto es algo, sin embargo, que JMF no asume. No

---

<sup>(96)</sup> El recorrido estrictamente histórico de JMF, salvo por tanto las *conclusiones* a las que ahora me refiero, finaliza de hecho un tanto bruscamente con el escaso tratamiento de los referidos *insular cases* de los Estados Unidos, en los que se incluyen las Filipinas, cuando este mismo asunto podría haberle permitido algunas reflexiones de cierre acerca de la importancia ulterior de la historia contemplada: STATHAM JR., *Colonial Constitutionalism*, cit.; KAL RAUSTIALA, *Does the Constitution Follow the Flag? The Evolution of Territoriality in American Law*, New York, OUP, 2009.

<sup>(97)</sup> KRAMER, *The Blood of Government*, cit., p. 22: « While imperialists often sought to represent global power as the seamless ‘expansion’ of the nation, empire in its formal and informal varieties often meant rupture and discontinuity » para sí y para pueblos afectados; y cap. 1 para el colonialismo español; GO, *Patterns of Empire*, cit., conclusión del cap. 2: « Colonial policies were not shaped by national character, values, or styles but by the very spaces and scenes they aimed to manipulate and manage ».

<sup>(98)</sup> Wolfgang J. MOMMSEN, *Theories of Imperialism*, New York, Random House, 1980 (*Imperialismstheorien. Ein Überblick über die neueren Imperialismusinterpretationen*, Vandenhoeck und Ruprecht, 1977), cap. 4, ep. 4, acreditando la acuñación de la categoría al tándem Ronald Robinson-John Gallagher, al que citaremos por

entiende que existan formas de imperialismo indirecto como la que Estados Unidos, flanqueado principalmente por Gran Bretaña, estableció en China mediante la diplomacia de *open door* o libre comercio bajo condiciones de desigualdad y con régimen de jurisdicción extraterritorial, articulándose en la práctica a bastantes propósitos, en su momento, con el dominio directo sobre las Filipinas <sup>(99)</sup>. No sólo respecto a éstas aunque no evidentemente en relación a China, es un tipo de política externalizadora que ha podido mantenerse y potenciarse con posterioridad <sup>(100)</sup>.

Bajo diversas formas desde luego, entre otras razones por la relevancia que cobra al efecto del imperialismo informal el derecho internacional otrora importante para el formal, el asunto resulta cier-

---

supuesto (n. 105); J. TULLY, *Lineages of Contemporary Imperialism*, en *Lineages of Empire: The Historical Roots of British Imperial Thought*, Duncan Kelly (ed.), Oxford, OUP, 2009, pp. 3-30.

<sup>(99)</sup> Sobre la asunción de jurisdicción extraterritorial en China esencial para la articulación del imperialismo estadounidense a lo ancho de la región por tierra y océano que de diversa forma, sin dicha plataforma, llega hasta hoy, Eileen P. SCULLY, *Bargaining with the State from Afar: American Citizenship in Treaty Port China, 1844-1942*, New York, CUP, 2001; Turan KAYAOĞLU, *Legal Imperialism: Sovereignty and Extraterritoriality in Japan, Ottoman Empire, and China*, New York, CUP, 2010, conclusión; Daniel S. MARGOLIES, *Spaces of Law in American Foreign Relations: Extradition and Extraterritoriality in the Borderlands and Beyond, 1877-1898*, Athens, University of Georgia Press, 2011; Pär Kristoffer CASSEL, *Grounds of Judgment: Extraterritoriality and Imperial Power in Nineteenth-Century China and Japan*, New York, OUP, 2012, cap. 2; RUSKOLA, *Legal Orientalism*, cit.; Jedidiah J. KRONCKE, *The Futility of Law and Development: China and the Dangers of Exporting American Law*, New York, OUP, 2016.

<sup>(100)</sup> RUSKOLA, *Legal Orientalism*, cit., cap. 4 (el capítulo que JMF conoce por el anticipo citado). JMF conoce también, pero no aprecia, juzgándola « mal planteada » y « no [...] muy útil », la polémica historiográfica a propósito de la acuñación del concepto de imperialismo informal mediante imposición de libre comercio desigual: *Imperialism: The Robinson and Gallagher Controversy*, William Roger Louis (ed.), New York, New Viewpoints, 1976, no contribuyendo JMF, con dicha forma de rechazo, al debate. Para MOMMSEN, *Theories of Imperialism*, cit., p. 87 y 89, el primer trabajo del tándem Robinson-Gallagher, que pronto citaré (n. 105), « has become a classic » por su « profound effect » en las teorías sobre el imperialismo al haberlo relacionado y articulado con las políticas de libre comercio permitiendo « a common explanation for a variety of elements which had hitherto been regarded as isolated factors », todo lo cual no ha hecho más que ratificarse en los últimos años, particularmente ahora con GO, *Patterns of Empire*, cit. Por medio, utilizado éste por JMF, Bernard SEMMEL, *The Rise of Free Trade Imperialism: Classical Political Economy, the Empire of Free Trade, and Imperialism, 1750-1850*, Cambridge, CUP, 1970, p. 2: « Our view of this period was considerable modified when we were told by Gallagher and Robinson of *the Imperialism of Free Trade* ».

tamente de actualidad <sup>(101)</sup>. Impulsada ante todo por Gran Bretaña y los Estados Unidos, la extraterritorialidad imperialista por medio de órganos judiciales propios en territorios ajenos se extendió no sólo a China, el Imperio Otomano y Japón, sino también, por ejemplo, a Irán y Tailandia <sup>(102)</sup>. Los imperialismos informales de ayer no son los imperialismos informales de hoy, pero el imperialismo sin colonialismo estrictamente dicho, se vista o no de seda, sigue siéndolo. Durante el largo siglo XIX, no fue en absoluto un fenómeno aislado, aunque las reflexiones recientes sobre el imperialismo informal en la historia para contrastarlo con el actual no acaben de tomar en debida cuenta casos de extraterritorialidad como el de China y compañía <sup>(103)</sup>.

El asunto se ha reavivado hoy por la historiografía ante prácticas

---

<sup>(101)</sup> David P. FINDER, *A Kinder, Gentler System of Capitulations? International Law, Structural Adjustment Policies, and the Standard of Liberal, Globalized Civilization*, en « Texas International Law Journal », 35 (2002), 3, pp. 387-414 (las capitulaciones de referencia fueron la forma de extraterritorialización de jurisdicción en el Imperio otomano por parte de otros Imperios como presuntos protectores de poblaciones cristianas); John D. HASKELL y Boris N. MAMLYUK, *Capitalism, Communism... and Colonialism? Revisiting 'Transitology' as the Ideology of Informal Empire*, en « Global Jurist », 9 (2009), 2, pp. 1-35; *Humanitarian Intervention: A History*, Brendan Simms y D.J.B. Trim (eds.), Cambridge, CUP, 2011, parte II: *The Great Powers and the Ottoman Empire*.

<sup>(102)</sup> Para otros casos no conozco estudios como los dedicados a China, Japón y el Imperio Otomano. Respecto a momentos en los que se plantea el rescate de la extraterritorialidad, *The Transformation of Southeast Asia: International Perspectives on Decolonization*, Marc Frey, Ronald W. Pruessen y Tan Tai Yong (eds.), Armonk, M.E. Sharpe, 2003, p. 113; Hadi ENAYAT, *Law, State, and Society in Modern Iran: Constitutionalism, Autocracy, and Legal Reform, 1906-1941*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2013, pp. 8 y 118-119. La extraterritorialidad estadounidense llega hasta los cincuenta del siglo pasado: SCULLY, *Bargaining with the State from Afar*, cit., p. 5, respecto a Marruecos. Respecto al peso más que extraterritorial del imperialismo informal, Tamara LOOS, *Subject Siam: Family, Law, and Colonial Modernity in Thailand*, Ithaca, CrUP, 2006. Sobre Japón como agente, *The Japanese Informal Empire in China, 1895-1937*, Peter Duus, Ramon H. Myers y Mark R. Peatty (eds.), Princeton, PUP, 1989.

<sup>(103)</sup> GO, *Patterns of Empire*, cit., conclusión, tampoco toma en cuenta, igual que JMF, la literatura citada sobre el imperialismo llamado informal, de cuyos anticipos sabemos en el caso más significado, el de Ruskola. Ulteriormente, entre reseñas habidas al respecto de tal bibliografía, interesa en especial un intercambio: Carol G.S. TAN, *How a 'Lawless' China Made Modern America: An Epic Told in Orientalism*, en « Harvard Law Review », 128 (2015), 6, pp. 1677-1704; T. RUSKOLA, *A Response to Professor Tan Review of 'Legal Orientalism'*, en « Harvard Law Review Forum », 128 (2015), pp. 220-224, allanándose. E interesa ahora desde luego un estudio intercultural, considerando la posición china, del proceso hacia la extraterritorialidad: Li CHEN, *Chinese Law in the*

como, principalmente, la de tratados llamados de libre comercio y políticas concordantes de la Organización Mundial del Comercio (104). A efectos tanto historiográficos como políticos, la cuestión esencial de que el imperialismo nunca se haya reducido al dominio directo de colonias, sino que ha precisado de los más variados recursos informales o de unas formalidades distintas, y de que haya sabido formular al propósito políticas de apariencia atractiva por su invocación de libertad, como la de libre comercio, está ciertamente advertida desde hace años (105). Tomar la retórica liberal en su sentido literal sería como reducir el tamaño de un iceberg sólo a la punta que se tiene a la vista de quienes no se sumergen bajo la superficie de aguas inhóspitas (106).

---

*Imperial Eyes: Sovereignty, Justice, and Transcultural Politics*, New York, Columbia University Press, 2016.

(104) RUSKOLA, *Legal Orientalism*, cit., pp. 203-206. Se habrá observado que tanto éste como KAYAOGU, *Legal Imperialism*, cit., y CASSEL, *Grounds of Judgment*, cit., se publican entre 2010 y 2013. Ninguno de estos autores sea de tronco anglosajón. Hay quienes señalan otros detonantes de la actual eclosión de estudios imperiales como de los abusos *post-9/11* del Imperio estadounidense, con su *plenary power* sobre *aliens* [n. 9], en Abu Ghraib, Guantánamo y una tupida red de centros de detención secretos: *Imperial Debris: On Ruins and Ruination*, A.L. Stoler (ed.), Durham, DUP, 2013, pp. 3-4. Puede haber más factores concurrentes: ANNINO, *Acerca de lo imperial en perspectiva comparada*, cit., p. 46: « El dato aparentemente curioso es que siempre las caídas de los imperios han provocado un nuevo interés por la temática imperial », refiriéndose al desplome del Imperio soviético.

(105) J. GALLAGHER y R. ROBINSON, *The Imperialism of Free Trade*, en « The Economic History Review », 6 (1953), 1, pp. 1-15, que es el primer trabajo recogido en *Imperialism: The Robinson and Gallagher Controversy*, cit. Aun sin la problemática más reciente del colonialismo informal, se tiene de tiempo con el sistema todavía en vida, a George W. KEETON, *The Development of Extraterritoriality in China*, 2 vols., Londres, Longmans, 1928 (Howard Fertig, 1969); como investigación ya historiográfica sobre manifestaciones del imperialismo, SCULLY, *Bargaining with the State from Afar*, cit. Cambiando de latitudes, para percepción, entrando el siglo XX, de las ventajas que la pertenencia de las Islas Canarias a España podía reportar al imperialismo informal británico, Domingo GARÍ, *Geopolítica, nacionalismo y tricontinentalidad*, La Laguna, Latina (Cuadernos del Mundo 03), 2015, p. 30.

(106) « Like judging the size and character of icebergs solely from the parts above the water-line » es la comparación famosa en el arranque de GALLAGHER y ROBINSON, *The Imperialism of Free Trade*, cit.; también W.R. LOUIS y el mismo R. ROBINSON, *The Imperialism of Decolonization*, en « Journal of Imperial and Commonwealth History », 22 (1994), 3, pp. 462-511, también arrancando: « like mistaking the melting tip for the iceberg » sería identificar descolonización con declive imperial. Viene a cuento la admonición de Paul K. MACDONALD, *Those who Forget Historiography are Doomed to Republish It: Empire, Imperialism, and Contemporary Debates about American*

He ahí el contexto más amplio en el que unos Imperios resultan Naciones por constituir Estados con pretensiones constitucionales o, según la equivalencia sentada por JMF, *liberales*, incluso con independencia de que lo constitucional o liberal se haga por participar o no en serio a las colonias y de que las evidencias no acaben de abonar la equivalencia conceptual <sup>(107)</sup>. Tanto se dilata el contexto que definitivamente desborda conceptos. ¿Cómo iba a poder identificarse Imperio con Nación si, entre colonialismo directo y extraterritorialidad colonial, no había fronteras imperiales? No cabían desde el momento en el que, como hemos visto en China, los Imperios se solapan. Lo hacían en el caso no sólo de Gran Bretaña y los Estados Unidos, sino también de otros como, por ejemplo, Francia, Portugal, Alemania y España <sup>(108)</sup>. Respecto a calificativos, digamos imperialismo o colonialismo extraterritorial mejor que informal pues conocía sus formalidades precisamente jurídicas.

Había más. China misma era un Imperio de carácter además en buena parte no territorial, por lo que en principio aceptaba sin mayores

---

*Power*, en « Review of International Studies », 35 (2009), pp. 45-67. Para una reivindicación resuelta de la importancia del esclarecimiento del pasado de los Imperios para el planteamiento de políticas en el presente, *Imperial Formations*, cit., desde el prefacio editorial (de A.L. Stoler, C. McGranahan y P.C. Perdue), p. XI: tal historia « has both retrospective value and immediate relevance. Our assessments of the layers of empire, of imperial geologies, are designed to confront confusions of empire in the present ».

<sup>(107)</sup> Ante las evidencias de las contradicciones características del sedicente liberalismo en la historia imperial (remito de nuevo a GO, *Patterns of Empire*, cit., cap. 2), JMF tiene la respuesta pronta y entiende que bastante de apelar a un presunto pluralismo intrínseco: p. 1294, contra « aquellos críticos del liberalismo hegemónico que lo entienden como una ideología coherente y unitaria sin atender a la pluralidad problemática y a las expresiones sociales diversas en las que enraizó y que le confirieron sentido », y en particular frente a Domenico LOSURDO, *Contrahistoria del liberalismo*, Barcelona, El Viejo Topo, 2005 (*Contrahistoria del liberalismo*, Laterza, 2005; *Liberalism: A Counter-History*, Verso, 2011); antes, JMF, *La nación desde los márgenes*, cit., p. 17, n. 26. En todo caso, sus confusiones sobre la *indenture* (n. 59) pueden proceder de esta tan incitante como irregular *contrahistoria* (cap. 3, ep. 6).

<sup>(108)</sup> Para ulteriores ilustraciones, sobre el caso británico, C.G.S. TAN, *British Rule in China: Law and Justice in Weihaiwei, 1898-1930*, Londres, Wildy-Simmonds-Hill, 2008; sobre el alemán, STEINMETZ, 'The Devil's Handwriting', cit., parte III. Sobre la extraterritorialidad española en países asiáticos en general o en China en particular no conozco nada equivalente. Lo mismo que sobre Portugal y Francia, sólo sé de abordajes desde mentalidad todavía colonial que ni siquiera detecta el imperialismo informal. Sobre informalidades imperiales internas por resistencia y falta de receptividad coloniales, Antoinette BURTON, *The Trouble with Empire: Challenges to Modern British Imperialism*, Oxford, OUP, 2015.

problemas el acomodo de la extraterritorialidad de otros Imperios (109). Lo propio, cada caso con sus particularidades, cabe decir del Imperio Otomano, Imperio formal penetrado por Imperios informales en el que la extraterritorialidad tampoco constituía en principio un cuerpo extraño (110). Imperios entre Imperios, con solapamientos, también pueden aparecer en el escenario más inesperado para la historiografía dominante como el americano con protagonismo de pueblos indígenas (111). Y luego se tiene el escenario marítimo en el que la extraterritorialidad podía ser más expedita mediante jurisdicciones especiales no menos coloniales y en el que los solapamientos eran normales (112). Con tanta y tan variada concurrencia, ¿dónde quedan unas fronteras

---

(109) CHEN, *Chinese Law in the Imperial Eyes*, cit., cap. 2. El acomodo inicial de la extraterritorialidad en un Imperio menos territorial como China es extremo cuya desatención se achaca a T. Ruskola: TAN, *How a 'Lawless' China Made Modern America*, cit., pp. 1692-1699.

(110) Karen BARKEY, *Empire of Difference: The Ottomans in Comparative Perspectives*, New York, CUP, 2008; Thomas KUEHN, *Empire, Islam, and the Politics of Difference: Ottoman Rule in Yemen, 1849-1919*, Leiden, Brill, 2011. Considerando la concurrencia de Imperios formales e informales, *Sovereignty after Empire: Comparing the Middle East and Central Asia*, Sally N. Cummings y Raymond Hinnebusch (eds.), Edinburgh, Edinburgh University Press, 2012.

(111) Así en el caso ya comparecido de Haudenosaunee (nn. 19, 25, 52 y 58): Francis JENNINGS, *The Ambiguous Iroquois Empire: The Covenant Chain Confederation of Indian Tribes with English Colonies*, New York, W.W. Norton, 1984; William N. FENTON, *The Great Law and the Longhouse: A Political History of the Iroquois Confederacy*, Norman, UOP, 1988; *Beyond the Covenant Chain: The Iroquois and their Neighbors in Indian North America, 1600-1800* [1987], D.K. Richter y James H. Merrell (eds.), University Park, Syracuse University Press, 2003, edición ampliada con debate historiográfico, pp. XI-XVIII; Timothy J. SHANNON, *Iroquois Diplomacy on the Early American Frontier*, New York, Viking, 2008; para algún otro caso, Pekka HÄMÄLÄINEN, *The Comanche Empire*, New Haven, YUP, 2008, éste citado por JMF, y el *Forum* a su respecto en « History and Theory: Studies in the Philosophy of History », 52 (2013), 1, pp. 49-90.

(112) CLAVERO, *Bioko, 1837-1876*, cit., respecto a la confluencia jurisdiccional de dominios coloniales europeos y americanos sobre el Atlántico intentando reconducir, bajo guía británica, la abolición de la trata de esclavos a otras formas de servidumbre laboral. Para acercamientos al colonialismo marítimo, S. BANNER, *Possessing the Pacific: Land, Settlers, and Indigenous People from Australia to Alaska*, New York, HUP, 2007; Bruce CUMINGS, *Dominion from Sea to Sea: Pacific Ascendancy and American Power*, New Haven, YUP, 2009; L. BENTON, *A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires, 1400-1900*, Cambridge, CUP, 2010; *Pacific Histories: Ocean, Land, People*, D. Armitage y Alison Baashford (eds.), Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014.

que pudieran serlo de naciones? Para los imperialismos de matriz cultural europea ni las ha habido ni las hay <sup>(113)</sup>.

El contexto en toda su amplitud tampoco casa con el panorama de unos pueblos colonizados transmutándose en naciones propiamente dichas sólo cuando y porque vengan a constituir Estados, no franqueándoseles la metamorfosis de faltar este acceso, en el cual tampoco suele darse correspondencia efectiva entre Estado como entidad política y nación como colectividad cultural. Contrastemos lo visto sobre la composición de los Imperios. Recordemos la conveniencia de contemplarlos no desde el centro metropolitano, sino desde la periferia indígena, desde las comunidades humanas que para sí mismas no son extremos, sino centros. ¿Qué nación en singular cabe entonces pese a todas las pretensiones estatales o imperiales? Sólo una: la de dichas comunidades para sí mismas. El resto será otra cosa, nación también si se quiere pero en un sentido distinto al de comunidad humana. Ya se sabe que *nación* es un concepto performativo donde los haya, pero no tanto como para transformar sin más, por prestidigitación constitucional, lo heterogéneo en homogéneo; como para generar colectividades humanas de identidad acreditada más acá de la cualificación política <sup>(114)</sup>.

---

<sup>(113)</sup> Para abundar en el caso hoy indudablemente más significado, Alyosha GOLDSTEIN, *Toward a Genealogy of the U.S. Colonial Present*, introducción de *Formations of United States Colonialism*, A. Goldstein (ed.), Durham, DUP, 2014, pp. 1-30, arrancando: « The United States of America has never been a uniform or unequivocal geopolitical entity. [...] Rather, the United States encompasses a historically variable and uneven constellation of state and local governments, indigenous nations, unincorporated territories, free associated commonwealths, protectorates, federally administered public lands, military bases, export processing zones, *colonias*, and anomalies such as the District of Columbia that do not comprehensively delineate an inside and outside of the nation-state », y algo más: « The heterogeneity of this condition is not exceptional to the United States ». Contiene capítulos interesantes a la persistencia de la cultura colonial incluso cuando se pretende que está superándose, como el cuarto: J.K. KAUANUI, *A Sorry State: Apology Politics and Legal Fictions in the Court of the Conqueror*.

<sup>(114)</sup> Ya está indicado que Chile cuadra perfectamente con el perfil de Imperio-nación trazado por JMF aunque él no lo constata para ningún Estado latinoamericano. El cuestionamiento se plantea finalmente respecto al calificativo nacional, no al sustantivo imperial con su dimensión colonial. Entre la historia oral y el archivo documental, hay estudios para comprobarlo desde la perspectiva precisamente de comunidad. Pues conjuga fuentes, las orales y las escritas, y abre así perspectivas, remitamos a F.E. MALLON, *La sangre del copibue. La comunidad Mapuche de Nicolás Ailío y el Estado chileno, 1906-2001*, Santiago, Lom, 2004 (*Courage Tastes of Blood*, DUP, 2005). Sirva de ilustración: la mera predicación constitucional de comunidad nacional atropella derechos y representación, bajo pretensión de ciudadanía, de los pueblos indígenas entre

Las situaciones imperiales pueden llegar a ser realmente complejas ayer como hoy. Se da también el caso de Estados-Imperios cuyas fronteras imperiales no alcanzan a las oficiales estatales, las reconocidas internacionalmente. Latinoamérica lo ilustra <sup>(115)</sup>. Puede fácilmente tratarse de Imperios menores acosados por Imperios mayores que, en busca de recursos depredados en las metrópolis, pujan por la conquista de los territorios indígenas independientes a través, ya no de misiones religiosas, sino de empresas económicas con el respaldo de Estados y de organizaciones internacionales por el que todavía merecen el calificativo imperial <sup>(116)</sup>. Aun con todo el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, comprendiendo además ahora el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, el orden supraestatal sigue estando, como estuvo, al servicio, en último término, de empresas imperiales, ahora casi globales <sup>(117)</sup>.

Las naciones imperiales siguen atormentadas entre sus pretensio-

Antofagasta y Rapa Nui pasándose por Wallmapu: CLAVERO, *Reconocimiento Mapuche de Chile*, cit.

<sup>(115)</sup> *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial*, Copenhague, IWGIA, 2010 (también sobre América, pero distinto al citado en n. 38 sobre la Amazonía y el Gran Chaco); Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*, Copenhague, IWGIA, 2014. Durante los años 2009 y 2010 el mismo International Work Group for Indigenous Affairs dedicó una serie de informes a algunos de estos pueblos: *Paraguay: El Caso Ayoreo*; *Bolivia: Entre el Etnocidio y la Extinción*; *Venezuela: Los pueblos indígenas aislados o con poco contacto*; *Ecuador: Caminantes de la Selva. Los pueblos indígenas aislados de la Amazonía ecuatoriana*; *Perú: Despojo Territorial, Conflicto Social y Exterminio. Pueblos indígenas en situación de aislamiento, contacto esporádico y contacto inicial de la Amazonía peruana*.

<sup>(116)</sup> Go, *Patterns of Empire*, cit., caps. 3-5, resaltando que el imperialismo informal, cuando viene a prevalecer sobre el formal, sigue dependiendo de medios políticos, esto es, de acciones públicas o clandestinas de Estado, no reduciéndose a hegemonía económica y cultural, bien entendido que en caso contrario ya no sería imperialismo; y haciendo ver, tanto para el caso británico como para el estadounidense, que no ha habido una evolución lineal del imperialismo formal al imperialismo informal, sino combinaciones muy variopintas y desarrollos hacia el informalismo reversibles en ocasiones. Para más sobre imperialismo informal renovado, Charles GEISLER, *New 'Terra Nullius' Narratives and the Gentrification of Africa's 'Empty Lands'*, en «Journal of World Systems Research», 18 (2013), 1, pp. 15-29; Jogi Hale HENDLIN, *From 'Terra Nullius' to 'Terra Communis': Reconsidering Wild Land in an Era of Conservation and Indigenous Rights*, en «Environmental Philosophy», 11 (2014), 2, pp. 141-174.

<sup>(117)</sup> B. MAZLISH, *The New Global History*, New York, Routledge, 2006, cap. 4: *The multinational corporations: ruling the world?*; B. CLAVERO, *Derecho Global: Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014, cap. 3: *¿Globalización*

nes estatales y sus políticas sin fronteras, por exceso o por defecto, sin acabar de alcanzar una identidad neta <sup>(118)</sup>. Todo esto cuanto se refiere a las categorías parece más sencillo desde luego cuando la nación se reduce de partida a criatura del Estado o, en su caso, del Imperio por efecto de postulación constituyente. El panorama así en apariencia se despeja. ¿Esto es todo en cuanto interesa a la tríada de conceptos Estado-Nación-Imperio? Hay algo más. JMF no concluye su tarea con el fin del recorrido histórico. No plega todavía. Su cierre se dedica precisamente a unas reflexiones conceptuales que alcanzan a la nación.

9. *De alguna conclusión sobre la figuración constitucional de la comunidad nacional.*

Es en unas *reflexiones finales* donde JMF se enfrenta efectivamente con el reto: « Algunas conclusiones sobre el orden imperial, la comunidad nacional y el uso de las distinciones raciales ». ¿Se despejan las incógnitas? De momento, *comunidad nacional* es la consabida nación política, sea predicada de Imperio o de Estado en singular siempre, pero la pluralidad al menos ahora regresa: « Un aspecto central de la articulación imperial era la jerarquía establecida entre la nación primigenia de las metrópolis y los nacionalismos y, por ende, las naciones en los espacios coloniales ».

Léase y reléase. El plural, por lo visto, es efecto, no de la entidad propia de los pueblos colonizados, sino de un movimiento político sobrevenido, el nacionalista, que los imaginaria, como si no pudiera haber naciones sin nacionalismos o como si las primeras hubieran de ser siempre criaturas de los segundos, trasuntos suyos. Sería comunidad,

---

*del constitucionalismo? Transnacionalidad de empresas entre poderes y derechos, 1947-2012* (versión ampliada de « Quaderni fiorentini », 41, 2012, pp. 483-580).

<sup>(118)</sup> Para obra clásica, la más editada y debatida por Mesoamérica durante tres décadas, que se debate con el fantasma de la nación, no sólo de la guatemalteca, ante pueblos indígenas, Severo MARTÍNEZ PELÁEZ, *La Patria del Criollo: Ensayo de interpretación de la realidad colonial guatemalteca* [1970], México DF, FCE, 1998. Para un apunte sobre la *nación cambia*, criolla o no indígena que se pretende nacional, en el Perú, CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos?*, cit., cap. 2. Lo dicho para España, que está por hacer la historia de la nación como objeto contingente y no como sujeto necesario, representa la regla general. Es todo un signo que la *nación* hoy más poderosa entre todas las naciones del universo mundo sea una literalmente anónima, la de Estados Unidos o *americana*, que ni siquiera además se identifica como tal en sus normas constitucionales. Interesan las reflexiones de Elías PALTI, *La nación como problema. Los historiadores y la 'cuestión nacional'*, Buenos Aires, FCE, 2003, apéndice. Y recuérdese lo advertido por TSING, *Politics on the Periphery*, cit., sobre pueblos « simultaneously inside and outside ».

pero comunidad figurada <sup>(119)</sup>. Antes de que el nacionalismo y la nación se desarrollaran y dieran, en su caso, el fruto del Estado, tendríamos todavía el Imperio-nación en singular como expresión genuina de « la nación primigenia », la metropolitana por supuesto. JMF le llama « imperio-nación » o « nación-imperio » indistintamente, reforzando la ecuación. Unas reflexiones finalísimas, cual cierre definitivo del libro, sobre *distinciones raciales* en el contexto de las *naciones imperiales* no contribuyen, por lo que ahora nos interesa, al esclarecimiento de la categoría nacional-imperial <sup>(120)</sup>. *La nación imperial* concluye con las incógnitas abiertas sobre *nación* y sobre *imperio*, bien que con claridad paladina sobre lo que este segundo ha supuesto en la historia <sup>(121)</sup>.

---

<sup>(119)</sup> La referencia consabida, que JMF invoca, es la tan limitada como abusada de Benedict ANDERSON, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres, Verso, 1983, con ediciones ampliadas y múltiples traducciones. Puede confrontarse al menos la pregunta de Partha CHATTERJEE, *Whose Imagined Community?*, en su *The Nation and its Fragments: Colonial and Postcolonial Histories*, Princeton, PUP, 1993, pp. 3-13; originalmente en « Millennium: Journal of International Studies », 20 (1991), 3; también recogido en *Mapping the Nation*, Gopal Balakrishnan (ed.), Londres, Verso, 1996, y en *The Partha Chatterjee Omnibus*, Oxford, OUP, 1999. Recuérdese a RICHTER, *Whose Indian History?*, cit. Una respuesta *iusuris tantum*, esto es que admite prueba en contrario: nuestra historia, la de cepa colonialista, es historia de *comunidades imaginadas*, naciones u otras, de las que además está clamorosamente ausente la humanidad realmente colonizada.

<sup>(120)</sup> No entro en la cuestión del elemento racista en la historia colonial pues requeriría un espacio propio que, a mi entender, despejase ante todo el efecto de la dialéctica entre racismo y antirracismo por las Américas en el sentido de eclipsar su incidencia sobre la víctima principal, la indígena, por privilegiar el problema de la esclavitud afroamericana y sus secuelas, efecto al que JMF no es inmune. En Canadá se ha producido un debate esclarecedor al propósito: Bonita LAWRENCE y Enashki DUA, *Decolonizing Anti-Racism*, en « Social Justice: A Journal of Crime, Conflict and World Order », 32 (2005), 4, pp. 120-143; Nandita SHARMA y Cynthia WRIGHT, *Decolonizing Resistance: Challenging Colonial States*, en la misma revista « Social Justice », 35 (2008-2009), 3, pp. 120-138; *Breaching the Colonial Contract: Anti-Colonialism in the US and Canada*, Arlo Kempf (ed.), Toronto, Springer, 2009, cap. 6.

<sup>(121)</sup> JMF, pp. XXV-XXXVI y 1310-1321, postulando, frente a todo tipo de teleologías y escatologías, el escrutinio « caso por caso y sobre el terreno » de asuntos mayores como el de la incidencia de « la idea de 'raza', de 'tribu', de etnicidad vaporosa »... y entendiendo que en general lo nacional menos imperial, no el mismo imperialismo por muy nacional que fuera, puede servir en último término para superar el factor racista pese a todos los episodios coloniales de acentuación extrema del racismo con regresión en derechos y representación. Así concluye *La nación imperial*: « Como tales, aquellas concepciones [raciales en particular o clasificatorias jerarquizantes en general] resultaban admisibles o problemáticas en la medida que formaban parte de una

Con la ecuación imperio-nación/nación-imperio intenta JMF expresar que los Imperios se plantean formar, inútil o sesgadamente, con duplicidad, una sola comunidad política junto a las colonias. Igual podría haberse esto expresado con imperio-estado o estado-imperio y no se habría así inutilizado el concepto de nación para un significado tan necesario como el de la comunidad de entidad ante todo cultural, lo que es además el sentido inequívoco antes de que el derecho internacional y el constitucionalismo lo manipulasen <sup>(122)</sup>. Para JMF la cultural es sólo la « nación antigua » y periclitada. Lo de *imperio-estado* o *estado-imperio* no es una ocurrencia mía <sup>(123)</sup>. Serviría incluso para los Estados federales-imperiales, el Estado de estados... y de colonias interiores o exteriores. Con todo, entre imperio-nación y nación-imperio, hay *naciones*, las verdaderamente sometidas a colonialismo, que no encuentran espacio en *La nación imperial*. La plurinacionalidad intraestatal o inraimperial de tiempo constitucional no tiene en ella cabida ni como hecho ni como derecho <sup>(124)</sup>. La perspectiva es unila-

---

abigarrada cultura de dominio que se construyó como resultado de una larga tradición de supremacía social y mucha elaboración disciplinaria e intelectual en paralelo. Por el contrario resultaban difícilmente asumibles por los millones de seres humanos que las soportaron ».

<sup>(122)</sup> CLAVERO, *Cádiz 1812: Antropología e historiografía del individuo como sujeto de constitución*, cit., pp. 214-223, para el contexto español de la concepción de la ecuación estado-nación a fin de potenciar al primero y vaciar a la segunda al mismo efecto de erigir unos poderes políticos sin hipotecas culturales.

<sup>(123)</sup> Krishan KUMAR, *Nation-States as Empires, Empires as Nation-States: Two Principles, One Practice?*, en « Theory and Society: Renewal and Critique in Social Theory », 39 (2010), 2, pp. 119-143. Del compuesto *empire-state* para casos como el británico (no Empire State, el *nickname* del Estado de Nueva York) hablan BURBANK y COOPER, *Empires in World History*, cit.; en p. 8: « The nation-state proclaims the commonality of its people — even if the reality is more complicated — while the empire-state declares the non-equivalence of multiple populations », con lo que la denominación puede valer incluso cuando la inequivalencia no se reconozca. El primer uso que he visto de esta expresión de *empire-state* para distinguirla del presunto *nation-state* es del propio F. COOPER, *Colonialism in Question: Theory, Knowledge, History*, Berkeley, UCP, 2005, *empire-states* en el *index*.

<sup>(124)</sup> Para aplicación española en contexto comparado europeo, JMF, *The Empire, the Nation and the Homelands: Nineteenth-Century Spain's National Idea, en Region and State in Nineteenth-Century Europe: Nation-Building, Regional Identities and Separatism*, Joost Augusteijn y Eric Storm (eds.), Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012, pp. 131-148. Le respalda obra propia: *Cultura nacional en una societat dividida. Patriotisme i cultura a Catalunya, 1836-1868*, Barcelona, Curial, 1992 (ed. castellana, Madrid, Marcial Pons, 2003); *La Pàtria dels Catalans. Història, política, cultura*, Barcelona, La Magrana, 2009.

teral o, mejor dicho, bilateral tan sólo entre imperialistas en la metrópolis y colonialistas en la diáspora o más cerca de casa, por mucho que otras perspectivas, las colonizadas, pujen y hasta asomen. Para *La nación imperial*, otras naciones propiamente dichas no existen salvo, naturalmente, si se erigen en Estados o, en su caso, Imperios.

Aun con todo, ha de reconocerse que, en las coordenadas trazadas por JMF entre lo antiguo y lo moderno, *nación imperial* o *imperio-nación* guarda un sentido, el referido de un proyecto de futuro de formación de comunidad política en común mediante la participación de derechos y de representación en algún grado y de algún modo, esto es, el sentido de un proyecto de construcción imperial de nación como entidad constitucional. Sin embargo, ¿no habíamos reservado el calificativo *liberal* para esta concepción? ¿Por qué no hablar entonces de *imperios liberales*? Podría también decirse *imperios constitucionales*. Ya hemos detectado hasta qué puntos este género de calificaciones lo que pueden resultar es una mina de equívocos, pero imperio constitucional podría ser una denominación controlable si no abrigásemos y fomentásemos ilusiones sobre el alcance histórico del constitucionalismo. Lo propio cabría decirse respecto a lo que se llamara y llama liberalismo <sup>(125)</sup>.

Insisto en que no ninguneáramos el significado primordialmente cultural de *nación* añadido al político de *estado* tan sólo en el caso sumamente improbable de correspondencia redonda entre lo uno y lo otro, entre lo nacional y lo estatal o lo imperial. Por lo demás, dada la ubicuidad de los desdoblamientos así como la exclusión de partida de los pueblos realmente colonizados <sup>(126)</sup>, tendríamos que dejar en sus-

---

<sup>(125)</sup> En España, influyendo en el planteamiento de JMF aunque éste en primera instancia proceda de literatura anglosajona, una historiografía sobre conceptos sin sensibilidad antropológica por las diferencias entre culturas en la propia historia incluso contemporánea imprime empuje a una consideración todavía idealizada del liberalismo de lo más adversa para la percepción de los problemas comunes al imperialismo y al constitucionalismo y propios de la cultura de matriz europea: Javier FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, *Liberalismo*, en *Diccionario político y social del siglo XIX español*, J. Fernández Sebastián y Juan Francisco Fuentes (eds.), Madrid, Alianza, 2002, pp. 371-379. Sobre Gran Bretaña ya hemos dicho (n. 45).

<sup>(126)</sup> Es el cuadro en el que cobra toda su relevancia la excepción señalada del proyecto gaditano de ciudadanía indígena, aunque, como he intentado subrayar, tampoco escapa a un desdoblamiento de raíz respecto a la puesta en práctica de derechos y participación indígenas con el juego de la domesticidad. El asunto como conviene estudiarlo es por la prosecución que tuvo el planteamiento gaditano en los Estados latinoamericanos donde alcanzó vigencia, como sea eminentemente el caso mexicano: B. CLAVERO, "Multitud de Ayuntamientos". *Ciudadanía indígena entre Nueva España y México, 1812 y 1824*, en *Los indígenas en la Independencia y la Revolución Mexicana*, cit.,

penso el uso de la calificación de *imperio* por *nación* en cuanto que se pusiera de relieve, como de hecho se pone por el mismo JMF, que el proyecto se tuerce o incluso se quiebra en cuanto que se formula o cuando intenta activarse en serio, si no es que nace incapaz para otra cosa que no fuera la cobertura renovada de colonialismo desde la metrópolis o por la diáspora. En nación-imperio o imperio-nación, Nación ya sabemos que resulta coartada de Imperio desnudo, su vestimenta elegante o grotesca según la perspectiva.

El suspenso también facilitaría la percepción de un imperialismo extraterritorial, el hoy prevaleciente y antes complementario del colonialismo directo. ¿Por qué JMF ni siquiera percibe por ejemplo la existencia de un Imperio estadounidense no territorial, un *colonialismo sin colonias*, cuando llegó al extremo de considerar a toda China como territorio *americano* a los efectos de conservación de la nacionalidad o de acceso a la misma con la competencia subsiguiente sobre personas, patrimonios y negocios sin posibilidad de recurso a amparo constitucional pues el Congreso no lo contemplaba y la jurisdicción extraterritorial propia, la estadounidense, no lo concedía? Tampoco percibe JMF esta forma de imperialismo indirecto en el caso británico <sup>(127)</sup>. ¿Cómo es que tampoco advierte que fue un complemento importante del Imperio británico que no ha decaído, sino que se ha crecido, con el declive del imperialismo directo y la descolonización de derecho internacional?

Imperialismos formales o informales, colonialismos directos o indirectos, dominios territoriales o no-territoriales, no representan alternativas entre un plan A y un plan B. Son piezas de un mismo complejo cuya composición ha variado según tiempos y latitudes. En la prueba de la experiencia que es el ejercicio de poder a través de la justicia no había en definitiva fronteras entre un colonialismo y el otro, el más y el menos formal <sup>(128)</sup>. Cabe hacer una comparación. Igual que

---

pp. 433-456. JMF ya nos consta que no se aventura por estos derroteros de continuidad del colonialismo español.

<sup>(127)</sup> RUSKOLA, *Legal Orientalism*, cit., cap. 5, y todo él para el *colonialism without colonies* como ya sabemos. Respecto al caso británico, KAYAĞLU, *Legal Imperialism*, cit.; CASSEL, *Grounds of Judgment*, cit., cap. 3. Ya también se había hablado de *imperialismo sin colonias*: HARRY MAGDOFF, *Imperialism without Colonies*, en *Studies in the Theory of Imperialism*, cit., pp. 144-170. Entre historia y actualidad, J. MOREFIELD, *Empires without Imperialism: Anglo-American Decline and the Politics of Deflection*, New York, OUP, 2014. Y para la noción histórica y actual de imperialismo extra o no-territorial, G. STEINMETZ, *Return to Empire: The New U.S. Imperialism in Comparative Historical Perspective*, en « *Sociological Theory* », 23 (2005), 4, pp. 339-367.

<sup>(128)</sup> RUSKOLA, *Legal Orientalism*, cit., pp. 187-188; TAN, *How a 'Lawless' China Made Modern America*, cit., p. 1702, resaltando que para el caso británico no hay un

se dio, como hemos visto, una preferencia por la *indenture* servil, junto a otras formas de trabajo forzoso, sobre la esclavitud vitalicia, puede haber finalmente razones a favor del imperialismo dicho informal respecto al directo; razones en plural porque no sólo media la descolonización relativa impulsada por Naciones Unidas (129). Parece, por ejemplo, más económica la *indenture* servil que la esclavitud y menos costoso el imperialismo dicho informal que el directo. De ser esto así, resulta llamativo que pase tan inadvertido como lo hace no sólo en la historiografía dominante, sino también en buena parte de la renovadora (130).

La respuesta a los interrogantes sobre las inadvertencias de JMF puede radicar en el detalle de que la vertiente de dominio colonial indirecto o, si se prefiere, neocolonial, aunque sea tan antigua como el colonialismo directo, tan importante además mediante otras formas hasta hoy, parece que desborda las presunciones sentadas por el concepto mismo de *nación imperial* o *imperio-nación*. O cabe también que resulte la inversa: esta categoría se adopta por no tomarse en cuenta formas de imperialismo indirecto como la de imposición de libre comercio desigual con sus implicaciones de desapoderamiento político o, dígame, constitucional para neocolonias que se presumen Estados e

---

análisis equivalente al de Ruskola para Estados Unidos durante el siglo XIX, pero añadiendo que dicha conclusión puede extenderse: nada prácticamente impedía al « exercise of extraterritorial jurisdiction from being as extensive as the exercise of jurisdiction in an area over which Britain had territorial sovereignty » por colonialismo directo.

(129) A cuyo respecto, desde el punto de vista no sólo de la persistencia, sino incluso de la potenciación del imperialismo informal, conviene atender a reflexiones como la de los citados (nn. 74, 97, 99 y 104) LOUIS y ROBINSON, *The Imperialism of Decolonization*, cit., reproducido en *The Decolonization Reader*, James D. Le Sueur (ed.), New York, Routledge, 2003, cap. 3. Añádanse Ingrid HUYGENS, *Developing a decolonisation practice for settler colonisers: A case study from Aotearoa New Zealand*, en « Settler Colonial Studies », 1 (2011), 2, pp. 53-81; COULTHARD, *Red Skin, White Masks*, cit., pp. 165-179. VERACINI, *The Settler Colonial Present*, cit., p. 30: « Declaring that the polity is no longer exogenously controlled, that is, declaring independence from a distant colonial metropole, a rallying cry of traditional decolonisation processes, is irrelevant because the polity is a settler colonial polity ».

(130) La excepción principal es la de Go, *Patterns of Empire*, cit., quien analiza cuidadosamente las variables en el tiempo de los pros y los contras del imperialismo formal y del informal para los intereses respectivos en los casos británico y estadounidense, haciendo ver, por ejemplo, que en los momentos más álgidos del formalismo no dejaba de latir una preferencia soterrada por el más económico informalismo y que las opciones por el primero pudieron deberse a razones extrínsecas como la de las ventajas comparativas que deparaba respecto a la competencia entre Imperios.

incluso *estados-naciones*, y esto cuando no resulta que ellas mismas son al tiempo mediadoras imperiales con neocolonias compartidas <sup>(131)</sup>; en definitiva, se adoptan las categorías nacionales por no confrontarse los imperialismos actuales. Pero con esto ya estoy entrando en el terreno resbaladizo de un juicio de intenciones que además, para mayor riesgo de desliz, no tienen por qué ser conscientes, inclusive las mías. Y con ello, encima, ya me he salido por completo de la historia que ocupa a JMF, aunque no creo estar haciéndolo de las preocupaciones que transluce.

#### 10. *Ensoñación constitucionalista, compromiso historiográfico.*

Concluyo regresando al inicio, a un reconocimiento que no responde a cláusula de estilo, a fórmula de cortesía ni a detalle de amistad. Hay logros nutridos en *La nación imperial* a la altura de su ambición. Invito a que se haga lo que aquí no he hecho, descubrirlos <sup>(132)</sup>. Mi misma recomendación creo que podrá valorarse mejor tras la exposición de unas desavenencias sobre la base de un acuerdo sustancial, el de una conclusión que late a todo lo largo de la obra aun sin llegar a hacerse explícita. Me refiero a la que identifica el colonialismo constitucional como el constitucionalismo pretérito <sup>(133)</sup>, pese cuanto pese a todas las ensoñaciones supremacistas hoy todavía cam-

---

<sup>(131)</sup> Participaciones como la europea a lo largo de los dos últimos siglos y hasta hoy (Gran Bretaña, Francia, España, Unión Europea...) faltan por ejemplo en Greg GRANDIN, *Latin America, the United States, and the Rise of the New Imperialism (The American Empire Project with a New Afterword)*, New York, Owl Books, 2007. Respecto al caso británico, *Informal Empire in Latin America: Culture, Commerce and Capital*, Matthew Brown (ed.), Oxford, Blackwell, 2008. Con buen criterio, la *Oxford History* del Imperio británico ha incluido el informal y bastante debatido sobre América Latina durante el siglo XIX: Rory MILLER, *Informal Empire in Latin America*, en *The Oxford History of the British Empire: Historiography*, Robin W. Winks (ed.), Oxford, OUP, 1999, pp. 437-449. Ahora sobre el debate, Gregory A. BARTON, *Informal Empire and the Rise of One World Culture*, New York, Palgrave Macmillan, 2014, cap. 5.

<sup>(132)</sup> Daniel Martin VARISCO, *Reading Orientalism: Said and the Unsaid*, Seattle, University of Washington Press, 2007, arranque: « [...] a copy of which [Said's *Orientalism*] should preferably be read before and after you tackle my critical engagement with this powerful text ». Sustitúyase « Said's *Orientalism* » por « Fradera's *Imperial Nation* ». Es por supuesto enteramente intencionada la resonancia en el título de RUSKOLA, *Legal Orientalism*, cit., de Edward W. SAID, *Orientalism* [1979], New York, Random House, 2014, con numerosas traducciones y ediciones, ya no digamos debates.

<sup>(133)</sup> En un seminario del GRIMSE (n. 2) sobre *La nación imperial*, celebrado el 21/XII/2015, José María Portillo, concurrente de fondo (nn. 34 y 140), incidió también en su traducción a términos de historia del constitucionalismo con tales mismas

pantes no sólo como paradigma por sectores profesionales de historia y de derecho, sino también como prejuicio por medios ciudadanos europeos y euroamericanos. En el caso son uno y lo mismo, el paradigma científico y el prejuicio social <sup>(134)</sup>.

Para salir con buen pie del ensueño, haría falta colacionar casos de Imperios algo menos semejantes o mucho más diferentes, cada uno con su entidad propia conforme a su historia específica <sup>(135)</sup>. Para la comparación poco importa que no se trate de supuestos de *imperio-nación* pues ninguno lo es y todos puede que valgan si se guardan las debidas distancias para poder discernirse tanto las semejanzas como las diferencias <sup>(136)</sup>. Siguiéndose los propios casos que se han tomado en consideración por JMF hasta los límites de unos colonialismos que no se atenían a fronteras ni nacionales ni geográficas, se hubiera llegado a la alteridad necesaria para un escrutinio más comprensivo y una comparación más productiva. Las fronteras se diluían especialmente en Asia, entre el Imperio Otomano en un extremo y Japón en otro, y muy en particular respecto a China, un caso entonces a tomar bien en cuenta.

El caso de China, un Imperio no territorial colonizado por Imperios extraterritoriales, resulta de lo más elocuente. Y no es el único que ha comparecido apuntando en este sentido. Reducirse a otros casos bajo la presunción además de que constituían naciones ha servido para la apreciación de semejanzas, pero ha obnubilado para la percepción de

---

implicaciones de colonialismo, mientras que JMF se manifestó distante de la adopción historiográfica del lenguaje constitucional, no de nuestra constatación histórica.

<sup>(134)</sup> Como dice RUSKOLA, *Legal Orientalism*, cit., en el epílogo citado, p. 221: « If a theory of law fails to account for China [...] that would seem to leave an irreparably large hole in such a theory, downgrading it to the status of a North Atlantic prejudice », valga *China*, otro Imperio en liza, por todo lo que no es « nordatlántico » en el sentido cultural, no exclusivamente en el geográfico, que comprende a la totalidad de los casos vistos: *Gran Bretaña, Francia, España y Estados Unidos*.

<sup>(135)</sup> *Ibidem*: « Why is that even within academic field of comparative law the study of Chinese law ultimately provides only *comparative*, rather than absolute, legal knowledge? », esto es, lo de *absoluto*, « *primary* knowledge — theory itself — rather than merely secondary data to confirm or disprove theories developed elsewhere ». Siga valiendo *China* por todo-lo-no-nordatlántico.

<sup>(136)</sup> P.A. KRAMER, *Power and Connection: Imperial Histories of the United States in the World*, en « The American Historical Review », 116 (2011), 5, pp. 1348-1391, en p. 1352: « the choice of dimension dictating the comparison [...] make comparison between U.S. and British imperial histories appealing. A discussion of republican empire suggests comparisons between the United States and France. An exploration of world-historic timing situates the United States alongside Germany, Japan, and the Soviet Union, all in different ways self-conscious late arrivals to global empire ».

diferencias <sup>(137)</sup>. El punto de partida y buena parte del desarrollo son sin embargo los precedentes, los que no dan crédito en momento alguno al negacionismo imperialista o, mejor dicho, colonialista de los Imperios que sirve en último término para encubrir el imperialismo sin fronteras actual <sup>(138)</sup>. Esta secuela presente es lo que se echa en falta, bien que no entre en su espacio temporal, en *La nación imperial*. Estorba o hasta impide la percepción integral de la entidad y el desempeño de los casos históricos vistos. Afecta asimismo a nuestra captación del presente, quiero decir del pasado que aún permanece y lo condiciona <sup>(139)</sup>.

Con todo ello, lo que puede convenir entonces, para la historiografía como para la política, es que de entrada se prescindiera de distin-

---

<sup>(137)</sup> TAN, *How a 'Lawless' China Made Modern America*, cit., pp. 1703-1704, formula las reglas para la comparación que RUSKOLA, *Legal Orientalism*, cit., pone en práctica, entre ellas: « we must not assume that all laws and legal systems follow the same developmental path »; « we need to be aware of how history has (through comparison) shaped the field of knowledge »; « we must treat conventional narratives and concepts as provisional, revisiting them in the light of comparative study »; « we must recognize that conventional narratives and concepts are in any case not pre-constituted, since as much as the Other is made by the self, so too is the self made by the process of othering », esta última la más importante a mi entender, la de una sensibilidad antropológica tan escasa todavía en la historiografía no sólo española.

<sup>(138)</sup> Bernard POTTER, *Empire and Superempire: Britain, America and the World*, Bury St Edmunds, St Edmundsbury Press, 2006; con relación a la posición colonialista inconfesa que también campea por el derecho internacional, N.T. SAITO, *Meeting the Enemy: American Exceptionalism and International Law*, New York, NYUP, 2010; con ulterior registro bibliográfico y reflexión historiográfica, KRAMER, *Power and Connection*, cit. En la historiografía panhispana predominante no se aprecia ni siquiera conciencia de su sujeción a una ideología excepcionalista de Imperio no colonialista con todos los méritos para ponerse en cuestión y, por supuesto, para hacerse su historia. Para un punto de encuentro operativo, pues ya ha dado frutos sobre historia de la esclavitud, relacionado precisamente con JMF y GRIMSE (n. 2): Christopher SCHMIDT-NOWARA, *After 'Spain': A Dialogue with Josep M. Fradera on Spanish Colonial Historiography*, en *After the Imperial Turn: Thinking with and through the Nation*, A. Burton (ed.), Durham, DUP, 2003, pp. 157-169. El malogrado entrevistador se ocupó de la formación histórica de esa historiografía inconsciente: C. SCHMIDT-NOWARA, *The Conquest of History: Spanish Colonialism and National Histories in the Nineteenth Century*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2006.

<sup>(139)</sup> PARKER, *Making Foreigners*, cit., p. 15: « Instead of letting the present normalize how we look at the past, we would do better to make the difference of the past visible and let it destabilize the present », lo que formula respecto a lo que, al fin y cabo, es una forma de colonialismo informal interno en los Estados Unidos, el de la falta de fronteras entre *citizens* y *aliens* por la que resulta factible, más en el pasado que en el presente, la alienación de mujeres, afroamericanos, indígenas, latinos, asiáticos o pobres.

tivos tan cargados como el de *nación* a fin de reconducirlo a su torturada contingencia y así destronarlo como sujeto eminente de la historia o del presente, estatalizado o imperializado. Es una tarea aún sustancialmente por emprender no sólo en casos tan evidentes como el español. Para entrar con mejor pie en la historia comparada las definiciones de sujetos son necesarias, pero también peligrosas. No pueden depender tan sólo de los casos que se comparan. Y no deben darse por supuestas o dejarse para las conclusiones de una historia comparada que, aunque sea por limitaciones en el dominio de lenguas, ha de reducirse a algunos contados supuestos congéneres, pocos o muchos que sean <sup>(140)</sup>. No nos llamemos a engaño. Ya que estamos comparando, reconozcamos que la historiografía a todo este respecto en lengua española, aun ducha en inglés, presenta un déficit más que notable <sup>(141)</sup>. Falta un sentido de la comparación que rompa decididamente con los compartimentos estancos del molde de las naciones, sean Estados o Imperios <sup>(142)</sup>.

---

<sup>(140)</sup> Go, *Patterns of Empire*, cit., p. 6: « Definitions cannot be wrong or right. They can only be useful or not. [...] The trick is to define our terms widely enough so as to be flexible to the reality of history but narrow enough to be analytically robust », no menos importante lo segundo que lo primero, aunque sería preferible reducir los propios conceptos, como *imperio* y *nación* en el caso, a parte del objeto circunstanciado de la investigación histórica que los utiliza sin dar nada por definido previamente, como Julian Go de hecho lo intenta respecto a las figuraciones implícitas en el reconocimiento o el negacionismo de los respectivos *Empires* en medios de Gran Bretaña y de los Estados Unidos; p. 237: el « excepcionalismo » o negación del propio colonialismo es « empire's preferred self-apprehension ». Sobre identificaciones británicas del Imperio, D. ARMITAGE, *The Ideological Origins of the British Empire*, Cambridge, CUP, 2000, pp. 1-23, que JMF utiliza. KRAMER, *Power and Connection*, cit., p. 1349: « while debates have generally centered on questions of semantics — what the imperial 'is' — we should instead emphasize what it does, what kinds of analyses it enables and forecloses ».

<sup>(141)</sup> No me canso de subrayarlo. Justo es que, en España, nuestra generación, la de JMF y mía, se precie de manejarse y publicar en inglés, así como de frecuentar Universidades anglosajonas en contraste con la generación anterior que, aunque esto guste subrayarse menos como si todo hubiera sido un logro limpio, sufrió plenamente la autarquía cultural franquista y que en buena parte fue cómplice: *Pueblo y Nación. Homenaje a José Álvarez Junco*, J. Moreno Luzón y Fernando del Rey (eds.), Madrid, Taurus, 2013, introducción de los editores muy expresiva a todo ese efecto y como ilustración el entero volumen de materia que tendría que ver con nuestras cuestiones y no lo hace. La cuestión no es sólo la lengua, sino también y principalmente la problemática a la que la misma pueda dar acceso.

<sup>(142)</sup> Michael WERNER y Bénédicte ZIMMERMANN, *Beyond Comparison: Histoire Croisée and the Challenge of Reflexivity*, en « History and Theory: Studies in the Philosophy of History », 45 (2006), 1, pp. 30-50; KRAMER, *Power and Connection*, cit., p.

Ya sé por supuesto que todo ello constituye un engorro para la historiografía más allá o más acá de la reconstrucción documentada y, en su caso, del análisis comparado, pero con la elección del tema, lo queramos o no, tenemos el compromiso estallándonos entre las manos <sup>(143)</sup>. En estas circunstancias, lo que sigue prevaleciendo en nuestros medios, no lo olvidemos, es una historiografía cómplice del imperialismo sin fronteras <sup>(144)</sup>, cuando no adicionalmente, todavía, del nacionalismo sin reservas. Si otro fuera el caso, estaríamos, por mérito de otra historiografía, la que se identifica como historia del *settler colonialism*, ante la evidencia de necesidad de una descolonización ya no presidida, como gran parte de la habida, por ese mismo imperialismo, el que no conoce fronteras <sup>(145)</sup>. Conviene siempre integrar no

---

1365: « They (crossed imperial histories) also link historiographies as well as histories, posing questions that do not simply depart from the inquiries that one nation-based historiography asks of the world, but that engage analyses by historians of other societies »; *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Thomas Duve (ed.), Frankfurt a.M., Max Planck Institute for European Legal History, 2014, introducción del editor, pp. 3-25.

<sup>(143)</sup> Más gentilmente, MAZLISH, *Civilization and its Contents*, cit., p. 50: la influyente *Histoire de la civilisation en Europe* de François Guizot (1828) « reminds us that discussions on civilization [en el contexto, como caldo de cultivo del colonialismo] are always about current events as much as about scholarly inquiry », lo que desde luego « must apply to the present book », el de Bruce Mazlish, así como a este artículo, el mío, y al libro que comenta, el de JMF. Con menos gentileza, el mismo MAZLISH, *The New Global History*, cit., arrancando: « Scholarship that pretends to be without passion is a charade ».

<sup>(144)</sup> VARISCO, *Reading Orientalism*, cit., p. 5: « The story that had to be told was that of a generic Western complicity throughout at least two centuries of virtually unimpeded imperial ambition and colonial expansion in all directions ». No osaría decir de otras historiografías, pero para la española y latinoamericana, como he venido señalando, ese tiempo verbal en pasado ha de ser todavía en presente.

<sup>(145)</sup> VERACINI, *The Settler Colonial Present*, cit., conclusión, entendiendo además que la descolonización como *unsettlement* no ha de contraerse tan sólo a las *settler societies*; habrá de extenderse a las matrices políticas y culturales. Para la historia de la categoría, L. VERACINI, 'Settler Colonialism': *Career of a Concept*, en « The Journal of Imperial and Commonwealth History », 41 (2013), 2, pp. 313-333, con este inicio de carrera: « At first (until the 1960s), 'settlers', 'settlement' and 'colonisation' are understood as entirely unrelated to colonialism. The two do not occupy the same analytical field, pioneering endeavours are located in 'empty' settings and the presence and persistence of indigenous 'Others' is comprehensively disavowed ». Parece estar describiendo el estado actual de una historiografía eurolatinoamericana que sigue hablando de *Imperio* y tratando de *periodo colonial* sin implicar en ningún caso colonialismo. Resultándole así indiferente para el propio caso, *settler colonialism* no tiene ni traducción

sólo historia, sino también, al mismo efecto, historiografía. Esa que se ocupa del colonialismo de establecimiento supremacista desde un inicio y permanente hasta hoy también presenta un par de rasgos tan representativos como negativos; por una parte, desatiende el caso de Latinoamérica; por otra, no aprecia la potencialidad descolonizadora de mecanismos actuales de derecho internacional. Incluso al concretarse requerimientos de descolonización se producen discriminaciones colectivas. La implica excluir a los Estados latinoamericanos de entre las *naciones imperiales* o estados-imperios sin advertirse siquiera <sup>(146)</sup>.

La responsabilidad de la historiografía sobrepasa la conciencia de quien la produce. Cuando se maneja con cuestiones patentemente vivas y no con nimiedades artificiosamente animadas, es cuando se cumple de pleno el tópico de que la historia del pasado es ejercicio de presente con sus demandas, esperanzas e hipotecas. La historiografía no es en efecto una tarea ya tan políticamente neutra y aséptica, ya tan culturalmente cívica y formativa, como suelen presumir las ilusiones que a menudo se hace y que en todo caso fomenta, sólo por existir, el extraño cuerpo académico de profesionales de su investigación y su enseñanza, el que en casos incluso, como en el de España, somos personal perteneciente a la función pública. La dependencia del Estado, o del Imperio, no hace falta tenerla presente ni tampoco que sea directa, de un carácter

---

acuñada al español. Valga una perifrasis: colonialismo de asentamiento permanente e impropiación territorial que no confiesa su nombre. Acuñación ya hay en alemán: Jürgen OSTERHAMMEL, *Die Verwandlung der Welt. Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts*, Munich, C.H. Beck, 2009, cap. 7, ep. 5: *Siedlungskolonialismus*. Existe un sitio útil: [settlercolonialstudies.org](http://settlercolonialstudies.org).

<sup>(146)</sup> Para el juego de momento fallido de los mecanismos neodescolonizadores de derecho internacional, B. CLAVERO, *Consulta indígena e historia colonial: Colombia y las Américas, de México a Bolivia, entre Derechos Humanos y Derecho Constitucional, 1989-2014*, en « Quaderni fiorentini », 44 (2014), pp. 589-661. Para oportuno toque de atención sobre la habitual postergación de Latinoamérica en la concepción del *settler colonialism* y los correspondientes estudios no del todo así poscoloniales, Richard GOTT, *Latin America as a White Settler Society*, en « Bulletin of Latin American Research », 26 (2007), 2, pp. 269-287. Hay discriminaciones deliberadas. El estudio de un relator especial de Naciones Unidas sobre tratados entre pueblos indígenas y poderes coloniales incide en Estados Unidos preteriendo a América Latina bajo la agenda oculta de poner en evidencia al colonialismo estadounidense sin alcanzar al hispanoamericano, lo que me consta porque le facilité documentación que no utilizó: Miguel ALFONSO MARTÍNEZ, *Study on Treaties, Agreements and Other Constructive Arrangements Between States and Indigenous Populations*, conclusiones, 1999 ([ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc\\_id=7080](http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=7080)). La discriminación del caso se produce desde luego contra los pueblos indígenas y a favor de los Estados de América Latina.

funcionarial, para que opere y pese <sup>(147)</sup>. La exclusión dicha de Latinoamérica lo testimonia. La historiografía no es una ciencia y, menos, de carácter inocente. Sus *peers*, conscientes o irreflexivos que seamos, no hay forma de que estemos a completo resguardo de los apremios imperiales de designios políticos e intereses económicos fuera por lo común de nuestro control <sup>(148)</sup>. Negación de genocidios contra evidencias y subsiguiente denegación de responsabilidades se sitúan en esta coordenadas. Si los Imperios o sus sucesores no existieran, comprendida la dimensión imperialista de la globalización desregularizada del mercado, la historiografía sería de mente más libre <sup>(149)</sup>.

Afrontar el compromiso de la historia integral en libertad quiere cobrar conciencia de sus posibilidades, lo que quiere decir de sus limitaciones. Nos hemos topado con un par bien serio de diversa índole. Por un lado, hay asuntos para las que no bastan las lenguas académicas

---

<sup>(147)</sup> Ward Churchill fue expedientado bajo la acusación de plagio (nn. 62 y 68) por la Universidad de Boulder, Colorado, a cuyo claustro pertenecía como profesor de estudios étnicos, siendo finalmente expulsado, pero por razones de hecho no muy académicas. La expulsión se produjo tras el 9/11, después de que lo comparara con la atrocidad mayor del genocidio indígena impune: W. CHURCHILL, *The Justice of Roosting Chickens: Reflections of the Consequences of U.S. Imperial Arrogance and Criminality*, Oakland, AK Press, 2003. Recurrió a la justicia. La Corte Suprema de Colorado falló en su contra, y contra el veredicto unánime del jurado de la primera instancia, arguyendo que la libertad de expresión de la primera enmienda no es aplicable al caso de un profesor frente a su universidad. La Suprema Corte Federal no admitió a trámite la apelación. Un precedente contrario a la libertad académica queda sentado. Para la sociedad dominante, Churchill es un enemigo público: Dinesh D'SOUZA, *The Enemy at Home: The Cultural Left and Its Responsibility for 9/11*, New York, Doubleday, 2007, pp. 232 y 290.

<sup>(148)</sup> Daryl E. CHUBIN y Edward J. HACKETT, *Peerless Science: Peer Review and U.S. Science Policy*, New York, State University of New York, 1990; KRAMER, *Power and Connection*, cit., p. 1353: « In such settings (in the fields of international relations, political science, and foreign relations history), actors' categories — forged in State Department talking points, for example — spill easily into the academic realm, carrying with them the glow and authority of state power. Historical subjects are permitted to define, and constrain, historical interpretation ».

<sup>(149)</sup> Richard PEET, *Unholy Trinity: The IMF, World Bank and WTO*, Kuala Lumpur, Strategic Information Research Development, 2003; Thomas BORSTELMANN, *The 1970s: The New Global History from Civil Rights to Economic Inequality*, Princeton, PUP, 2012, cap. 4: *The retreat of the Empires and the Global Advance of the Market*; CLAVERO, *¿Globalización del constitucionalismo?*, cit.; Barbara ADAMS y Jens MARTENS, *Fit for whose purpose? Private Funding and Corporate Influence in the United Nations*, New York, Global Policy Forum, 2015; Tatah MENTAN, *Unmasking Social Science Imperialism: Globalization Theory as a Phase of Academic Colonialism*, Bamenda, Langaa, 2015.

que suelen ser las imperiales, inglés, español y francés para los cuatros casos. La humanidad colonizada no tiene posibilidad de hacerse viva si comenzamos por ignorar sus lenguas y depender de testimonios mal contrastables de parte digamos que adversa. De otro lado, hay voces acalladas sin remedio porque pueblos enteros han sido eliminados junto a todas sus huellas salvo el recuerdo, si acaso, de un nombre que suele ser además el impuesto por la parte colonialista, ni siquiera el propio. Es la negación absoluta de derechos, representación y ciudadanía; en definitiva, de humanidad. Con lo uno y con lo otro, en estas condiciones, ¿cabe historia integral de los Imperios? <sup>(150)</sup>. ¿Puede haber una macrohistoria consistente? Hay respuesta: la que no abrigue ni alimente ilusiones vanas; la que proceda comprobando, analizando y consignando las limitaciones de su empeño. *De te fabula narratur*: de la historiografía toda con ambición legítima de incidencia cívica.

Mi conclusión no es, con todo, ni melancólica ni agónica. Empiezo por dirigirme a mí mismo la recomendación encarecida de lectura y relectura. Ya estoy al cabo aprovechando los extensos e intensos conocimientos de historia imperial y constitucional comparada tan a mano ahora gracias a Josep Fradera. De momento me han impulsado a hilar cabos. Es deuda que guardo. *La nación imperial* en fin nos ofrece un colosal acervo de materiales concienzudamente elaborados que permiten reflexionar sobre un orden de cuestiones históricas aún sumamente importante en el día de hoy. Cuando despertamos, el iceberg todavía está ahí. « The rot remains with us [...] » <sup>(151)</sup>.

---

<sup>(150)</sup> A favor, lógicamente, JMF, p. XLIII: « Entre la truculencia de lecturas en densa clave racista y las benevolentes narraciones de liberación personal y colectiva, está el territorio menos complaciente de una historia nunca escrita por completo, pero por supuesto cognoscible ». Introduciendo igualmente, JMF expresa una sintonía de « ideas y preocupaciones » con José María Portillo y conmigo que agradezco y corroboro. Sin una concordancia de fondo no habría firme para un debate productivo en el que, de momento, quien más aprende, tras el autor, es el crítico. Esto último lo certifico.

<sup>(151)</sup> Derek WALCOTT, *Ruins of a Great House* (1962), en *Selected Poems*, Edward Bough (ed.), New York, Farrar-Straus-Giroux, 2007, pp. 7-8: « [...] The world's green age then was rotting lime / Whose stench became the charnel galleon's text. / The rot remains with us, the men are gone [...] ».



GIUSEPPE DUSO

BUON GOVERNO E AGIRE POLITICO DEI GOVERNATI:  
UN NUOVO MODO DI PENSARE LA DEMOCRAZIA?

(A proposito di P. Rosanvallon, *Le bon gouvernement*, Paris, Seuil, 2015)

1. Dalla *autorizzazione* ad una teoria democratica del governo. — 2. La logica della rappresentanza e la *democrazia autoritativa*. — 3. La questione del mandato. — 4. Il popolo come realtà politica e la categoria del governo. — 5. Una teoria democratica del governo? — 6. Buon governo e trasformazioni costituzionali.

Non può essere che con soddisfazione e un senso di appaesamento che si può leggere l'ultimo libro di Rosanvallon, se per un trentennio si sono condotte ricerche sulla storia dei concetti moderni, le quali, dopo aver evidenziato il condizionamento che la concettualità della sovranità ha esercitato sul modo di intendere le costituzioni democratiche, hanno finito con il porre il problema, urgente in relazione alle promesse disattese della democrazia, di spostare l'attenzione teorica dal tema della legittimazione del potere a quello della relazione tra governanti e governati. Nella presente riflessione intendo non tanto dar conto della ricchezza del contenuto del libro in questione, quanto piuttosto cercare di pensare il problema posto dall'analisi storico-sociale di Rosanvallon, incrociandolo alla luce del lavoro storico concettuale svolto; ripercorrendo così con libertà alcune indicazioni dell'Autore e alcune acquisizioni raggiunte. Insomma mi propongo qui non tanto di riferire del libro, ma di riflettere *con* il libro, in una consonanza che implica anche stili diversi di analisi e di pensiero.

Il tema del *buon governo* e la proposta di una *teoria democratica del governo* si pongono in una evidente linea di continuità con i lavori precedenti dello storico francese — sul popolo, sulla rivoluzione, sulla nascita e sullo sviluppo della democrazia e sulle forme di resistenza — nei quali si evidenziavano alcune difficoltà intrinseche della democrazia, come pure la necessità, per determinare uno spazio politico attivo dei cittadini, di spostare la riflessione sul tema del governo e dell'azione politica dei governati. La proposta di questo spostamento e del compito di ripensare la democrazia, mi sembra tanto rilevante quanto dirimente in relazione al dibattito teorico odierno, così come a quello

politico. Il compito si presenta poi come particolarmente arduo, in quanto richiede di andare oltre quella *concezione rappresentativa del potere* con la quale è stata identificata la massima conquista del pensiero politico moderno.

1. *Dalla autorizzazione ad una teoria democratica del governo.*

In relazione al tema della presente nota, si può innanzitutto evidenziare la decisione con cui, fin dall'inizio del libro, è posta in luce la predominanza che ha assunto il potere esecutivo, in una diffusa tendenza alla *presidenzializzazione*, che coinvolge anche i Paesi (si pensi all'Italia) che non hanno adottato una costituzione formale di tipo presidenzialistico. Quando si parla del *potere* al singolare, ciò a cui si allude è il potere esecutivo, a cui si richiede efficacia e responsabilità (p. 15). È il governo che è divenuto oggi il *pivot* della situazione politica, il luogo in cui si concentra, per quel che riguarda le decisioni politiche, il problema del presente.

Ciò che in questo modo si profila non è una modificazione indolore e trascurabile dei rapporti tra i poteri costituzionali, ma una vera e propria « mutazione globale della democrazia ». Tale mutamento che si presenta nei processi in corso coinvolge la stessa base teorica della democrazia. Infatti è il modello *parlamentare-rappresentativo* che si è imposto storicamente nelle democrazie moderne (p. 16). Già nella Rivoluzione francese il potere centrale e decisivo non può essere che quello *legislativo*, perché in esso si esprime, sia pur mediamente, l'unico sovrano razionalmente concepibile, cioè il popolo. Solo alla totalità, caratterizzata dalla *impersonalità* <sup>(1)</sup> può essere attribuita una volontà sovrana, cioè una volontà a cui non si possa non ubbidire. Così nel potere legislativo si trovano congiunti i due pilastri della forma politica moderna (come riconosce lo stesso Schmitt), quello della *sovranità* del popolo e quello della *rappresentanza* politica. La democrazia moderna è stata pensata, almeno per quanto riguarda la sua forma costituzionale, *proprio* e *solo* attraverso questi due concetti indisciungibili tra loro. È per questo che il compito posto da Rosanvallon richiede, da un punto di vista concettuale, uno sforzo notevole, il superamento cioè di questi due pilastri della costituzione, e perciò un modo diverso di pensare la democrazia e la politica.

Ben si comprende che nel quadro dei concetti moderni il termine di *governo* perde il carattere che aveva nella dottrina pre-moderna, con la responsabilità della guida che caratterizza già il suo etimo e che bene è raffigurata nella immagine, per secoli ricorrente, del nocchiero della

---

(1) Si tenga presente che questa caratteristica deve essere prodotta paradossalmente proprio attraverso la rappresentanza, che implica la mediazione personale.

nave della *respublica* <sup>(2)</sup>. La squalificazione (ma anche il mutamento radicale di significato) che viene ad assumere il governo è ben espressa dall'aggettivo — *esecutivo* — che lo determina come potere. Ci si può infatti chiedere, come ha fatto polemicamente Fichte, che potere sia quello che deve eseguire i comandi di un altro. Questa subordinazione del governo al legislativo non è tuttavia una scelta arbitraria e facilmente modificabile, perché si basa proprio sulla centralità del concetto di *potere impersonale e rappresentativo*.

Tuttavia, proprio a causa dello scarto e dell'effetto di *dissimmetria* concretamente prodotto dalla rappresentanza, secondo la quale solo alcuni agiscono politicamente per tutti, già nel periodo della Rivoluzione nasce, sulla base dell'istanza della democrazia diretta e come sostitutivo del mandato imperativo, l'esigenza di una partecipazione dei cittadini, di una *democrazia partecipativa*, come « perfezionamento/ superamento della democrazia rappresentativa ». Ugualmente, in dissonanza con il proclamato *regno della legge* (che coincide con la volontà generale e il comando dell'unico sovrano legittimo, cioè il popolo), con la sua dimensione totalizzante e con il mito della impersonalità, che comportano appunto il declassamento del governo a potere meramente « esecutivo », si sviluppa con Bonaparte una concentrazione di potere nell'esecutivo che evoca l'immagine cesarista dell'uomo-popolo e la concentrazione personale della decisione. Rosanvallon mostra bene che *impersonalità democratica della legge* e *cesarismo*, pur essendo poli opposti, *hanno in realtà fatto sistema* (p. 65). Ritengo che questo si possa dire non solo per quanto riguarda la realtà storica, ma anche la logica dei concetti, come ben si può comprendere se, analizzando la dottrina weberiana dei *Tipi del potere*, si riconosce nella *democrazia*

---

(2) Per la radicale differenza tra la categoria del governo e il concetto moderno di potere e per la negazione della relazione di governo che quest'ultimo comporta, rimando a G. DUSO, *Fine del governo e nascita del potere*, in ID., *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica* (1999), Monza, Polimetrica, 2007, pp. 84-91 (ora in [www.ciripge.it](http://www.ciripge.it)), e a ID., *Il potere e la nascita dei concetti moderni*, in S. CHIGNOLA, G. DUSO, *Storia dei concetti e filosofia politica*, Milano, FrancoAngeli, 2008, per quanto riguarda il principio del governo pp. 185-191. Dal momento che lo stesso Rosanvallon, in relazione al titolo del libro, *Le bon gouvernement*, rinvia — e il rinvio è d'obbligo — all'affresco di Ambrogio Lorenzetti, per comprendere la differenza radicale che si pone tra quella nozione di *governo* che il *buon governo* dell'affresco presuppone e il concetto di *potere legittimo* in quanto *rappresentativo*, che informa l'immagine del frontespizio del *Leviatano*, rimando a G. DUSO, *Die Aporien der Repräsentation zwischen Bild und Begriff*, in *Philosophie des Rechts und Verfassungstheorie*, hrsg. H. Dreier, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, pp. 65-85.

*plebiscitaria* non solo un fenomeno storico ma anche la manifestazione di una logica aporetica del potere legittimo e della democrazia <sup>(3)</sup>.

Il quadro teorico e legittimante della democrazia rappresentativa, con la priorità del legislativo che comporta, non solo si è dimostrato inefficace nel normare la realtà dei processi storici, che culminano oggi in una situazione di crisi, ma contiene in se stesso alcune aporie costitutive. Rosanvallon esamina la lunga via percorsa dal fenomeno della presidenzializzazione a partire dall'esperienza di Weimar, attraverso il *gollismo*, fino a quei fenomeni della politica contemporanea, che, anche quando non sfociano in una costituzione presidenzialistica, testimoniano della centralità oggi del governo. Uno dei meriti del lavoro sta nel mostrare che questo processo non è casuale e contingente, ma, al contrario, ha alla sua base alcune motivazioni che provengono dalle stesse istanze della democrazia. Le molle democratiche di questo processo sono identificate, innanzitutto, nella richiesta sociale di imputazione e dunque nella esigenza di attribuzione di responsabilità a chi esercita il potere, che possono dare ai governati l'impressione di poter essere giudici di chi governa e pesare sulle decisioni politiche. Ciò comporta un secondo elemento, quello della richiesta sociale di espressione di volontà, cioè la pretesa dei singoli di essere protagonisti della politica, contro l'impossessamento dell'agire politico da parte del corpo rappresentativo. Infine questo processo risponde ad una domanda di trasparenza delle istituzioni e dei meccanismi di decisione politica.

Per questi motivi, paradossalmente, la via cesarista appare agli occhi dei cittadini come il vettore di « una possibile riappropriazione sensibile della politica » (p. 157). Ciò non è strano se si ricorda, seguendo Weber e Schmitt, il nesso che trasforma la democrazia diretta in democrazia plebiscitaria <sup>(4)</sup>, e se contemporaneamente si constata

---

<sup>(3)</sup> Cfr. G. DUSO, *Tipi del potere e forma politica moderna in Max Weber*, in *La rappresentanza politica: genesi e crisi del concetto*, Milano, FrancoAngeli, 2003 (ora [www.ciripge.it](http://www.ciripge.it)), pp. 120-144, dove si cerca di mostrare l'implicazione reciproca dei tipi del potere, quello carismatico e quello razionale legale, non solo da un punto di vista storico, come ammette Weber stesso, ma anche teorico-concettuale. Del resto nello stesso Rosanvallon si ritrova il richiamo a Weber in relazione all'affermazione che le teorie classiche della legittimità sono teorie dell'autorizzazione (il che significa della *rappresentanza*) e alla constatazione che la democrazia viene a coincidere con la scelta diretta di un capo (cfr. pp. 169-160 e 123 e ss.).

<sup>(4)</sup> La conversione della democrazia diretta in democrazia plebiscitaria viene alla luce nel momento in cui si rifletta su come sia possibile passare dalla molteplicità indefinita delle volontà dei singoli all'unica volontà del popolo. Ciò comporta la necessità di porre a tema la natura della rappresentanza e la sua imprescindibilità per pensare la sovranità moderna, e dunque anche la democrazia diretta sulla base della sovranità (G. DUSO, *Genesis e aporie dei concetti della democrazia moderna*, in *Oltre la democrazia. Un itinerario attraverso i classici*, Roma, Carocci, 2004, pp. 107-138).

che coloro che criticano l'espropriazione e la spoliticizzazione del cittadino prodotta dalla rappresentanza, solitamente si riferiscono a quella democrazia diretta che, al di là della consapevolezza che se ne ha, rischia di implicare strutturalmente l'aspetto plebiscitario e la presenza di un capo.

La conclusione di Rosanvallon è che non ci troviamo di fronte ad una situazione transitoria e contingente, ma ad un « movimento irreversibile ». Tuttavia questi sostegni democratici del presidenzialismo si mostrano illusori, e si risolvono nell'alveo di quella che altro non è che una *democrazia di autorizzazione* (p. 21), in consonanza con le teorie classiche della legittimità, che in realtà consistono nel rendere accettabile l'esercizio di un comando a cui ubbidire (p. 158). Infatti l'elezione del capo del governo in altro non consiste che in una « carta in bianco », una promessa di sottomissione a un capo che riguarda il futuro, e non costituisce certo uno strumento capace di regolare il rapporto tra governati e governanti: crea, al contrario, una dissimmetria incolmabile.

Per uscire dalla crisi, secondo l'Autore, risulta vano ed inefficace il richiamo alla classica supremazia del Parlamento. Ciò che egli propone invece è la necessità di andare oltre una semplice *democrazia dell'autorizzazione*, nella direzione di una democrazia in cui i cittadini si riappropriano dell'azione politica, dunque di una *democrazia di riappropriazione*, una *democrazia di esercizio*, per la quale appare necessaria una nuova *teoria democratica del governo*, espressione nella quale il termine *democratico* non solo non si identifica con il processo dell'elezione, ma, al contrario, ne richiede il superamento <sup>(5)</sup>. Ma prima di passare a discutere questa proposta assieme a quella degli strumenti che potrebbero essere utilizzati, mi sembra utile ricordare qualche elemento in relazione alle aporie concettuali della teoria della democrazia, che dipendono dal fatto che questa è stata pensata nell'orizzonte della sovranità moderna.

## 2. *La logica della rappresentanza e la democrazia autoritativa.*

Per mostrare come una ricerca filosofica sui concetti moderni <sup>(6)</sup> incroci e possa dialogare proficuamente con la ricerca storico-

---

<sup>(5)</sup> In questa espressione l'accezione del termine viene ad assumere quel significato di dimensione politica dei cittadini che è la promessa disattesa delle costituzioni democratiche.

<sup>(6)</sup> Mi riferisco a quella radicalizzazione filosofica della *Begriffsgeschichte* tedesca che è stata praticata dal gruppo di ricerca padovano (cfr. G. DUSO, *Storia concettuale come filosofia politica*, in *Id.*, *La logica del potere*, cit.). Per una bibliografia ragionata, cfr. *Nota sul contributo padovano alla storia concettuale*, in [www.ciripge.it](http://www.ciripge.it).

sociologica di Rosanvallon, cerco di identificare il motivo del perché la democraticità del governo è oggi intesa nel senso della mera *autorizzazione*. La causa sta proprio nel fatto che tale democraticità si afferma mediante le *elezioni*, secondo la convinzione diffusa che queste rappresentino lo strumento caratteristico della democrazia. Ora le elezioni moderne non sono pensabili se non come manifestazione di quel *moderno concetto di rappresentanza* che non sorge con la democrazia moderna, ma ha la sua genesi nell'orizzonte concettuale della sovranità, che fa la sua comparsa nelle dottrine moderne del diritto naturale (7). La rappresentatività non è una modalità dell'esercizio del potere, ma la condizione della sua pensabilità. La sovranità moderna, a partire da Hobbes, non può essere posta se non mediante il concetto di rappresentanza (esposto, infatti, nel XVI capitolo del *Leviatano*, cioè prima della formazione del *Commonwealth* e del sovrano mediante il contratto), il quale permette di concepire una persona artificiale, la *persona civile*, quella che poi sarà identificata con lo Stato. Ciò che è a questo fine necessario, infatti, è che alla base ci sia il riconoscimento previo, da parte della moltitudine degli individui, della volontà e dell'agire politico espresso da colui che rappresenterà, cioè esprimerà per tutti, la volontà e l'azione della totalità del corpo politico. Questo è il processo di *autorizzazione*, nel quale tutti si dichiarano *autori* delle azioni che l'*attore*, cioè il rappresentante, compirà (e questo *prima* ovviamente che egli le compia e a prescindere dal contenuto che le azioni avranno). *Senza questo nuovo concetto di rappresentanza non è pensabile un corpo politico che abbia alla sua base la moltitudine degli individui singoli, né un potere legittimo quale è la sovranità moderna*. Dunque il fondamento (la legittimità) del potere viene dal basso, e conseguentemente il comando politico, che viene dall'alto, cioè che è espresso dal rappresentante, è da attribuire non a lui, ma alla totalità del corpo politico: in tal modo fin dalla sua genesi il potere legittimo è inteso come *potere rappresentativo*. Perciò non può essere che quello dell'ubbidienza l'atteggiamento dei cittadini: infatti l'origine del comando è posta proprio in loro, che ne sono gli *autori*.

È proprio *questo concetto di rappresentanza* — che chiude una lunga storia in cui a partire dal medioevo, mediante la nozione di *repraesentatio identitatis*, la rappresentanza si riferiva alle parti (pluralità dunque) del corpo politico di fronte all'istanza unitaria del governo (8) — che si cala nelle costituzioni a partire dalla Rivoluzione francese e connota la storia delle democrazie moderne. Il rappresen-

---

(7) Cfr. G. DUSO, *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, ora Milano, FrancoAngeli, 2006.

(8) Per la *repraesentatio identitatis* e in genere per il tema della rappresentazione in tutte le sue implicazioni, il testo fondamentale è sempre quello, ora tradotto in

tante non ha più il compito di *rispecchiare* e dare rilevanza politica a volontà particolari esistenti della società, ma quello di *dare forma* a quella volontà unitaria del popolo che non esiste — e proprio perché non esiste — nella esperienza reale. Illuminante è l'entusiasmo per la fine della rilevanza politica delle parti, delle corporazioni, e conseguentemente del mandato, in favore di quella strana figura che è il *mandato libero*. Dal momento che questo assetto concettuale, che ravvisa nella rappresentanza l'unica possibilità per il passaggio dalla molteplicità indefinita degli individui all'unità della volontà politica, si traduce costituzionalmente nelle *elezioni* (il ritornello ripetuto nella Rivoluzione è che *non c'è rappresentazione senza elezione*), come processo insieme di formazione e legittimazione del potere, ciò significa che nelle elezioni non si realizza una *trasmissione di volontà politica*, bensì un *processo di autorizzazione*, nel quale appunto si dà carta bianca a colui che è eletto nella funzione di rappresentante.

A causa di un tale atto, i cittadini non sono più sullo stesso piano del rappresentante, per interferire, cooperare, correggere e controllare politicamente il suo operato, perché non sono *attori politici*. Perciò si comprende che anche nella elezione diretta del governo ciò che agisce è sempre la logica *autoritativa della rappresentanza*. L'elezione insomma, contro quanto solitamente si crede, non è uno strumento capace di rendere effettiva la partecipazione dei cittadini, e nemmeno di esercitare un vero controllo sul governo, se si ritiene che il *controllo* della concreta azione del governo non possa ridursi alla scelta di un altro esecutivo, e dunque alla semplice sostituzione del *capo*. Se il voto costituisce l'atto politico del cittadino, questo stesso atto lo priva di azione politica e della possibilità di controllare l'esercizio del potere e di influire su di esso.

Sono consapevole che questa descrizione del concetto moderno di rappresentanza può apparire, e in realtà è, parziale, in quanto radicalizza l'elemento di novità che esso produce nella storia e l'aspetto formale che risulta decisivo nel processo costituzionale. Gli studiosi mettono in luce che il fenomeno della rappresentanza non si limita a questo aspetto della *indipendenza* del rappresentante, ma ne comporta un altro, secondo il quale il rapporto tra elettore ed eletto non è solo fiduciario (fiducia in persone poi che nemmeno si conoscono), ma è anche un rapporto di *vicinanza*, di *corrispondenza*: si creerebbe cioè una relazione tra ciò che l'elettore pensa si debba fare nella scena politica e quello che l'eletto si propone di fare. Insomma si verrebbe a determinare un legame tra le idee politiche dell'elettore e quelle dell'eletto, così

---

italiano, di H. HOFMANN, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2007.

da poter in qualche modo parlare di *trasmissione di volontà* <sup>(9)</sup>. Nello stesso volume a cui mi sto riferendo, Rosanvallon ravvisa nella rappresentanza parlamentare, al di là della semplice delega, un aspetto di *rappresentanza-figurazione*, che allude ad una forma di rispecchiamento della complessità e delle diversità esistenti nella società (p. 297), aspetto che si perderebbe nella personalizzazione che caratterizza il capo dell'esecutivo nel processo di presidenzializzazione (p. 162) <sup>(10)</sup>.

Questo problema del rispecchiamento della società nasce fin dall'inizio della storia della moderna rappresentanza, proprio a causa della distinzione-separazione di società civile e Stato e della necessità di riempire concretamente il quadro formale che lega i rappresentanti ai rappresentati. La relazione di vicinanza tra elettore ed eletto richiede, per tutto quel lungo periodo storico per il quale si è parlato di « Stato dei partiti », di porre a tema la figura del partito. Infatti un effetto di vicinanza tra l'elettore e l'eletto, e dunque la conseguente sensazione che nella scelta del candidato in qualche modo si manifesti una trasmissione di volontà, è possibile per il fatto che i candidati nelle elezioni sono presentati dai partiti all'interno di determinati programmi: sono dunque i partiti a costituire una mediazione tra la volontà degli elettori e quella dei rappresentanti e ad essere garanti di tale relazione. In effetti, come ricorda lo stesso Rosanvallon, i grandi partiti di massa hanno svolto per lungo tempo questa funzione di rispecchiamento dei bisogni e della esigenza di emancipazione di gran parte dei cittadini e hanno costituito la via di trasmissione tra società civile e Stato.

Non è qui possibile soffermarsi sul tema dei partiti <sup>(11)</sup>; ma pur riconoscendo la grande funzione sociale che essi hanno svolto, mi pare, per motivi legati non solo ai processi storici, ma anche all'assetto teorico in cui la vicenda dei partiti si inserisce, che si possa dire che la mediazione dei partiti è giunta ad un punto in cui non solo non risolve, ma invece complica le aporie messe in luce e rischia di convertirsi in un ostacolo per l'agire politico dei cittadini e la loro partecipazione. Si possono ricordare almeno due punti. Il primo consiste nel fatto che il rapporto di volontà tra elettore ed eletto, che sarebbe reso possibile dai programmi dei partiti, richiede, per essere effettivo, che il deputato sia

---

<sup>(9)</sup> Cfr. H. PITKIN, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1967, pp. 144-167, trad. it. *La controversia mandato-indipendenza*, in *La rappresentanza politica*, a cura di D. Fisichella, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 177-212 e anche P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, sp. p. 267 e ss.

<sup>(10)</sup> Il mio tentativo è di mostrare che lo *iato* nei confronti della realtà sociale è già implicito nella rappresentanza in quanto tale.

<sup>(11)</sup> Rimando per questo a G. DUSO, *Parti o partiti? Sul partito politico nella democrazia rappresentativa*, in « Filosofia politica », 2015, 1, pp. 11-38.

in realtà controllato e condizionato dalle decisioni del partito, sia legato cioè ad un nuovo tipo di *mandato imperativo*, contro la lettera della costituzione e lo spirito della rappresentanza moderna, secondo il quale la libertà dal vincolo di mandato è elemento essenziale per la legittimazione del potere. E il mandato in questo caso non proviene da parti della società, ma da gruppi che hanno una loro autonoma organizzazione e specifici interessi nella lotta politica. Il secondo comporta la constatazione che la mediazione decisiva dei partiti rende ineffettuale, almeno per quanto riguarda un parlamentarismo puro come quello che caratterizza la costituzione italiana, quella divisione dei poteri che è il vanto delle costituzioni repubblicane. Infatti quale dialettica ci può essere tra un Parlamento, le cui decisioni sono il risultato della volontà e dell'accordo dei partiti di maggioranza (che, come ci ha insegnato già Weber, si realizza al di fuori del Parlamento), ed un governo, che è appunto formato dagli stessi partiti di maggioranza e dunque prende le sue decisioni in base agli accordi di questi ultimi? Ciò a maggior ragione se si tiene presente l'aspetto cesarista che è divenuto dominante nei partiti, tanto più quanto maggiore è il processo della loro democratizzazione e l'uso al loro interno delle elezioni come avviene con le *primarie* (12). Ma in questa sede è sufficiente richiamare ciò che ricorda lo stesso Rosanvallon, e cioè che, anche se i partiti hanno svolto questa funzione di rispecchiamento della realtà sociale, ora non la svolgono più e sono totalmente fagocitati dai processi del governo, divenendo ausiliari del potere esecutivo (già a p. 26); cosa questa oggi facilmente da tutti constatabile.

Nonostante dunque si possa parlare di quell'aspetto di relazione tra società e Stato che è pure stato ravvisato nella rappresentanza, mi sembra si possa dire che lo iato prodotto dalla natura del concetto moderno di rappresentanza non sia superato e coinvolga il potere in quanto tale, che resta *uno* pur nella sua articolazione. La sovranità non sopporta una vera divisione dei poteri, una *balance* alla maniera di Montesquieu (13): non a caso il governo è denominato, in modo conseguente alla logica della sovranità, « potere esecutivo ». Dal momento che la rappresentanza riguarda non solo il Parlamento, ma il potere politico in quanto tale, avviene che anche la predominanza dell'esecutivo è legittimata dall'elezione, cioè da un atto di mera autorizzazione. Se fin da subito il governo è ben altro che mero *potere esecutivo* e si sviluppa una storia della sua preminenza come quella

---

(12) Ivi, p. 30 e ss.

(13) Montesquieu è irriducibile al dibattito liberale sulla divisione dei poteri, come mostra il recente bel saggio di P. SLOGO, *Il movimento delle leggi. L'ordine dei costumi in Montesquieu*, Milano, FrancoAngeli, 2015.

descritta da Rosanvallon, ciò deriva dal fatto che i concetti prodotti dalla teoria non riescono ad informare di sé i processi reali, non ci permettono nemmeno di comprenderli, non solo, ma mostrano di non essere razionalmente coerenti come pretendono, ma al contrario di dar luogo a conseguenze contraddittorie. Ciò già dal punto di vista della teoria, se si ravvisa nelle elezioni un processo di autorizzazione, che, in quanto tale, priva i cittadini dell'agire politico. Ma il *deficit* normativo di quel dispositivo concettuale è riscontrabile anche nella realtà storica, nella quale, nonostante il fondamento teorico della impersonalità della legge e il conseguente declassamento del governo a *potere esecutivo*, appare insopprimibile quell'azione di guida e di governo, che non è impersonale, ma è da attribuire a persone determinate.

Il carattere *solamente autoritativo* che ha avuto fin'ora la democrazia dipende dal fatto che è stata pensata nell'orizzonte della sovranità moderna. È questo, e cioè il *nesso di rappresentanza e sovranità*, che deve essere allora superato per attingere una concezione che permetta ai cittadini il controllo dell'*esercizio del governo* e la possibilità di influire sulle sue decisioni.

### 3. *La questione del mandato.*

Mi sembra utile cercare di chiarire la questione del mandato, su cui a volte si incrociano opinioni diverse e contraddittorie. Dire che le elezioni conferiscono al rappresentante un *mandato libero*, significa che in realtà non c'è *nessun mandato*: cioè che nel suo agire, nel determinare la volontà politica dell'organo rappresentativo, il rappresentante *non è vincolato* da nessuna istruzione, da nessuna volontà determinata, di singoli o di gruppi, preesistente. Infatti le costituzioni recitano (così ad es. la Costituzione italiana all'art. 67) che «Ogni membro del parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni *senza vincolo di mandato*». Ben si comprende allora che l'elezione, nonostante la complessità del problema sopra ricordata, per la sua stessa natura, anziché creare un *legame* tra i cittadini e il corpo rappresentativo, instaura un rapporto che in realtà comporta la negazione della relazione e della partecipazione alle concrete decisioni politiche.

Questa natura della moderna rappresentanza e l'effetto di espulsione del cittadino dalle decisioni politiche che essa produce sono ben percepiti fin dall'inizio della storia delle costituzioni moderne, dal momento che, già nei primi anni della Rivoluzione francese, si impone il problema di correggere lo *iato* provocato dalla rappresentanza con forme di democrazia diretta. E questo sforzo è continuamente presente nello sviluppo delle costituzioni francesi e nella stessa nostra costitu-

zione, ad esempio attraverso l'istituto del *referendum* (14). A questo proposito appare significativo il richiamo di Rosanvallon al decreto del 1789 riguardante il diritto di petizione, inteso « come una sorta di compensazione della confisca del potere dell'elettore prodotta dalla proibizione del mandato imperativo e dalla conseguente libertà di manovra accordata al rappresentante » (p. 289). Altrettanto significativo è il suo richiamo della posizione di Émile de Girardin, il quale, molto lucidamente, afferma che il diritto di petizione è un anacronismo, in quanto non ha senso nell'orizzonte in cui sovrano è il popolo: dunque non è consono al regime democratico, ma piuttosto a quello monarchico; cioè ad un orizzonte in cui il comando politico proviene dal re e non dal popolo.

Nel dibattito politico odierno la richiesta di un più stretto vincolo di mandato sui parlamentari è dettata dall'esigenza di mantenerli legati ai programmi all'interno dei quali sono stati eletti, per evitare il fenomeno del trasformismo, che in Italia ha dimensioni rilevanti. In tal modo verrebbe confermato quell'aspetto di trasmissione di volontà da parte dell'elettore sopra indicato, anche se ciò comporta un dissidio con la costituzione formale, che nega tale vincolo. In qualche caso, soprattutto quando non proviene dagli organi direttivi del partito, ma da un gruppo di cittadini (questa in Italia la posizione del movimento *Cinque stelle*), il mandato imperativo viene presentato come una forma di democrazia diretta. Al di là delle intenzioni e del tipo di funzione che può esercitare nella situazione contingente, questo richiamo al mandato imperativo, alla luce di una storia dei concetti, appare problematico.

Il mandato imperativo, per essere effettivamente concepibile, implica un orizzonte in cui si rappresentano parti con bisogni, diritti, volontà, *libertates* particolari — *già realmente esistenti affinché appunto possa darsi il mandato* — di fronte a colui che esprime il comando nella forma del governo, cioè a colui a cui il comando è imputabile. Da una parte la volontà deve essere determinata, e in tal modo particolare, precedentemente al mandato stesso, e dall'altra l'istanza di governo deve apparire come *altra* e non come prodotta rappresentativamente della volontà del mandante. Ma questo non è pensabile nell'ottica della democrazia moderna. Infatti, anche nel caso della democrazia diretta, il problema è quello di passare dalle molte volontà particolari all'unica volontà generale, alla volontà del popolo, che è imputabile a tutti (15).

---

(14) Per una analisi critica delle forme che si ispirano alla democrazia diretta rimando a *Genesi e aporie dei concetti della democrazia moderna*, cit., sp. pp. 129-136.

(15) Ho cercato di mostrare che anche la contrapposizione tra una *democrazia degli antichi* intesa come *democrazia diretta* e la *democrazia moderna*, che non può che essere *rappresentativa*, magari a causa delle grandi dimensioni degli stati moderni, pur vantando nobili sostenitori, appare non consapevole della differenza tra i concetti

E questa non esiste *prima*, in modo tale da poter generare un mandato. Ciò richiederebbe che la volontà del soggetto collettivo fosse già formata come *una* prima del mandato. Ma, in realtà alla base del mandato stanno i singoli, e dunque il problema che si pone è ancora quello del *passaggio dalla volontà particolare dei singoli all'unica volontà del popolo*, la quale ovviamente non può coincidere con quella dei singoli. A maggior ragione se l'espressione di volontà da parte di un gruppo di cittadini ha come fine quello di diventare volontà della totalità del corpo politico, attraverso le dinamiche del Parlamento, e dunque attraverso il confronto con altre volontà.

È proprio questo problematico ed aporetico passaggio *dai molti all'uno* che, fin dall'inizio della storia della sovranità, anche nel momento rousseauiano, in cui si tenta di pensare la diretta manifestazione della volontà del popolo proprio contro il principio rappresentativo, comporta quello scarto tra la molteplicità delle concrete volontà particolari e l'unità della volontà politica che si presenta nel XVI capitolo del *Leviatano* come costitutivo del moderno concetto di rappresentanza <sup>(16)</sup>. Insomma il mandato imperativo è appaesato in un pensiero pre-moderno del governo e non è invece concepibile nell'immaginazione moderna della democrazia diretta; non è nemmeno concepibile in un nostro pensiero democratico del governo che superi le aporie del nesso sovranità-rappresentazione.

Per comprendere lo spostamento di orizzonte che è necessario, occorre tener ferma l'acquisizione che il superamento della aporie e dello iato creato dalla rappresentanza non può avvenire attraverso forme di democrazia diretta, perché questa non è che l'altro lato della democrazia pensata sulla base della sovranità, e dunque condivide le aporie della democrazia rappresentativa. Oggi l'*impasse* in cui si trovano sia il dibattito teorico, sia quello politico, deriva dal fatto che si rimane imprigionati da questa alternativa, la quale deve essere superata se si vuole affrontare il problema di una reale partecipazione dei cittadini alle decisioni politiche.

In questa direzione mi pare vada anche Rosanvallon, come si può riscontrare dalla sua constatazione che nemmeno in Rousseau si ha *autogoverno*, in quanto il popolo è concepito in due diversi significati, quello in cui è *corpo civico*, è cioè *un soggetto*, che emana un'unica volontà, cioè la legge, e quello secondo cui è *corpo sociale*, con le

---

moderni e l'orizzonte di pensiero degli antichi, nel quale qualcosa come *il potere del popolo*, nel significato che inevitabilmente per noi hanno queste parole, non è pensabile (cfr. *Introduzione a Oltre la democrazia*, cit., sp. pp. 15-26).

<sup>(16)</sup> Tale pretesa della immediata politicità del popolo non riesce in realtà a superare le aporie della rappresentazione (cfr. *Il popolo contro il rappresentante*, in *La rappresentanza politica*, cit., pp. 92-96).

differenze e la pluralità che lo caratterizzano (pp. 197-200). Questa duplicità di sensi comporta una scissione anche all'interno dell'uomo, il quale non è immediatamente *cittadino*, ma insieme sovrano e privato. Perciò la sovranità del popolo si esprime nel momento universale in cui esso dà le leggi a se stesso come intero, e non nel governo, che, in realtà, non può prevedere il popolo come soggetto che lo eserciti. E ciò proprio in quanto il governo comporta azioni particolari sul popolo inteso come realtà sociale plurale, e dunque presuppone ed insieme produce *differenze* tra i cittadini <sup>(17)</sup>.

Il fatto che Rosanvallon, nel momento in cui pone il problema di una « democrazia interattiva », indichi la necessità di « rinnovare l'antica nozione di mandato », appare interessante, perché mostra che il compito di pensare la politica nel presente non si può affrontare rimanendo all'interno dell'orizzonte dei concetti moderni. Al contrario tener presente esperienze e pensiero del passato, nel momento in cui si colgono le aporie del dispositivo concettuale moderno, appare particolarmente produttivo <sup>(18)</sup>. L'esigenza che l'Autore in tal modo esprime è quella di trovare il modo di dare una funzione politica alle *differenze e alle istanze reali presenti nella società*, e di conferire protagonismo politico ai cittadini. Ciò è condivisibile ed evidenzia l'utilità di guardare *oltre* i concetti moderni, anche nella direzione del passato. Tuttavia non è una *antica nozione di mandato* a poter essere utilizzata ai fini di una teoria democratica del governo. Per questo scopo è necessario oggi pensare in modo nuovo l'emergere delle differenze sociali e la stessa figura del mandato, al di là del *mandato libero* e del *mandato imperativo*. È infatti significativo che egli richiami a questo fine la figura di Durkheim, il quale proprio mentre si propone di concepire in modo nuovo la democrazia, si oppone alle teorie del mandato imperativo <sup>(19)</sup>.

Il riferimento alla concreta realtà sociale del popolo e alla pluralità che lo caratterizza mostra la necessità di pensare mediante la *categoria del governo* quel comando politico che, nell'orizzonte della sovranità, è stato inteso mediante il concetto di *potere rappresentativo*.

---

<sup>(17)</sup> Ciò significa che in realtà non ci sono *due* principi della forma politica moderna, quello dell'*identità* e quello della *rappresentazione*, come sembra proporre Carl Schmitt, ma in realtà un'unica struttura, nella quale l'identità del popolo si manifesta attraverso la dualità che caratterizza la rappresentazione (cfr. *La rappresentanza politica*, cit., pp. 145-173).

<sup>(18)</sup> In questa direzione vanno i miei rimandi ai Greci e ad Althusius nelle pagine seguenti.

<sup>(19)</sup> Cfr. pp. 297-301. Sul tema della rappresentazione delle differenze è interessante attraversare insieme il pensiero di Hegel e quello di Durkheim, come è avvenuto in un seminario parigino presso l'EHESS del gennaio del 2015 e nel numero 1/2016 di « Filosofia politica ».

#### 4. *Il popolo come realtà politica e la categoria del governo.*

Se riflettiamo sulla crisi attuale alla luce del lavoro di Rosanvallon, vediamo emergere, in quello che è stato chiamato *l'irreversibile processo del presidenzialismo*, una serie di aspetti negativi, che si risolvono nel dominio e nella passività dei governati. La tendenza cioè all'illiberalismo, a forme di autoritarismo, a quel leaderismo che annulla, anche all'interno dei partiti, tutte le istanze di collegialità, al populismo, che induce a decisioni che più che al buon governo guardano al consenso. Non ci si può qui soffermare su ciò, ma penso che non si tratti solo di contingenti e temporanee degenerazioni di un *concetto puro di democrazia*, ma che questi pericoli siano intrinseci al quadro teorico della democrazia sopra ricordato e connaturati allo strumento delle elezioni. Queste prevedono che, sul fondamento dell'uguaglianza, i singoli esercitino il diritto politico del voto *come singoli*, al di fuori di ogni relazione e dunque delle differenze esistenti nella società. In tal modo nel momento decisivo del voto i cittadini sono dipendenti solamente dalle loro opinioni e dunque totalmente in balia di chi riesce a formarle e a manipolarle <sup>(20)</sup>.

La proposta di Rosanvallon ha una ricaduta di estrema importanza sul dibattito politico odierno, nel momento in cui ritiene vano e inefficace il richiamo ai principi classici della democrazia. È questa invece la via largamente battuta da intellettuali, costituzionalisti e uomini politici per uscire dalla crisi politica attuale. Ciò anche in Italia, dove sono in molti a ritenere che la centralità dell'esecutivo sia una semplice deviazione dalla *vera democrazia*, e che quello che è considerato lo strapotere del capo del governo sia dovuto alla contingente presenza di personalità forti e accentrati. I rimedi a questa situazione sarebbero costituiti dal richiamo alla lettera della costituzione, alla primarietà del legislativo, alla impersonalità del potere, alla sua rappresentatività, alla centralità delle elezioni. Tale posizione mostra alla sua base da una parte l'incomprensione della realtà concreta in cui siamo, e dall'altra la mancanza di consapevolezza delle aporie che emergono nella teoria classica della democrazia; in questo modo si finisce per produrre effetti contraddittori nei confronti delle intenzioni che stanno alla base della stessa proposta dei rimedi.

Ciò che occorre invece è una nuova concezione della democrazia, *una concezione che, comprendendo l'insopprimibilità della relazione di governo tra gli uomini, la sappia pensare in modo democratico*. E il termine *democratico* allude qui alla partecipazione attiva dei cittadini, alla loro influenza e partecipazione alle decisioni politiche, alla loro

---

<sup>(20)</sup> Sull'assolutizzazione dell'arbitrio nelle elezioni si veda B. KARSENTI, *Elezioni e giudizio di tutti*, in « Filosofia politica », 2006, 3, pp. 415-430; ma ad una critica dei concetti della democrazia è dedicato l'interno fascicolo.

effettiva capacità di controllo, e, in fondo, alla stessa superiorità dei governati nei confronti della funzione del governo, e cioè a tutto ciò che appare precluso dalla democrazia qualora — rappresentativa o diretta — sia pensata sulla base della sovranità.

Rosanvallon è ben consapevole che si tratta di un compito nuovo e di grande portata; egli scrive: « non esiste a tutt'oggi una teoria democratica dell'azione governamentale [...] Ma si può dire di più: che non c'è mai stata una teoria del governo *tout court* » (p. 187). Se la prima affermazione è condivisibile e identifica il nostro compito, la seconda è invece da problematizzare alla luce delle ricerche svolte sulla storia dei concetti politici. Dal momento che, se è vero che la mancanza di una teoria democratica del governo oggi non è casuale, ma dipende dal dispositivo concettuale con cui si concepisce l'ordine politico, è anche vero che questo dispositivo è nato come tentativo di annullare il valore razionale delle concezioni politiche di due millenni di storia, al centro delle quali stava la relazione tra chi governa e chi è governato. Tale relazione era considerata non solo come un dato dell'esperienza, ma anche come naturale e razionale, così che le diverse concezioni politiche si differenziavano proprio per la diversa modalità di pensarla.

Soffermiamoci dunque innanzitutto sulla questione di una concezione politica che ha al suo centro la relazione di governo tra gli uomini. Chiarire cosa ciò comporti è un compito prioritario, perché, solo se si concepisce il comando politico nella forma del governo, sarà possibile tentare di delineare una concezione democratica del governo <sup>(21)</sup>. Bisogna avere consapevolezza che la nascita della sovranità moderna, e dunque del potere legittimo, si caratterizza esplicitamente come negazione di quella relazione di governo che costituiva il *presupposto* del pensiero politico precedente, e ciò proprio sulla base del fondamento della nuova teoria, che consiste nella nozione dell'individuo come base della costruzione politica e nei due concetti che lo caratterizzano, uguaglianza e libertà <sup>(22)</sup>. Se gli uomini sono concepiti secondo ragione come liberi e uguali, vengono a cadere quelle condi-

---

<sup>(21)</sup> Si badi bene che non si tratta di una teoria del *governo democratico*, perché questa tenderebbe inevitabilmente a fare del popolo il soggetto del governo e a ignorare la dissimmetria esistente tra chi governa e chi è governato, appunto sulla base della identificazione di governanti e governati. Ciò che comunemente si intende per governo democratico altro non è che la concezione della sovranità del popolo. Il problema è invece come intendere *democraticamente* la relazione di governo, e cioè in modo tale da concepire l'attività politica dei cittadini proprio in quanto *governati*, e non facendo di essi il soggetto del governo.

<sup>(22)</sup> Per quanto riguarda le argomentazioni e i passaggi testuali utili a mostrare la differenza tra la categoria di governo e il concetto (solo moderno) del potere, cfr. i saggi citati alla nota 2.

zioni, tra cui quella delle loro differenze, che permettono di pensare che qualcuno possa esercitare una azione di guida e di governo nei confronti degli altri.

Che la teoria moderna della sovranità abbia come fine proprio la negazione di un rapporto di governo tra gli uomini, risulta evidente nel *Leviatano* di Hobbes, quando egli identifica, nella trattazione della IX legge di natura, la relazione di governo con quella esistente tra padrone e schiavo, quella cioè che si manifesta in Aristotele non come *governo politico*, ma come *governo dispotico* (*arché dispotiké*)<sup>(23)</sup>. Questo passaggio del testo hobbesiano ci mostra il motivo che impedirà al pensiero, per tutta quella storia della Modernità che va dalla nascita della sovranità alla nostra democrazia, di pensare la relazione di governo. Infatti *il governo in quanto tale è concepito, nella forma del comando dispotico e del dominio*, quel dominio che la scienza politica moderna intende negare sul fondamento del concetto di libertà, il quale diventa d'ora in poi il concetto centrale e decisivo per la politica. La condivisibile convinzione di Rosanvallon, che non è un caso che manchi a tutt'oggi una teoria democratica del governo, da un punto di vista dell'analisi dei concetti, trova proprio qui la sua motivazione. Il potere politico a partire dal giusnaturalismo può essere pensato solo sulla base e come realizzazione della libertà degli individui (dunque nella forma della sovranità)<sup>(24)</sup>, mentre il governo è considerato, *in quanto tale*, negazione della libertà.

Il superamento della relazione di governo comporta un nuovo modo di intendere il corpo politico, il quale non è più concepito come composto di parti, bensì da una molteplicità di individui, razionalmente considerati come liberi. Non è allora più pensabile la dipendenza dal comando di qualcuno: gli *autori* del comando possono essere solo quegli stessi individui che al comando dovranno ubbidire. La sovranità moderna non nasce con Bodin, che si trova ancora all'interno di un diverso orizzonte di pensiero<sup>(25)</sup>, ma solo con Hobbes, quando cioè il potere del sovrano è attribuibile non al principe, ma, grazie alla figura rappresentativa del sovrano, a tutto il corpo politico, cioè a tutti, a tutti coloro che dovranno ubbidire. Qui emerge l'immagine dell'*autogoverno*

---

(23) Cfr. G. DUSO, *La democrazia e il problema del governo*, in «Filosofia politica», 2006, 3, sp. pp. 378-381.

(24) Sul legame di deduzione che lega la sovranità al concetto di libertà, sul fatto cioè che solo il concetto della libertà individuale moderna ha potuto produrre la sovranità con la sua assolutezza, cfr. DUSO, *Il potere e la nascita dei concetti*, cit., sp. pp. 176-185.

(25) Cfr. *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, a cura di G. Duso, Roma, Carocci, 1999 (ora in [www.ciripge.it](http://www.ciripge.it)), in particolare M. SCATTOLA, *Ordine della giustizia e sovranità in Jean Bodin*, pp. 61-76.

dei singoli, ma esattamente nel significato in cui di *governo* non si può più parlare. Infatti la « conquista » moderna consiste nel fatto che il comando è concepito in modo *rappresentativo*, cioè è attribuibile all'intero corpo politico. Ecco allora che il compito per il nostro pensiero diviene difficile e radicale. Per riuscire ad aprire la strada ad un pensiero del governo, bisogna uscire dall'orizzonte che si determina con questa concettualità moderna del *potere rappresentativo*, secondo la quale, nella sovranità prima, e poi nella democrazia, l'unica vera legittimazione consiste in fondo nel *fare del singolo l'autore del comando politico*. Ma uscire da tale orizzonte è possibile proprio in quanto si pone il compito di pensare il governo in modo tale che non sia dominio <sup>(26)</sup>. La radicalità del compito può essere così espressa: *è necessario superare la concezione rappresentativa del potere, perché solo in questo modo è possibile imputare l'azione di governo a qualcuno e renderlo perciò di essa responsabile; non solo, ma in questo modo anche i governati posso essere ritenuti politicamente presenti e attivi di fronte a chi governa.*

Ma se ciò fosse vero, allora il riattraversamento di quel lungo spazio del pensiero che non è condizionato dal taglio formale della sovranità moderna, potrebbe apparire particolarmente utile per cominciare a pensare il governo, non nel senso che risolve il nostro problema, che è ulteriore, ma in quanto ci può dare una serie di elementi fruttuosi, a maggior ragione se il tema del governo, presente prepotentemente oggi nella realtà storica, come mostra Rosanvallon, ricompare paradossalmente — contro la sua presunta negazione — come problema all'interno dello stesso orizzonte teorico della forma politica moderna <sup>(27)</sup>.

Non è qui possibile ripercorrere le preziose indicazioni che ci possono venire dall'attraversamento dei classici. Si possono solo richiamare, semplicemente nominandoli, alcuni punti. Innanzitutto è da ricordare la grande lezione che ci viene da quello che considero il più importante artefice della *Begriffsgeschichte* tedesca, cioè Otto Brunner. Egli, nel momento in cui mostra l'incapacità di comprendere con i concetti della scienza dell'economia moderna un'opera che, pur nel Seicento, si colloca ancora nell'orizzonte inaugurato dal pensiero aristotelico, afferma che, fino alla rottura operata dai concetti moderni,

---

(26) Un'operazione simile a quella hobbesiana mi pare si possa ravvisare anche in una posizione raffinata come quella di Agamben, nel momento in cui in *Il regno e la gloria*, per pensare al governo risale all'*economica* di Aristotele, e cioè all'*arché dispolitiké* anziché all'*arché politiké*, portando così inevitabilmente a ritenere il *governo in quanto tale* come dominio (cfr. G. DUSO, *Ripensare la rappresentanza alla luce della teologia politica*, in «Quaderni fiorentini», 41 (2012), sp. pp. 35-40).

(27) Cfr. DUSO, *La democrazia e il problema del governo*, cit.

etica individuale, *economica* e politica sono discipline *etiche*, e che il loro principio organizzatore consiste nel principio del governo, cioè nella necessità che in una realtà la cui natura è plurale ci sia un elemento che svolga una funzione di guida per impedire la disgregazione e tendere alla vita buona dell'insieme <sup>(28)</sup>.

Questa stretta relazione tra la funzione unificante di governo, che non esprime l'unità, ma *lavora all'unità* di una realtà politica plurale, e la pluralità costitutiva di quest'ultima — sia essa, e ciò comporta naturalmente diversità notevoli, *polis, civitas, respublica, regnum* —, la si può rintracciare durante tutta quella storia del pensiero politico che giunge fino alla rottura operata dai concetti moderni. La si trova in Aristotele — che ha condizionato una lunga tradizione fino alle soglie del moderno — per il quale la natura plurale della *polis* mostra l'esigenza di quell'*arché*, che non può essere intesa mediante il concetto di potere, ma deve essere appunto intesa nel significato del governo <sup>(29)</sup>. Che ci sia governo appare così un dato dell'esperienza, ma anche cosa utile e propria della natura dell'uomo e della comunità. L'*arché* è dunque necessariamente da pensare — *per natura* — se si pensa ad un insieme composto di parti, le quali sono diverse tra loro e svolgono ruoli diversi: « governare ed essere governati non solo sono tra le cose necessarie, ma anzi tra le giovevoli »; e ancora: « in realtà in tutte le cose che risultano di una pluralità di parti e formano un'unica entità comune [...] si vede governare ed essere governati » <sup>(30)</sup>. Dunque così come la comunità politica è per natura (secondo cioè la natura stessa dell'uomo), è altrettanto *naturale* che ci sia nella comunità, anzi, in ogni gruppo e insieme di uomini, chi esercita una funzione di guida e direzione, e chi è diretto e guidato.

Ma tale relazione tra pluralità e governo è espressa nel modo più prezioso da Platone <sup>(31)</sup>. E si tratta di un passaggio fondamentale, in quanto tale relazione appare intrinsecamente legata alla questione della giustizia, una giustizia che non è ridotta alla razionalità formale della concettualità moderna e nemmeno ad un ragionevole accordo convenzionale tra diversi; che non si fonda su una norma morale, su un dover

<sup>(28)</sup> Cfr. O. BRUNNER, *La "casa come complesso" e l'antica "economica" europea*, in *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, a cura di P. Schiera, Milano, Vita e Pensiero, 1968 (su ciò DUSO, *Storia concettuale come filosofia politica*, cit.).

<sup>(29)</sup> Cfr. DUSO, *Fine del governo*, cit., sp. pp. 84-91.

<sup>(30)</sup> ARISTOTELE, *Politica*, I, 5, 1254 a 21-31.

<sup>(31)</sup> Cfr. G. DUSO, *Platone e la filosofia politica*, in *La filosofia politica di Platone*, a cura di G. Chiodi e R. Gatti, Milano, FrancoAngeli, 2008, pp. 9-23; ma su Platone in questa ottica si vedano soprattutto A. BRAL, *Platone e la conoscenza di sé*, Roma-Bari, Laterza, 1997, ora Milano, FrancoAngeli, 2013, e M. BONTEMPI, *L'icona e la città. Il lessico della misura nei dialoghi di Platone*, Milano, Vita e Pensiero, 2009.

essere, ma che coincide con *il meglio della cosa*, con il suo essere se stessa al meglio, sia essa l'anima oppure la città, o siano le stesse parti dell'anima e della città. L'azione di guida e governo non è in quanto tale supremazia o dominio, ma funzione utile affinché ogni parte si sviluppi al meglio. Una tale idea di giustizia credo sia preziosa per pensare, al di là della logica formale della legittimazione del potere, non solo il governo, ma il *buon governo*.

Da questi due passaggi risultano alcuni elementi indispensabili per pensare la relazione di governo: da una parte la pluralità dell'entità politica che si ha di fronte, e dall'altra la differenza tra gli uomini e la responsabilità che caratterizza chi governa. Non tutti infatti possiedono la saggezza, l'esperienza, le virtù necessarie, e non da ultimo la conoscenza dei propri concittadini e il senso del *kairos* che sono necessari per condurre la nave, e per condurla bene, a buon fine, secondo l'immagine ricorrente nella storia del pensiero che appare illuminante per la comprensione della natura del governo. Ma l'altro aspetto decisivo è che non c'è guida della nave — azione di governo — se non in un orizzonte considerato « reale », che non dipende cioè dalla volontà, né di chi governa, né dei governati, e nel quale appare fondamentale la questione della giustizia.

In questo quadro non è pensabile che la qualifica di *buono* venga attribuita al governo sulla base della identificazione del soggetto che esercita il comando (come avviene per noi che intendiamo la democrazia come l'unica concezione politica accettabile perché il soggetto del potere è l'intero popolo); la *democrazia come forma di governo* non può essere *di per se stessa* buona. Il buon governo dipende dal modo in cui si conduce la nave, in relazione al fine, ai punti di orientamento e al bene di coloro che sono imbarcati. Tutto ciò si è inteso spazzare via mediante il concetto di *potere legittimo* e quel processo di autorizzazione che abbiamo sopra ricordato. Qui non c'è più nessun orizzonte comune di orientamento, perché, come dice Hobbes, diverse e perniciose sono le opinioni che gli uomini hanno della giustizia. Giusto sarà allora ubbidire alle leggi, le quali sono giuste in quanto sono leggi, cioè espressione del sovrano. E senza via di uscita sarà la deriva nella quale il sovrano non potrà essere identificato con altri che con il popolo, cioè con la totalità del corpo politico. Con la sovranità del popolo si raggiunge il soggetto perfetto della politica, l'unica volontà a cui ubbidire, perché, come si è sopra visto, si tratta in fondo della volontà in cui tutti sono espressi. Giusta è allora *in quanto tale* la democrazia.

Un altro passaggio fondamentale è costituito dalla *Politica* di Althusius, la quale, per quanto riguarda la categoria di governo è di una

ricchezza straordinaria <sup>(32)</sup>; soprattutto è utile per comprendere come sia possibile pensare la supremazia politica del popolo, non in quanto si autogoverna (sarebbe *sovrano*), ma proprio per il fatto che è *governato*. Come sia cioè possibile che i governati ubbidiscano al comando, ma restino tuttavia superiori al comando stesso e ne costituiscano la condizione. Cosa questa impensabile mediante il concetto di potere. Dunque il passaggio attraverso Althusius è fondamentale in una direzione in cui si voglia concepire l'azione di governo in modo tale da mostrare la superiorità dei governati.

Ricordo qui solo questo punto: per la legge politica della *koinonia* il popolo nella sua totalità costituisce la grandezza politica maggiore della *Politica*, ma questa dimensione orizzontale — la comunione, l'accordo e la solidarietà, insomma la vita della comunità — non è pensabile senza l'azione di *governo* (questo il vero significato dell'*imperium*), che è dunque *per natura*, allo stesso titolo per cui è per natura (cioè proprio della natura dell'uomo) la stessa comunità o società. Che questa grandezza massima della politica che è il popolo non si autogoverni <sup>(33)</sup> dipende dal fatto che si tratta di una *realtà plurale*, la quale, *proprio perché plurale*, ha bisogno di un'istanza di guida e di coordinamento e non si può esprimere in un comando unico che sia attribuibile a tutti, perché questo assorbirebbe in sé la pluralità perdendo la rilevanza e la presenza politica dei membri. Si tratta di una guida che comporta bensì comando e relativa ubbidienza, ma in modo tale da lasciare l'intero popolo come superiore a colui che governa, che è chiamato il *sommo magistrato*. E ciò non solo idealmente, ma *costituzionalmente*, cioè nella reale organizzazione politica. Il re, o chi governa, è legato da un *contratto di mandato* al popolo, il quale con i suoi organi collegiali determina le regole di giustizia a cui il sommo magistrato si deve attenere, lo istituisce, coopera con lui, lo controlla, resiste in caso di ingiustizia e lo depone, fin nella forma del tirannicidio. Insomma il popolo, realtà plurale organizzata, resta *sopra* il re, pure ubbidendo al suo comando.

---

<sup>(32)</sup> Un accenno alla concezione althusiana del governo si trova in DUSO, *Fine del governo*, cit., pp. 92-99. Ma per i miei contributi sul pensiero di Althusius rimando a [www.cirlpge.it](http://www.cirlpge.it).

<sup>(33)</sup> Se per *autogoverno* si intende l'autosufficienza del corpo politico, che non può ricevere un comando dall'esterno, in questo senso si può parlare di *autogoverno del popolo*, ma non nel senso che alla totalità del popolo, cioè a tutti insieme, sia imputabile il comando politico, e dunque l'*imperium*, magari attraverso una decisione democratica a maggioranza (questa è la logica della sovranità, impensabile in Althusius). La autosufficienza del popolo fa tutt'uno con la necessità che ci sia qualcuno a cui venga attribuita la funzione del governo.

È proprio un comando inteso come governo a rendere possibile non solo la superiorità del popolo (nella sua concreta realtà plurale), ma la sua stessa esistenza politica, *prima e di fronte* a chi governa. E questo proprio perché il comando che proviene dal governo è attribuibile a chi governa e non al popolo, il quale permane organizzato nelle sue forme associative; e si badi bene, ciò avviene anche quando si tratta del governo democratico <sup>(34)</sup>. Invece grazie al concetto di potere rappresentativo, che nasce con Hobbes, la totalità del corpo politico si esprime nel comando e non esiste *di fronte* ad esso. L'unità politica è *dei molti*, ma appare come *comando sui molti*, secondo quella aporia della sovranità (che sarà anche della democrazia) che ben si evidenzia nell'immagine del frontespizio del *Leviatano*, nella quale l'insieme dei cittadini non è *di fronte* al sovrano, ma è il suo corpo: la volontà politica del popolo come soggetto politico coincide con quella del sovrano e nessun suddito può avere altra volontà che non sia *privata*.

Ben altri spunti si potrebbero ricavare dal pensiero di Althusius. Questi scarsi accenni hanno solo lo scopo di indicare che dallo stesso attraversamento dei classici possiamo trarre diversi elementi rilevanti per pensare la relazione di governo, se il nostro scopo è quello di delineare una concezione in cui il *buon governo* non si riduca alla dimensione formale della relazione tra chi governa e chi è governato. In quest'ottica gli autori qui indicati mi appaiono più rilevanti di altri, quali Bodin, Lipsius, Naudé (presenti nel libro), che sono forse più consoni ad una ricerca che si concentri sulle tecniche della governamentalità, piuttosto che ad una che tenda a concepire il governo non come dominio ma tale da mettere in evidenza l'agire politico dei governati. Naturalmente, se il passaggio attraverso gli autori che ho indicato ci può essere utile per comprendere alcune differenze radicali tra una concezione del governo e il concetto moderno del potere, e dunque la radicalità del compito che ci sta di fronte, non è certo in

---

<sup>(34)</sup> Per un quadro sintetico cfr G. DUSO, *Il governo e l'ordine delle consociazioni: la politica di Althusius*, in *Il potere*, cit., pp. 77-94 (ora [www.ciripge.it](http://www.ciripge.it)). Si rifletta sulla lezione che possiamo trarre (certo in un quadro, in cui le differenze tra gli uomini sono legate al loro *status*, ad una organizzazione gerarchica, ad una eticità complessiva che ha nella Bibbia un fondamentale punto di riferimento, un quadro che non è quello in cui noi ci troviamo a pensare democraticamente il governo) dal fatto che, nel momento in cui il comando politico è inteso come governo, il popolo è concretamente e costituzionalmente concepito *di fronte al governo democratico*, e non è espresso da quest'ultimo (cfr. G. DUSO, *La costituzione mista e il principio del governo: il caso Althusius*, in « *Filosofia politica* », 2005, 1, pp. 77-96, sp. il § 3, *La costituzione mista, ovvero la supremazia del popolo contro la democrazia*).

questi autori che possiamo trovare una concezione democratica del governo <sup>(35)</sup>.

### 5. *Una teoria democratica del governo?*

Ora, questa è la sfida che Rosanvallon pone al pensiero e anche alla pratica politica: non si tratta tanto di correggere la centralità del governo mediante gli strumenti teorici tradizionali della democrazia, ma, al contrario, di *pensare in modo nuovo la democrazia*. Si potrebbe dire che solo pensando la relazione di governo è possibile concepire quell'istanza che appare propria della democrazia — e che è invece ora contraddittoriamente disattesa —, secondo la quale i cittadini devono contare politicamente, influire sulle decisioni politiche e risultare condizionanti non solo per la scelta di chi governa, ma anche per il concreto esercizio del governo. Solo in questo orizzonte di pensiero si può rispondere alla sfida che viene dalla realtà storica, in cui sempre più gruppi di cittadini *resistono* e *intendono influire* sulle decisioni politiche, non in quanto partecipano alle elezioni, ma direttamente, sulla base dei loro bisogni e delle loro competenze.

Per un tale compito non sono sufficienti quei passaggi attraverso gli autori antichi che abbiamo ricordato. Questo perché ci troviamo in un'epoca nella quale sono emersi, teoricamente e storicamente, il *principio moderno della libertà individuale*, secondo il quale niente mi può essere imposto che non passi attraverso la mia volontà, e quello dell'*uguaglianza*, che, superando gerarchie e privilegi, comporta l'uguale dignità di tutti. Il compito nuovo consiste nel fatto che questi aspetti della democrazia, e dunque l'effetto di emancipazione che uguaglianza e libertà hanno prodotto, devono essere pensati *oltre* il significato e la funzione che questi stessi concetti hanno avuto nella deduzione della sovranità e nella costituzione della democrazia moderna <sup>(36)</sup>. Bisogna poi passare attraverso quei processi di democratizzazione che bene sono stati descritti da Tocqueville. Allora si può dire che il termine *democratico*, collegato alla concezione di governo, assume un carattere positivo proprio in quanto è collegato alla critica e al superamento della teoria tradizionale della democrazia.

---

<sup>(35)</sup> E questo non solo per la diversa realtà storica in cui essi pensano, ma anche per il modo in cui intendono le differenze tra gli uomini, la stessa funzione del governo e la politicità dei governati. L'utilità che ha per noi l'attraversamento del loro pensiero fa tutt'uno con l'impossibilità di trovare nel loro pensiero un modello.

<sup>(36)</sup> Una grande lezione ci viene a questo proposito da Hegel (cfr. G. Duso, *La società politica tra pluralità e governo: la lezione di Hegel*, in « Filosofia politica », 2016, 1), il quale pure, tuttavia, non può costituire un modello per questo compito.

È ben vero che tutti i cittadini devono essere coinvolti nella politica (elemento democratico), tuttavia ciò non avviene identificando nei singoli e nel loro insieme (questa seconda è l'unica reale possibilità, in quanto la sovranità può essere attribuita solo al soggetto collettivo) i depositari di una volontà assoluta: essi devono poter essere pensati come politicamente presenti nella loro azione di cooperazione, di influenza, di controllo e anche di resistenza nei confronti dell'azione di governo; ma per questo bisogna superare quell'immaginazione della democrazia che li identifica come *autori dell'esercizio rappresentativo del potere*. Appunto intendere il comando come governo significa che l'azione di governo è imputabile a colui che governa, il quale ha di fronte a sé i cittadini, che sono pure responsabili del loro agire politico, proprio in quanto governati.

Questa indicazione di *imputabilità* dell'azione e della conseguente *responsabilità* non deve essere intesa alla luce di quella assolutezza del soggetto che caratterizza la logica della sovranità, e che si esprime nella pretesa democratica di determinazione della realtà politica sull'unica base della propria volontà. Nella situazione attuale, secondo Rosanvalon, l'immaginazione sociale e intellettuale è dominata dall'alternativa tra l'*autodeterminazione* da parte di una volontà che si considera incondizionata e un senso di impotenza, che comporta nei cittadini la perdita di speranza nella capacità dei governanti di poter incidere nella realtà, e a maggior ragione nella possibilità di avere in ciò un ruolo attivo (p. 275). È al di là di questa alternativa che bisogna andare, ripensando la natura e il ruolo della *volontà*. È quello che richiede la categoria del governo, alla luce della quale l'azione, sia di chi governa sia dei governati, non è il semplice effetto di una scelta soggettiva, ma piuttosto il risultato di un insieme di relazioni. Innanzitutto chi governa è limitato dai governati, come costoro lo sono dall'esercizio del governo; non solo, ma l'agire di entrambi si attua in un quadro in cui la volontà è condizionata da molti elementi, dai processi economici — e non solo — di carattere spesso sovranazionale, dai costumi diffusi, dalle abitudini nei comportamenti, da interessi particolari. Tutto ciò fa sì che il concreto dell'azione dipenda da questo complesso di condizionamenti, i quali tuttavia non sono tali da esimerci dalla responsabilità della scelta e dall'espressione di volontà politica.

Tale significato relativo e concreto della responsabilità e della imputabilità è particolarmente evidente nel momento in cui dobbiamo elaborare *oggi* una concezione democratica del governo. Ci sono condizionamenti, che hanno carattere globale, tali da suscitare la domanda pregiudiziale *se sia possibile parlare di governo*, e cosa significhi in questa situazione *governare*. Diffuse sono alcune posizioni intellettuali che, sulla base di una giusta critica alla pretesa onnipotenza di autodeterminazione che ha caratterizzato la concezione del soggetto nella democrazia, approdano ad una posizione *impolitica*, negando la possi-

bilità di intervento sulla realtà e di trasformazione dello *status quo*. In tal modo è lo stesso problema politico a venire azzerato, in consonanza con quella proclamata *fine della politica*, che rischia di essere il paradossale prodotto di quella illusione — dell'onnipotenza del soggetto e di una determinazione della giustizia mediante una nuova *forma* prodotta dalla teoria — che ha alimentato la concezione democratica e una serie di ideologie politiche. Il compito che si pone per una concezione democratica del governo è innanzitutto quello di comprendere quale sia lo spazio e la possibilità per un'azione di trasformazione dello stato di cose presente, con la consapevolezza che non è possibile non fare i conti con processi, non solo economici, che hanno una loro realtà indipendente dalla volontà politica, e che tuttavia questi stessi processi non hanno una assoluta oggettività ed autonomia tali da impedire un intervento di governo <sup>(37)</sup>.

Allora il processo di *riappropriazione* della politica da parte dei cittadini, di cui parla Rosanvallon, se da una parte ha tanto più significato quanto più si ha la consapevolezza che il processo di autorizzazione comporta per i cittadini una sottrazione di azione politica, dall'altra non va certo nella direzione di una ripresa di sovranità da parte loro, come spesso si invoca <sup>(38)</sup>; al contrario, una tale appropriazione è possibile solo superando l'idea di una *volontà libera* e incondizionata, che, a livello diverso, nella teoria della sovranità riguarda i singoli e il soggetto collettivo.

Per riflettere veramente sulla relazione di governo e per farlo nel senso della democrazia da ultimo precisato, bisogna superare due posizioni che sono oggi presenti. Innanzitutto quella che ritiene che *il governo in quanto tale sia espressione di dominio*. Questa posizione è ampiamente diffusa oggi, al punto da riguardare gran parte delle analisi e delle riflessioni sul tema della *governamentalità*, spesso sollecitate dal pensiero di Foucault. Ho sopra ricordato che è la subdola operazione teorica compiuta da Hobbes a proposito della IX legge di natura che sta a fondamento di questa identificazione del governo con il dispotismo e il dominio. È da ricordare che una tale operazione è stata utile a Hobbes

---

<sup>(37)</sup> Cfr. G. DUSO, *Teologia politica-teologia economica: come pensare la politica?*, in « Filosofia politica », 2013, 3, pp. 393-408.

<sup>(38)</sup> È significativo che una serie di posizioni politiche, anche di sinistra, in relazione a processi come quelli dell'Unione europea, pongano insieme l'esigenza di una maggiore democraticità e quella della ripresa della sovranità nazionale. Questa duplice richiesta ha una sua giustificazione, perché, come si è visto, la legittimazione democratica è stata finora pensata come coincidente con la logica della sovranità, ma si mostra nello stesso tempo come illusoria. Infatti non è certo sufficiente richiamarsi ad una propria volontà indipendente e autonoma (dei singoli e del popolo), per prendere decisioni efficaci all'interno di processi che eccedono tale volontà ed hanno dimensioni globali.

esattamente per esorcizzare il problema stesso del governo, mediante quel dispositivo all'interno del quale, successivamente, esso finirà con il divenire mero « potere esecutivo ». Criticare tale operazione non significa negare che nelle relazioni di governo si dia dominio. Al contrario: se tale relazione permette di comprendere la realtà, contro la finzione che il comando sia attribuibile ai cittadini, si può ben intendere che all'interno di questa reale relazione tra gli uomini si sono dati gli atti di dominio e di dispotismo più terribili, ma ciò non *grazie alla natura del governo*, bensì grazie al tradimento di questa natura <sup>(39)</sup>.

Dal punto di vista del pensiero si può dire che questa relazione, proprio in quanto contiene in sé la dimensione insopprimibile del comando politico, è sempre *strutturalmente* passibile di tradursi in forme di dominio. Altrettanto strutturale appare la tensione che si manifesta nella tendenza dei governati alla resistenza <sup>(40)</sup>. Tuttavia entrambi questi aspetti non determinano la categoria del *governo come tale*, ma devono invece essere tenuti presenti in una concezione del governo che tenda ad evitare che questo si manifesti come dominio. Questo mi pare anche l'intento di Rosanvallon, nel momento in cui riconosce che intendere il comando mediante la categoria di governo comporta l'assunzione dell'*asimmetria* del legame, e tuttavia, nonostante questa — si potrebbe dire, proprio in quanto si riconosce questa — il problema è quello di definire le condizioni di non-dominazione dei governanti sui governati (p. 208).

L'altro fraintendimento da sfatare è quello che ritiene che l'assunzione del problema del governo come problema politico comporti di per sé l'accettazione di una situazione di subalternità per i cittadini. Questo è il punto più difficile da fare intendere a causa della mentalità democratica moderna, che intende la dissimmetria del governo di per sé

---

<sup>(39)</sup> Perciò non mi sembra esemplare per la *Regierung*, e dunque per quell'azione di governo che comporta guida (*Führung*) e orientamento, la figura del *Führer* incarnata da Hitler (cfr. G. AGAMBEN, *Il regno e la gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2009, pp. 90-91). Interessante è ripercorrere la critica di Platone a Trasimaco nella *Repubblica*, per comprendere come la confutazione dell'opinione che il giusto si identifichi con l'utile e il dominio del più forte è operata sulla base non di un imperativo morale, ma di quella natura stessa della cosa, cioè del *governare*, che emerge appunto nella interrogazione messa in atto da Socrate.

<sup>(40)</sup> In questo modo, e non nell'ottica rivoluzionaria, mi pare si possa intendere la dottrina machiavelliana dei due umori, che non può prevedere la supremazia di uno di essi in maniera tale da eliminare o assorbire in sé l'altro. Dal momento che il conflitto può essere produttivo, ma anche distruttivo per la vita dell'insieme, mi sembra che anche in Machiavelli il concetto di *conflitto*, pur rilevante e strutturale, non sia tuttavia, *in quanto tale*, risolutivo.

come una subalternità, superabile solo mediante il concetto di *autogoverno*, cioè di identità tra governanti e governati, mediante dunque l'ideale dell'*autodeterminazione*, che sembra esprimere il significato stesso della democrazia. In realtà una concezione democratica del governo tende piuttosto al contrario: cioè al superamento della subalternità e della passività politica nelle quali l'organizzazione democratico-rappresentativa del potere finisce con il relegare i cittadini (41). Il pensiero del governo, anche in alcuni momenti alti del pensiero del passato come quello di Althusius, implica un orizzonte in cui il comando non è il *primum*. Il governo è solo una *funzione* richiesta dalla primarietà che spetta alla totalità politica e a quei governati che la costituiscono. Appunto una concezione democratica del governo mi pare debba comportare la maggior rilevanza dei governati *sopra* e *sotto* chi governa, e ciò non idealmente, ma *costituzionalmente*, nel modo concreto di intendere l'ordine politico (42). Così potrà anche apparire che la relazione di governo, con la sua dissimmetria, non ha un significato univoco, ma deve essere pensata anche come rovesciata, in modo tale che i governati risultino superiori a chi governa. Insomma pensare l'insopprimibilità del governo in una concezione democratica fa tutt'uno con il determinare la supremazia dei governati, e ciò non idealmente ma *costituzionalmente* (43).

Un ultimo punto si può qui ricordare. L'aspetto democratico richiede che *tutti siano ugualmente coinvolti nella politica, ma non come uguali* e non in un atto che li espropria di dimensione politica quale è

---

(41) Sopra si è parlato della *dissimmetria* prodotta dalla dualità della rappresentanza: la differenza radicale è che nella rappresentanza questa dissimmetria è dissimulata nella forma del *potere del popolo*, e perciò si risolve in dominio sui cittadini e in espropriazione del loro agire politico; mentre, nel governo la dissimmetria è riconosciuta e posta a tema, in modo tale da lasciare la possibilità di pensare la politicità dei cittadini, non solo, ma, democraticamente, di pensarla anche come superiore alla funzione di governo.

(42) Spero di dare qui qualche chiarimento all'obiezione che mi muove a questo proposito nel suo acuto intervento critico Sandro Mezzadra in *(Ri)pensare il federalismo nella crisi della forma politica moderna*, in «Quaderni fiorentini», 40 (2011), pp. 1129-1149. Anche coloro che pensano come soggettivazione non subalterna al potere quella che prende forma nella resistenza al comando, hanno la necessità di intendere quest'ultimo nella forma del governo e non del potere legittimo.

(43) Ciò comporta che i cittadini *sopra* e *sotto* il comando politico non devono essere intesi come *singoli*, come avviene nella logica del nesso sovranità-rappresentanza, perché altrimenti non si sfugge alle aporie sopra indicate. Sono certo i singoli a dover contare, ma attraverso le complesse e plurali forme di aggregazione.

quello del voto <sup>(44)</sup>. Contro il significato teorico e la funzione di quest'ultimo, ciò che appare necessario è pensare una *presenza politica permanente* dei cittadini, quindi nella loro condizione di *governati*, anche se naturalmente essi sono coinvolti nell'istituire il governante nella sua funzione. Inoltre il coinvolgimento di tutti non può significare l'*indifferenza* nella quale i singoli si trovano nell'atto del voto e quella uguaglianza che si manifesta nel dominio dell'arbitrarietà dell'opinione. Essi devono essere coinvolti in relazione alle differenze che concretamente li caratterizzano, ai loro bisogni e alle loro competenze. E se sono le differenze sociali a dover contare politicamente, significa che l'espressione politica dei cittadini può avere efficacia solo se essi sono sottratti a quella immagine astratta di individuo che sta alla base della democrazia-sovrantà, e solo se le differenze che si esprimono politicamente sono quelle che si manifestano nei gruppi e nelle forme di aggregazione presenti nella società.

#### 6. *Buon governo e trasformazioni costituzionali.*

Non è qui possibile soffermarsi sulle proposte avanzate da Rosanvallon per una *democrazia di appropriazione* e sulle figure che dovrebbero caratterizzare la via del buon governo. Ma si può tuttavia porre un problema, in consonanza con la radicalizzazione delle aporie della democrazia sopra indicate e alla relazione, che sta al centro di una ricerca storico-concettuale, tra logica dei concetti e modalità dell'organizzazione della vita degli uomini, cioè *costituzione* nel senso etimologico del termine e nel suo riferimento alla complessiva realtà sociale e politica. È ragionevole pensare ad una concezione democratica del governo senza prevedere linee di trasformazione delle attuali costituzioni democratiche? Una trasformazione mi sembra necessaria, sia in relazione ai concetti, sia alla costituzione formale. Altrimenti il rischio è che ci si affidi solo a quella opinione pubblica che è stata, anche nel suo carattere critico, un elemento essenziale proprio della forma politica moderna, e inoltre ad una mera esigenza di *moralizzazione della politica*, che non si avvede della urgenza di ripensare quest'ultima in modo strutturale.

Giustamente Rosanvallon tratta delle qualità che devono essere proprie di un governante: l'integrità e la *parresia*. Ciò è rilevante e implica quella differenza tra gli uomini e quella necessità di possedere le virtù adatte alla guida che distinguono il governante nell'orizzonte

---

<sup>(44)</sup> Anche se non è al superamento delle elezioni che tende la presente riflessione, ma al riconoscimento della loro incapacità di costituire il mezzo per un effettivo controllo dell'*esercizio di governo* e per la partecipazione politica dei cittadini.

della categoria del governo, da colui che esercita il potere sulla base dell'autorizzazione. In questo ultimo caso non sono le virtù e le capacità del governante ad essere decisive, ma invece soltanto la base elettorale.

Ma prima delle qualità che deve avere chi governa, nel testo in questione, sono indicate alcune caratteristiche che determinano l'aspetto democratico del governo. Innanzitutto la *trasparenza*, la leggibilità delle istituzioni e dei processi decisionali. Questa trasparenza è legata alla questione del *controllo*, questione difficile all'interno della logica della sovranità, perché il problema di fondo consiste in quale sia il soggetto che legittimamente può giudicare e controllare la volontà sovrana del soggetto collettivo <sup>(45)</sup>. Gli esempi ricordati da Rosanvallon non mi sembrano a questo proposito decisivi, soprattutto se si ricorda che per la *lisibilité* occorre competenza da parte dei cittadini, capacità di interpretazione. Il problema consiste allora nel comprendere come sia possibile intrecciare questa competenza necessaria con il protagonismo politico dei cittadini, se questi ultimi continuano ad essere pensati come singoli nelle loro espressioni politiche, come avviene nelle nostre costituzioni. Forse è appunto necessario concepire una società politica articolata, nella quale l'elemento della competenza riguardi in qualche modo proprio le organizzazioni dei cittadini, a cui è da attribuire responsabilità politica.

Un'altra qualità proposta, che mi sembra rilevante e tale da imporre una svolta, è quella riguardante la *responsabilità*, che, alla luce della categoria del governo, abbiamo visto coinvolgere governati e governati. Ma anche a questo proposito, a maggior ragione, sembra necessario pensare in altro modo la costituzione. È da ricordare che sulla base del concetto di rappresentanza è ben difficile porre il tema della *responsabilità*. Infatti se il soggetto collettivo è pensato grazie alla dialettica di *autore-attore*, nei confronti delle decisioni politiche ci si può chiedere se sia responsabile l'*attore*, il rappresentante, il quale però compie azioni che sono imputabili ad altri, oppure gli *autori*, i quali in realtà, proprio grazie al diritto politico del voto, non compiranno mai azioni politiche. Si pensi, ad esempio, ad una legge che tocca le corde etiche e i costumi dei cittadini in modo tale da sembrare ingiusta, perché privilegia qualcuno a scapito di altri. Chi ne è responsabile? Nella logica democratica non il Parlamento (il corpo rappresentativo), che di fatto ha dato luogo alla legge, ma gli elettori: secondo la teoria

---

(45) Emblematico a questo proposito Fichte (cfr. *La rappresentanza politica*, cit., sp. pp. 104-109) e anche i tentativi di prevedere nei trattati tedeschi di diritto naturale e di teoria dello Stato della fine del Settecento il diritto di resistenza dei cittadini, e ciò proprio a causa di quella logica della sovranità moderna sulla base della rappresentanza che si è qui ricordata (cfr. G. TONELLA, *Il problema del diritto di resistenza. Saggio sullo Staatsrecht tedesco della fine del Settecento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007).

democratica sono infatti i cittadini che fanno le leggi, o direttamente (in realtà mai) o attraverso i loro rappresentanti. Per questo è inconcepibile che possano resistere alla legge: infatti questa è imputabile proprio a loro. Ma, dal momento che l'elezione è in sostanza un mero atto di autorizzazione, si può comprendere che essi sono realmente responsabili solo della *forma* della legge, non del suo *contenuto* — che essi non determinano — e dunque di ciò che concretamente sono le leggi. Anche qui appare necessario concepire un orizzonte costituzionale in cui l'azione dei governanti sia attribuibile proprio a loro e non rappresentativamente a tutti i cittadini <sup>(46)</sup>.

Lo stesso mi sembra si possa dire in relazione al terzo elemento proposto per la politicità dei governati, quello della loro *reattività*. È grande merito di Rosanvallon aver spostato, già attraverso i suoi lavori precedenti, il *focus* della riflessione sulla relazione di governo. Questo è lo spostamento più rilevante oggi per il pensiero politico, l'unico a permettere una riflessione adeguata sul fatto che sempre più gruppi di cittadini vogliono contare in quanto tali per le cose che li riguardano, non affidandosi a coloro che eleggono, siano questi i rappresentanti o il capo dell'esecutivo. Rosanvallon ha ben chiara la necessità di superare la logica rappresentativa per dare spazio a questa azione dei governati. Questo però non è solamente un problema concettuale, ma comporta anche una *trasformazione costituzionale*. Bisogna cioè concepire l'agire politico in modo tale che i cittadini, nel loro contributo politico, non siano assorbiti dal processo rappresentativo, ma debbano essere considerati *attivi politicamente di fronte* a chi governa; un agire politico che si pone *oltre il diritto politico del voto*. Bisogna poi determinare i modi affinché i gruppi di cittadini dal basso controllino e influenzino le decisioni di chi governa. La necessità per il governo di confrontarsi con le aggregazioni dei cittadini non può essere affidata alla contingente volontà di chi governa, ma deve in qualche modo essere garantita costituzionalmente.

Insomma mi sembra che la improrogabile proposta di Rosanvallon di una *teoria democratica del governo* <sup>(47)</sup> — proposta che solo lui mi sembra avanzare con tale risolutezza ed efficacia — ponga, ad un lavoro di storia concettuale, un compito che è possibile determinare secondo

---

<sup>(46)</sup> Ciò a maggior ragione se le leggi che servono per governare sono prodotte in realtà dal governo e non dal Parlamento.

<sup>(47)</sup> Io preferisco non usare il termine *teoria* (per il carattere autonomo dalla realtà, la coerenza astratta e la pretesa di normatività che spesso questo termine riveste a partire dal dispositivo concettuale moderno e dalla razionalità formale che lo caratterizza) per una concezione politica che, uscendo dalle aporie della forma politica moderna, pensa quella relazione di governo che è irriducibile ad un paradigma formale quale è il potere rappresentativo.

due aspetti, uno che riguarda i concetti e i valori con cui si pensa la democrazia, e il secondo che si riferisce al modo in cui è organizzata la costituzione.

Per l'aspetto della teoria, come si può intendere anche dal presente testo, il compito è quello di superare il dispositivo concettuale centrato sul nesso di sovranità e rappresentanza che condiziona il modo moderno di pensare la politica. Ciò comporta che siano messi in questione i concetti che hanno reso possibile l'imporsi di quel nesso, cioè quello di *individuo* come fondamento della società e della politica, e quelli, a questa funzione collegati, di *uguaglianza* e *libertà*. Il compito è arduo, anche perché non è sufficiente limitarsi a mostrare le conseguenze aporetiche a cui questi concetti approdano, ma appare necessario delineare in positivo una concezione politica che sorge dalla consapevolezza di queste aporie. In questa si tratta di riuscire a mantenere, come si è detto, le positive acquisizioni che questi concetti moderni hanno prodotto nella direzione del superamento di privilegi, gerarchie e forme di dominio, superando nello stesso tempo la funzione che essi hanno svolto nella teoria dello Stato e della democrazia. Io chiamo la concezione che in tal modo si apre « federalistica », non in riferimento alle diverse tradizioni del pensiero federalistico, ma per il significato intrinseco alla parola *foedus*, nella quale i singoli appaiono solo nel legame, nella *relazione*, che costituisce un dato originario per pensare l'uomo e la politica. Il termine comporta poi una nozione dell'entità politica come *strutturalmente plurale*, e conseguentemente una concezione pattizia della politica, nella quale il comando non può essere inteso in altro modo che nella forma del governo <sup>(48)</sup>.

Per quanto riguarda l'aspetto storico-costituzionale, tenendo conto che non si tratta tanto di configurare una *nuova forma costituzionale*, ma di indicare alcune linee di orientamento per pensare e operare trasformazioni nelle costituzioni presenti, si possono cominciare a delineare alcuni punti. Bisogna superare la logica della relazione *multimo* che ha ridotto l'agire politico dei cittadini all'atto del voto. La realtà politica deve essere intesa come articolata e plurale, e ciò vale sia per quella realtà che è indicata come Stato, sia — e in questo caso con

---

<sup>(48)</sup> Qualche primo esile e arrischiato tentativo nella direzione qui delineata, per quanto riguarda sia le categorie, sia la struttura costituzionale, è contenuto nei saggi *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza: un federalismo senza Stato?*, in M. BERTOLISSI, G. DUSO, A. SCALONE, *Ripensare la costituzione. La questione della pluralità*, Monza, Polimetrica, 2008, pp. 183-210, e *Pensare il federalismo: tra categorie e costituzione*, in G. DUSO, A. SCALONE, *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, Monza, Polimetrica, 2010, pp. 73-118, ora entrambi in [www.cirlpge.it](http://www.cirlpge.it).

particolare evidenza — per una realtà sovrastatale quale è l'Europa (49). In questo quadro il governo deve essere pensato come centrale, forte, unitario, ma tuttavia come una *funzione* che è *sottomessa* al tutto plurale. È dunque sottomessa all'organo — un Parlamento pensato in modo diverso — nel quale i governati devono far giungere le loro istanze, le loro differenze, non solo ideologiche, ma territoriali, di funzioni sociali, di grandi forme di aggregazione. Istanze tuttavia che non sono chiuse in una loro identità, ma impegnate ad affrontare insieme il problema comune. È questo organo collegiale quello a cui spetta rideterminare, con il modificarsi delle situazioni storiche, le regole di giustizia e le linee di orientamento da cui l'azione di governo è condizionata. Si comprende che in questo modo viene a modificarsi il significato e la funzione che ha avuto il *potere legislativo* nella dottrina della sovranità. Un Parlamento dunque che sappia raccogliere ed esprimere le diversità presenti nella società e, *proprio in quanto non si esprime rappresentativamente nell'esecutivo*, mantenga una effettiva possibilità di controllo sul governo.

Ma l'azione di governo (a tutti i livelli, da quello statale a quello delle autonomie regionali e comunali) deve poi risultare condizionata anche dal basso; e ciò non significa dalla moltitudine indefinita dei cittadini, perché il singolo può avere efficacia politica solo nel gruppo, e l'azione di governo deve confrontarsi con l'espressione di bisogni, competenze e volontà di tutte le forme di aggregazioni presenti nella società. Il *popolo* assume così una dimensione plurale e differenziata, ma tuttavia non cristallizzabile in modo corporativo, e le stesse relazioni con cui il governo si deve confrontare si pongono con geometrie sempre variabili. Certo si comprende che questo è un compito costituzionale di difficilissima attuazione in una situazione mobile come quella della società contemporanea, ma è per questa via che si potrà parlare di *responsabilità dei governati*. In questo quadro il compito del governo è quello di lavorare al massimo dell'accordo, ma poiché non esiste la mano invisibile, e se la pluralità è effettiva è sempre presente la situazione di conflitto, alla fine — a differenza di quanto suggerisce

---

(49) Qualcosa come l'Unione europea, a cui anche Rosanvallon fa opportunamente riferimento, non è concepibile se non ci si attrezza di una concezione che ritiene la realtà politica come plurale, considera il comando non nel senso del potere rappresentativo ma piuttosto del governo, e dunque prevede il permanere della presenza attiva dei membri, che non sono risolti nell'unità prodotta dalla decisione democratica di maggioranza. Non c'è bisogno di « maggiore legittimazione democratica » per l'Europa, ma della capacità di un nuovo modo di intendere la democrazia, una democrazia di governo appunto (cfr. per una prima posizione del tema, in questa stessa rivista, il mio *L'Europa e la fine della sovranità*, 31 (2002), pp. 109-139, e inoltre i saggi sull'Europa presenti nella pagina personale del sito [www.cirllpge.it](http://www.cirllpge.it)).

l'immaginazione della democrazia diretta, a cui manca la consapevolezza della complessità del governo dei processi — è al governo che spetta la responsabilità della decisione. Ma questa è una *decisione* di natura ben diversa da quella intrinseca alla dimensione della sovranità, ben messa in luce da Schmitt, in quanto non consiste nella messa in forma unitaria della realtà politica. Si tratta invece di una decisione che è condizionata dalla *pluralità* delle istanze e dalla loro *politicità*. Ben si comprende che in questo modo si riesce a pensare anche alle forme di resistenza e alla tensione strutturale che lega i governati ai governanti <sup>(50)</sup>.

Ma non è certo questa la sede per articolare questi punti. Lo stesso Rosanvallon è consapevole che ha aperto una strada e indicato un compito che deve essere continuato. Aspettiamo quindi con interesse quel nuovo libro che sembra essere promesso nella conclusione di quello qui preso in esame.

---

<sup>(50)</sup> Nel nostro presente, proprio in mancanza di una concezione democratica del governo, le manifestazioni di resistenza sono spesso intese dai soggetti coinvolti sulla base dell'esigenza di imporre la propria come volontà assoluta, implicando in questo modo solo un capovolgimento e non un superamento della logica della sovranità.

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ

LA HISTORIA DE LA MEMORIA HISTÓRICA  
EN ESPAÑA HA COMENZADO

(A propósito de Bartolomé Clavero, *El árbol y la raíz. Memoria histórica familiar*, Barcelona, Crítica, 2013; y *España*, 1978. *La amnesia constituyente*, Madrid, Marcial Pons Historia, 2014)

La llamada ‘memoria histórica’ — conjunto de hechos o fenómeno también conocido como ‘movimiento para la recuperación de la memoria histórica’, denominación más descriptiva y con connotaciones añadidas — no es más (o nada más y nada menos) que la versión española de un fenómeno recurrente y repetido en muchos países, en Europa y en otras latitudes. En todos lados es muy parecido. Se trata de la gestión (fundamentalmente colectiva y pública) desde el presente de un pasado traumático: la Alemania nazi, la Francia de Vichy, la Italia fascista, la dictadura argentina, el Chile de Pinochet y podríamos desgraciadamente seguir <sup>(1)</sup>. En el caso español, el pasado que corresponde a la memoria histórica está acotado por las víctimas (unas de las víctimas, las republicanas, los vencidos) de la Guerra Civil y del Franquismo. El hecho de que éstas no tuvieran ningún reconocimiento tras el fallecimiento del General Franco en 1975, o que los que se les tributasen luego, una vez asentado el régimen democrático inaugurado por la Constitución de 1978, fueran episódicos y tibios, ha de considerarse el desencadenante de un proceso, que ha terminado por conocerse así, de forma un tanto apocopada, como memoria histórica.

Su desarrollo como tal proceso, como sucesión concatenada de hechos, se sitúa en un periodo que va aproximadamente del año

---

<sup>(1)</sup> La bibliografía sobre estos procesos, sobre las diversas experiencias en este campo, es inabarcable (y previsible). Para una visión panorámica de algunos de estos procesos (los más significativos, incluido el caso español), véase *El Estado y la memoria. Gobiernos y ciudadanos frente a los traumas de la historia*, R. Vinyes (ed.), Barcelona, RBA, 2009.

2000 <sup>(2)</sup>, cuando comienzan las primeras reivindicaciones dirigidas principalmente a la exhumación de fosas comunes y a la identificación de las víctimas, y el 2007, que es cuando se promulga la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (BOE núm. 210, de 27 de diciembre), Ley conocida precisamente como « de la memoria histórica ». A partir de ese momento, después de que esta Ley no contentase a casi nadie — para unos era insatisfactoria para sus reivindicaciones y para otros la manifestación última de una, para ellos, burda utilización política del pasado (de ese pasado en concreto) —, puede decirse que todo empezó a decaer bastante. Seguramente se trataba, para muchos, de algo que había ingresado en el pasado y que había adquirido ya, a pesar de los pocos años transcurridos, carácter histórico (si se prefiere, historicidad).

2. Gracias a François Hartog sabemos algo que antes quizá sólo podía intuirse: el tiempo como categoría conformadora esencial de la historicidad ha cambiado o debe percibirse de otra manera. Uno de sus propósitos en *Régimes de historicité. Présentisme et expériences du temps* <sup>(3)</sup> era mostrar como las cosas, históricamente hablando (o mejor: historiográficamente hablando), no resultan tan simples: no le basta al historiador, para hacer su trabajo y sentirse cómodo y seguro, con la división tradicional del tiempo en pasado, presente y futuro. De la mano del antropólogo Sahlins y de Koselleck, Hartog ha elaborado y

---

<sup>(2)</sup> Como todo episodio o proceso histórico que se precie, la memoria histórica tiene una fecha fundacional más o menos concreta. El periodista Emilio Silva, luego fundador y presidente de la importante Asociación para la recuperación de la memoria histórica (ARMH), la primera de las innumerables asociaciones memorialistas que surgirán, sitúa esa fecha en el 21 de octubre de 2000, en un artículo reciente (*Una memoria que no cesa*, en « Ayer, Revista de Historia Contemporánea », 3 (2014), 95, pp. 257-268) publicado en una prestigiosa revista de historiadores (¡Un memorialista entre historiadores!), un relato *de parte* de todo el proceso. En esa fecha es cuando el arqueólogo Julio Vidal inició las labores de exhumación de una fosa común situada en la comarca de El Bierzo, en la provincia de León, en la que se encontraban los restos de trece republicanos — « civiles », los adjetiva Silva —, asesinados por un grupo de pistoleros falangistas. Uno de los exhumados era el abuelo del propio Silva, que se convirtió en la primera víctima de la represión franquista identificada por una prueba de ADN.

<sup>(3)</sup> F. HARTOG, *Régimes de historicité. Présentisme et expériences du temps*, Paris, Editions du Seuil, 2002 (hay traducción al español: *Regímenes de historicidad. Presentismo y experiencias del tiempo*, Ciudad de México, Universidad Iberoamericana, 2007). Se ha publicado posteriormente en 2012 una nueva edición revisada y aumentada.

probado su concepto de « regímenes de historicidad », es decir, que la historia no puede hacerse siempre igual, que cada pasado tiene su propia historicidad, su propio modo de enfrentarse y relatarse, y que en algunos casos pasado, presente y futuro son espacios en los que el historiador ha de moverse indistintamente. En definitiva, viene a decirnos algo en sí no muy original: que no hay una sola historia, que cada pasado concreto puede tener la suya desde el punto de vista de su elaboración. Lo novedoso, creemos, es afirmarlo desde la percepción del tiempo histórico, del pasado como espacio propio y prácticamente único del historiador. En suma, a partir de la aportación de Hartog — más allá de sus exageraciones, que las tiene y muy evidentes, como corresponde a toda reflexión historiográfica que se tenga por tal —, hay que pensar que la condición de objeto histórico de unos hechos o de un personaje no depende sólo del tiempo. Ello explica el éxito de la 'historia del presente' (o 'del tiempo presente', como también se la llama), o que uno de los rasgos de nuestra época sea justamente, como apunta también Hartog, una 'historización' inmediata de la actualidad (eso que también se conoce como 'presentismo'). Con este planteamiento, es obvio que la adquisición de la condición histórica puede resultar, por tanto, mucho más rápida e inmediata y, lo más importante, no venir determinada en exclusiva por el mero transcurso del tiempo.

Las consecuencias de todo ello son fácilmente adivinables y están repartidas, como suele suceder, entre las que pueden verse como positivas y las que pueden tenerse por negativas. En general, hay que pensar que la historia, en cuanto a quiénes y qué (hechos) pueden protagonizarla, ya resulta menos previsible y tradicional, en el sentido de que prácticamente cualquiera o casi todo puede ser objeto de la misma. Sería injusto (para propuestas historiográficas concretas, bastante consolidadas, como la microhistoria) considerar esto como un hallazgo de Hartog. Lo que sí se le debe reconocer es haber subrayado que el transcurso del tiempo no basta por sí sólo para asegurarse la historicidad. O también que la historicidad no depende de que dicho tiempo sea muy extenso. Ello acarrearía que haya que buscar otros indicios para lograr tal rango (el de objeto histórico), más allá del simple paso de los años.

3. Los hechos que en España constituyen la memoria histórica encajarían bastante bien en lo que acaba de apuntarse. Y es que, en poco tiempo, unos hechos sucedidos desde principios del siglo actual y que todavía duran — es un proceso en curso, no finalizado, aunque sí un tanto languideciente y sobrepasado — habrían adquirido la condición de históricos y contarían ya con un relato propio. El tiempo transcurrido, escaso en la percepción habitual de la perspectiva temporal histórica (apenas una decena de años), habría sido suficiente para que historiadores (y no historiadores) hayan comenzado a elaborar

dicho relato. Precisamente, creemos que uno de los elementos que permite vislumbrar la historicidad de una cuestión, es decir, su conversión en objeto de historia, es que se la considere como materia *literaria* estrictamente hablando (dicho esto último con el permiso de Hayden White <sup>(4)</sup>). Es decir, que sea objeto de atención por parte de no historiadores, que constituya un material apto con el que puedan trabajar, por ejemplo, quienes elaboran obras de ficción.

En el caso de la memoria histórica, la adquisición de este rango literario (y la prueba por tanto de su historicidad) se habría producido por vía de la novela, de la mano de algunos notorios exponentes (con un éxito desigual y para nada de masas: el tema da para lo que da). En este contexto hay que situar el último libro de Javier Cercas <sup>(5)</sup>, uno de nuestros novelistas más respetados — un consagrado, como se suele decir —. Ubicada en ese género (no genero) de la novela sin ficción <sup>(6)</sup>, *El impostor* es una novela (o lo que sea) con dos protagonistas: el propio Cercas y un nonagenario catalán, llamado Enric Marco, desenmascarado en 2005 como un farsante, después de presidir durante más de tres años la Amical de Mathausen, una asociación en la que se agrupaban supervivientes españoles de la Shoah, familiares y simpatizantes de esta causa. Marco, un mentiroso compulsivo con ciertos aires de megalomanía, fue capaz de construirse un pasado inexistente de contumaz resistente al Franquismo e incluso, más hacia atrás, de superviviente del campo de concentración de Flossenbürg. Hizo de su vida una mentira continua, como relata Cercas, adaptada según le convino. Para su última y quizá más grave impostura, la de víctima del Holocausto, contó justamente con el clima favorable generado en España por la memoria histórica. Aunque el objeto de ésta, como se sabe fue la Guerra Civil y el Franquismo, a su socaire se alimentó o se generó un interés creciente por todo lo que fuera pasado o que al menos sonase a tal. Como insiste varias veces Cercas, España vivía, como toda Europa, la apoteosis de la memoria más que de la historia, algo que permitió a Marco convertirse en un ‘campeón o rock star’ del fenómeno. Pues bien, Marco es la excusa para que Cercas ofrezca su propia opinión sobre la memoria

---

(4) Véase H. WHITE, *El texto histórico como artefacto literario*, Barcelona, Paidós, 2003.

(5) J. CERCAS, *El impostor*, Barcelona, Random House, 2014.

(6) Sobre su literatura, se ha pronunciado el propio Cercas: *El punto ciego. Las conferencias Weidenfeld 2015*, Barcelona, Penguin Random House, 2016. También para un análisis reciente de la corriente literaria a la que se adscribe Cercas, véase J. MARTÍNEZ RUBIO, *Las formas de la verdad. Investigación, docuficción y memoria en la novela hispánica (2000-2015)*, Barcelona, Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, 2015. El autor las califica como «novelas de investigación de escritor».

histórica en España y sobre lo que ha supuesto este fenómeno (7). Quizá es de las cosas mejores que tiene un libro que literariamente resulta un tanto artificioso y sobrecargado (es un riesgo, creemos, de la novela sin ficción). En efecto, se cuenta bastante bien, nos parece, como la memoria histórica en España fue paulatinamente banalizándose, es decir, politizándose y mercantilizándose. Dicho de manera cruda, tal y como lo denuncia el propio Cercas, como degeneró en una auténtica industria de la memoria, un negocio, que produjo el abaratamiento y la prostitución de ésta pero también un abaratamiento y un sucedáneo de la historia. El comienzo de la crisis económica y la fugacidad de lo que terminó convirtiéndose en algo así como una moda y en un lugar común en el discurso político y periodístico, contribuyó (recientemente) a relegar este proceso al pasado-presente en el que hoy se desenvuelve. De ello, insistimos, da buena cuenta el que se haya convertido ya en objeto literario, en materia narrativa. El libro de Cercas en sí, todo él, más allá de las reflexiones que contiene sobre la memoria histórica, es una evidente prueba de ello (8).

---

(7) Para una crítica (furibunda) contra Cercas, véase F. ESPINOSA MAESTRE, *Cercas y el gran negocio de la "memoria histórica"*, en *Lucha de historias, lucha de memorias. España 2002-2015*, Sevilla, Aconcagua Libros, 2015, pp. 575 a 581. Espinosa es uno de los principales representantes de la llamada « historia militante », surgida al socaire de la memoria histórica.

(8) Debe quedar claro que esta literatura en sentido estricto (de ficción o en los alrededores de ésta) sobre la memoria histórica (de un atractivo y recorrido popular perfectamente descriptible: no estamos ante ningún éxito de ventas sino ante dignos productos en el mercado literario), no lo es directamente (de modo indirecto o mediato siempre lo es) sobre la Guerra Civil y el Franquismo. De esta última hay mucha, excesiva y de muy diversa calidad como corresponde a tanta abundancia (sobre ello, véase D. BECERRA MAYOR, *La Guerra Civil como moda literaria*, Madrid, Clave Intelectual, 2015). Entre las novelas que tienen a la memoria histórica como objeto hay que ubicar dos de autores con calidad reconocida: *Ayer no más* de Andrés Trapiello (Barcelona, Ediciones Destino, 2012), o antes, mucho más desapercibida, *La sima* de José María Merino (Barcelona, Seix Barral, 2009). Los protagonistas en ambas novelas son historiadores académicos o profesionales que se enfrentan con la memoria histórica y con lo que ésta supone de bueno y de malo para su oficio. En este sentido, por resultar mucho más elaborada, por la ventaja del tiempo transcurrido sin duda, hay que reconocer que Trapiello logra armar una novela sobre una sesuda cuestión historiográfica como es el debate historia/memoria. Su retrato de profesores universitarios de historia contemporánea aprovechándose de la bonanza de esos años — en forma de ayudas, subvenciones y otras prebendas públicas similares — resulta crudo, un tanto cruel, y, lo peor, perfectamente reconocible. Contra Trapiello — y Muñoz Molina — y lo que representa, véase F. ESPINOSA MAESTRE, *Literatura e historia. Manuel Chaves Nogales y la "tercera España"*, en « Pasajes. Revista de Pensamiento Contemporáneo », primavera 2014, pp.

4. Asoma, pues, en la novela (o lo que sea) de Cercas algo de lo que ha sido la memoria histórica, lo que permite, como estamos sosteniendo, reconocer la historicidad del fenómeno. Pero esta cualidad histórica se percibe sin duda con mayor facilidad, de manera más palmaria, en algunos textos recientes, estos sí propiamente historiográficos, destinados ya, estos sí, a relatar y a analizar directamente estos hechos, es decir, con las técnicas y modos propios de los historiadores profesionales.

En este sentido, creemos que primero habría que situar en su lugar, como lo que son, relatos *de parte*, artículos como el ya mencionado de Emilio Silva <sup>(9)</sup>. El texto de Silva ha de verse más como un testimonio — todo un subgénero que abunda en la memoria histórica con distintos y variados soportes —. Es el que de modo previsible puede ofrecer uno de los principales promotores y protagonistas del proceso; es ese su principal interés, con independencia de que realice — como es el caso — una síntesis de los hechos bastante exacta, a pesar de los inevitables juicios de valor que contiene. Es, y no se oculta, como hemos dicho ya, un relato interesado. Tiene el valor propio, se comparten o no sus conclusiones y sus puntos de vista, del testimonio y de la síntesis. No es un texto historiográfico (ni queremos pensar que lo pretenda). Por una vez, hay que reconocerlo, el rutinario e impuesto resumen (o *abstract*) de un artículo sirve para algo. El de Silva cuenta, de esa forma interesada, en pocas palabras (de eso se trata), que ha sido y que se ha pretendido con la memoria histórica: « Tras la muerte del dictador Francisco Franco las élites pactaron un olvido de las violaciones de derechos humanos de la dictadura. También planificaron la ignorancia de millones de jóvenes con respecto a su pasado reciente. La aparición colectiva de los nietos de las víctimas de desapariciones forzadas del franquismo rompió esa ley de hierro de la oligarquía franquista. Desde el año 2000 se han identificado miles de víctimas, se ha judicializado una investigación, por el principio de Justicia Universal, en Argentina, y se ha abierto un interesante debate acerca de las víctimas de la dictadura y de la patológica relación de la sociedad española con el pasado ».

Muchos más apreciables nos parecen otros textos también recientes, centrados, estos sí, en el análisis historiográfico de la memoria histórica. Y es que ésta habría tenido claramente dos dimensiones de interés, bastante acotadas y diferenciadas, aunque conectadas entre sí.

---

136-161 (recogido ahora también ESPINOSA MAESTRE, *Lucha de historias, lucha de memorias*, cit., pp. 541-574).

(9) SILVA, *Una memoria que no cesa*, cit.. También como un relato *de parte*, aunque mucho más elaborado desde el punto de vista jurídico, ha de verse R. ESCUDERO ALDAY, *Jaque a la Transición: análisis del proceso de recuperación de la memoria histórica*, en « Anuario de Filosofía del Derecho », XXIX (2013), pp. 257-268.

De un lado, la político-jurídica, que explica por sí sola bastante del debate público sobre la cuestión y por supuesto la promulgación de la Ley de memoria histórica en 2007. Uno de los puntos (álgidos) de la discusión a este respecto habría sido el cuestionamiento de la Transición o directamente la impugnación de la democracia actual al atribuírsele un origen espurio, consistente principalmente en el pacto de olvido (de los vencidos de la Guerra Civil y de las víctimas del Franquismo) alcanzado por casi todas las fuerzas políticas en ese momento.

La otra dimensión de la memoria histórica es la historiográfica, para nosotros de mayor interés. Las razones o justificaciones de índole historiográfica han estado muy presentes en el propio origen del fenómeno. Hay que recordar que algunos lo vieron como una reacción frente a una historia revisionista (una suerte de ‘negacionismo’ a la española) de la Segunda República y de la Guerra Civil que tuvo su desarrollo en la segunda mitad de los noventa, protagonizada por algunos historiadores (o más bien seudohistoriadores o simples publicistas) de ideología reaccionaria o ultraderechista. Las polémicas que generaron tuvieron poco recorrido y quedaron pronto aplastadas por un proceso que cobró vida propia con debates historiográficos específicos, un poco — no mucho desde luego — más elevados. Nadie vaya a pensar ni de lejos que se desarrolló entre nosotros cosa parecida a la *Historikerstreit* de la Alemania de mediados de los ochenta pero algo de debate sí hubo. La cuestión por antonomasia en este terreno ha sido la controversia entre memoria e historia <sup>(10)</sup>. Las aportaciones, vistas ya con cierta distancia, han sido y están siendo bastante notables (aunque

---

<sup>(10)</sup> Por supuesto, no hay que despreciar algunas otras repercusiones que ha tenido dignas de aprecio, en especial sobre la historiografía concreta de la Guerra Civil y del Franquismo. El papel logrado por la historia local — superando su tradicional apropiación por parte de vanos y rancios eruditos del lugar — o la obtención de dignidad historiográfica de sujetos marginales, son haberes que pueden imputársele sin objeción a la memoria histórica. También entre sus logros se encontraría la exploración de nuevos campos temáticos, salvando la percepción (o directamente algo tan poco científico como la *sensación*) de que todo estaba dicho o escrito sobre la represión franquista. No sólo ahora se conoce más y mejor lo que ya se sabía sino que ha comenzado a trabajarse en campos hasta hace bien poco escasamente recorridos o transitados por los especialistas. Entre dichos campos viene ocupando un lugar destacado la represión económica, es decir, el relato que permite constatar que la represión no fue sólo física o profesional (las dos modalidades más conocidas, incluso *popularmente*) sino que tuvo otras variantes, si se quiere, menos cruentas (en el sentido literal del término), menos espectaculares hacia fuera pero igualmente ominosas y probablemente más sutiles. Muestras destacadas y recientes de esta orientación, pueden ser *Pagar las culpas. La represión económica en Aragón (1936-1945)*, J. Casanova, y A. Cénarro (eds.), Barcelona, Crítica, 2014, y también *El «botín de guerra en Andalucía»*. *Cultura represiva y víctimas de la Ley de Responsabilidades Políticas, 1936-1945*, M. Gómez

quizá con poca proyección fuera de nuestras fronteras, en un debate que no es sólo de interés nacional). Ello sucede después de cierta saturación — la memoria histórica se presta a ello y también a los excesos y a los abusos — <sup>(11)</sup> y de que las posiciones, entre los defensores de la memoria (los llamados memorialistas, tanto historiadores como no historiadores) y los historiadores opuestos o reticentes a ella parecieran muy enconadas y prácticamente irreconciliables <sup>(12)</sup>. Últimamente, los planteamientos parecen haberse suavizado un poco, al menos por parte de los últimos, que parecen admitir lo que de bueno o positivo puede haber tenido y puede suponer aún la memoria histórica para la historia.

En esta dirección se moverían algunos de esos trabajos a los que aludíamos, que analizan (ya históricamente) el fenómeno de la memoria histórica. En concreto, nos referimos a las aportaciones de Eduardo González Calleja <sup>(13)</sup>, de Javier Rodrigo Sánchez <sup>(14)</sup> o de Juan Sisinio Pérez Garzón <sup>(15)</sup>. La conclusión de este último muestra sin disimulo el favor hacia un entendimiento entre memoria e historia que cree obligado: « Sólo cabe esbozar — concluye — una tesis a modo de propuesta historiográfica, que la Memoria y la Historia ya han quedado definitivamente entrelazadas como formas de relacionarse con el pasado

---

Oliver, F. Martínez López y A. Barragán Moriana (coord.), Madrid, Biblioteca Nueva, 2015.

<sup>(11)</sup> Además del texto clásico de Tzvetan TODOROV, *Les abus de la mémoire*, París, Arlés, 1995 (hay traducción española: *Los abusos de la memoria*, Barcelona, Paidós, 2000), véase R. ROBIN, *La mémoire saturée*, Paris, Stock, 2003 (también traducida recientemente al español: *La memoria saturada*, Buenos Aires, Waldhuter Editores, 2012).

<sup>(12)</sup> Como exponente del rechazo de la memoria histórica hay que citar necesariamente a Santos Juliá, un posicionamiento que le ha supuesto más de una crítica acerada. Su postura la ha manifestado en numerosas ocasiones; algunos de estos textos se recogen en *Hoy no es ayer. Ensayos sobre la España del siglo XX*, Barcelona, RBA, 2010. Posteriormente, reafirma y ratifica su opinión en *Elogio de memoria en tiempo de historia*, Madrid, Marcial Pons Historia, 2011.

<sup>(13)</sup> E. GONZÁLEZ CALLEJA, *Memoria e historia. Vademecum de conceptos y debates fundamentales*, Madrid, Catarata, 2013 (véase en concreto el capítulo 3, sobre las relaciones entre memoria e historia, pp. 84 a 119).

<sup>(14)</sup> J. RODRIGO, *Cruzada, paz, memoria. La Guerra Civil en sus relatos*, Granada, Editorial Comares, 2013 (véase especialmente el capítulo 3, dedicado a la memoria, pp. 99 a 149). Una síntesis anticipada de este texto la ofrece en *El relato y la memoria. Pasados traumáticos, debates públicos, y viceversa*, en « Ayer, Revista de Historia Contemporánea », 3 (2012), 87, pp. 239-249.

<sup>(15)</sup> J.S. PÉREZ GARZÓN, *Memoria e Historia: reajustes y entendimientos críticos*, en « Ayer, Revista de Historia Contemporánea », 2 (2012), 86, pp. 249-261.

y, por más que sature en algún momento, esas relaciones entre Memoria e Historia ya forman parte de las tareas propias del historiador »<sup>(16)</sup>.

5. En este ambiente *post* o de resaca — o directamente histórico, si se quiere ser más preciso — sobre la memoria histórica en el que ya estamos instalados, hay que situar las dos aportaciones sucesivas que, en forma de libro, ha realizado el historiador del Derecho español Bartolomé Clavero a la cuestión: primero, *El árbol y la raíz. Memoria histórica familiar* (Barcelona, Crítica, 2013) y luego, *España, 1978. La amnesia constituyente* (Madrid, Marcial Pons Historia, 2014). Su doble condición de historiador y jurista lo hacen a priori especialmente competente — le dan una « credencial », como el mismo señala<sup>(17)</sup> — para enfrentar una materia en la que confluyen historia y Derecho.

En primer lugar, debe quedar claro que los dos libros de Clavero no son principalmente *sobre* la memoria histórica sino *de* memoria histórica (en particular el primero). Esto no significa que en ellos no realice tomando distancia algunas consideraciones sobre este proceso (las hay y bastante interesantes). El distanciamiento dura poco: en ambos textos, desde las perspectivas distintas con que se elaboran, hay una adhesión explícita a la memoria histórica (la del movimiento, digamos, reivindicativo conocido como tal) y a lo que de beneficioso ésta haya podido traer para España y para la historia en general. En segundo lugar, hay que decir que son contribuciones extemporáneas, realizadas fuera del tiempo en el que este fenómeno o proceso se ha desarrollado con mayor éxito y virulencia. Esta circunstancia temporal las aleja absolutamente de cualquier sospecha de oportunismo o de seguidismo — de los que ha habido bastante en torno a la memoria histórica — pero sobre todo invita a preguntarse por qué a estas alturas alguien puede adentrarse en este territorio y ocuparse de algo en apariencia tan pasado de moda. Resulta indudable que en ello tendrá que ver una concepción comprometida, más que acreditada en su caso, con independencia de acuerdos o desacuerdos concretos (incluida esta cuestión), del trabajo intelectual propio. En estos textos existe una disposición moral determinada, que hace que el autor considere sus dos libros como debidos, primeramente a sí mismo y también, en especial

---

(16) En esta línea, de reconocimiento mutuo entre historia y memoria, se movería el volumen colectivo, *Ha estallado la memoria. Las huellas de la Guerra Civil en la Transición a la Democracia*, G. Pasamar (ed.), Madrid, Biblioteca Nueva, 2014.

(17) B. CLAVERO, *El árbol y la raíz. Memoria histórica familiar*, Barcelona, Crítica, 2013, p. 18.

en el caso de *El árbol y la raíz*, a personas concretas, con nombre y apellidos como suele decirse, en representación de las víctimas <sup>(18)</sup>.

Pero la característica principal, común a ambos libros, es la buscada originalidad de su planteamiento. Entiéndase bien ésta: habla de lo mismo que muchos autores antes (la memoria histórica), desde las perspectivas habituales de las que se valen estos (la histórico-memorialista en *El árbol y la raíz* y la político-jurídica en *España, 1978*) pero añadiendo o aportando algo, lo que justifica — si es que un libro lo requiere — su extemporaneidad. Quienes ante sus portadas y sus solapas, la de estos dos libros, tuviesen una sensación de *déjà vu* se equivocarán. No se trata de dos textos más, entre tantísimos como hay, sobre *lo* de la memoria histórica. Tratan de ser originales y de aportar algo (cuestión distinta es que lo consigan finalmente).

Con todo, es en la primera de las perspectivas, en la histórico-memorialista, donde quizá sea un poco menos original, tal vez en el fondo — dice lo que ya han dicho otros antes — aunque sí lo es en el tono, es decir, en cómo lo dice y sobre todo hasta donde llega. Así, en lo atinente a la cuestión historiográfica mayor, memoria e historia, Clavero es categórico. No tiene dudas. Es más: su adhesión a la memoria histórica le hace ser incluso un tanto despreciativo con el gremio al que pertenece, el de los historiadores profesionales y académicos. Nos parece una posición un tanto exagerada, que instala el juicio moral directamente en el taller del historiador, como presupuesto necesario para cualquier relato que éste elabore <sup>(19)</sup>. El tono que utiliza es categórico y rotundo, sin fisuras y sin dudas, como una letanía: « ¿Qué entiendo por memoria histórica? La historia sin más, sólo que con la particularidad de que ha de contrarrestar y desplazar a la ficción que, intentando aún pasar por tal, por historia, sigue todavía, a estas alturas, al servicio de la impunidad. Memoria histórica es el conocimiento de la historia que interese o que deba interesar a la justicia en la sociedad y a la conciencia en la ciudadanía, el objetivo más digno que la historiografía profesional pueda tener. Memoria histórica es la historia sin encubrimiento ni complicidad, sin los encubrimientos y las complicidades que suelen ser inconscientes al venir determinados por la

---

<sup>(18)</sup> *El árbol y la raíz* tiene una dedicatoria específica a dos personajes del libro: « En memoria de Manuel Palma Lorenzo (1920-1970) y Manuel Martín de la Portilla (1892-1950) ». En *España, 1978* la dedicatoria ya es genérica (aunque también, se sobreentiende, comprensiva de los anteriores): « En memoria de las víctimas por partida doble, de inequidad y de impunidad ».

<sup>(19)</sup> Sobre el uso de la moral por parte del historiador, R. GUTIÉRREZ AGUILAR, *El historiador en su gabinete. El juicio histórico y la filosofía de la historia*, Madrid/México D.F., CSIC/Plaza y Valdés, 2013. También sobre la cuestión, el clásico de T. TODOROV, *Les morales de l'histoire*, Paris, Bernard Grasset, 1991 (hay traducción española: *Las morales de la historia*, Barcelona, Paidós, 1993).

posición social o por el ensimismamiento intelectual»; y remata: «Memoria histórica es una historia que ha de vérselas con la ficción interesada, razón por la cual parece parcial y se muestra polémica. Juega en el campo ajeno de una historia académica en su mayor parte entre consciente e irresponsable» (20).

Este posicionamiento extremo sobre la memoria histórica (y sobre la historia) (21) funciona como un presupuesto necesario y explicativo de *El árbol y la raíz*. Sólo desde ese convencimiento — tal y como se manifiesta Clavero hay que hablar más de convencimiento que de mero planteamiento —, puede entenderse un libro — perdonen la vulgaridad — que es varios libros a la vez. Es, por una parte, un descargo de conciencia personal y familiar. Un descargo de conciencia (a la Laín (22)) que le conduce irremediabilmente al ajuste de cuentas, especialmente con su familia, pero también con su propia biografía. El

(20) CLAVERO, *El árbol y la raíz*, cit., p. 18. E insiste (en su invectiva contra sus colegas): «La historia sin memoria sólo es un modo de vida de historiadores e historiadoras profesionales y del adoctrinamiento que constituye su cometido funcional. Ante una historiografía que suele situarse por encima de la melé de la memoria histórica conviene recordar algo tan elemental como que ésta no es más que historia pura y dura con conciencia personal y responsabilidad ciudadana». Luego en la misma línea, con el mismo entusiasmo, y dándole una dimensión jurídica, véase *España, 1978. La amnesia constituyente*, Madrid, Marcial Pons Historia, 2014, pp. 271 y 273.

(21) Un buen soporte historiográfico para este planteamiento, que considera compatibles la experiencia personal del historiador — con su inevitable posicionamiento moral — y su desempeño como tal, se encontraría en Piedras Monroy. Tiene el valor añadido de tratarse de un profundo conocedor de la historiografía y de la filosofía de la historia. El propio Piedras Monroy lo pone en práctica en *La siega del olvido. Memoria y presencia de la represión*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2012, un ejercicio de memoria (familiar) e historia. Un planteamiento que retoma en *Hacia una redescrición textual de la memoria*, en «Historiografías», 8 (Julio-Diciembre, 2014), pp. 28-56, en el que, tras reconocer que «los problemas que plantea la narración de la memoria no pueden ser resueltos por la historia ni por los historiadores», termina por proponer la que denomina «nueva memoria textual», y que describe como «diferente de la historia (aunque incorpore a la historia como un elemento integrante), diferente de la literatura en todas sus formas (aunque la incorpore también tanto en su despliegue como en su complejidad formal)» (en cierto modo, algo que había ya apuntado en *La prosa de la memoria. Historia y reescritura del pasado en Seréis como Dioses de Aurelio Rodríguez*, en *El fin de los historiadores. Pensar históricamente en el siglo XXI*, P. Sánchez León y J. Izquierdo Martín (eds.), Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2008, pp. 61 a 86). Como antecedente de este planteamiento, véase J.C. BERMEJO BARRERA, *¿Qué debo recordar? Los historiadores y la configuración de la memoria*, en *¿Qué es la historia teórica?*, Madrid, Akal, 2004, pp. 50 a 70.

(22) A la inspiración de Pedro Laín Entralgo y su *Descargo de conciencia (1930-1960)* (Barcelona, Barral Editores, 1976), le dedica Clavero todo un capítulo (*El*

libro tiene un componente autobiográfico evidente, para nada oculto, consecuencia natural, por otro lado, del ejercicio de memoria que el autor realiza. Con toda probabilidad, como el propio Clavero reconoce <sup>(23)</sup>, lo más prescindible del libro sean los capítulos dedicados a su familia, no los del pasado de ésta concernido por la memoria histórica, sino los pasajes en que da cuenta de algunos conflictos familiares actuales (sucesorios tenían que ser) que conducen al libro hacia un territorio — el del vulgar *cotilleo* — que tal vez debería haber evitado para no desmerecer el conjunto. Pero el libro, como decíamos antes, es fundamentalmente un libro de memoria histórica (que es historia para Clavero), destinado por tanto a rescatar del olvido a algunas víctimas (y a algunos victimarios) de Cazalla de la Sierra, el pueblo de su niñez y con el que tanto él como su familia mantienen vínculos afectivos y patrimoniales. Los varios capítulos en los que se adopta este registro (el propio de la memoria histórica) sitúan al libro en la línea de la infinidad de textos y estudios que localmente (muchos de ellos con patrocinio público) se han publicado en este periodo en toda España al calor del proceso.

La segunda dimensión o perspectiva apuntada de la memoria histórica, la político-jurídica, es la que está presente en *España, 1978*, un libro que es consecuencia y continuación del otro, es decir, como el propio autor reconoce <sup>(24)</sup>, la « versión analítica » de *El árbol y la raíz*, que es en cambio, como también señala, un libro « testimonial ». Aquí la originalidad de Clavero, como hemos adelantado, es mucho mayor y su aportación al memorialismo puede ser singularmente apreciable (sobre todo por sus practicantes y defensores, como es obvio) por hacerse al flanco de éste, el jurídico, quizá más descuidado. Parte de una idea basilar e indiscutida por los cultores de la memoria histórica: la Transición se sustentó y se articuló en torno a un pacto de olvido de los vencidos en la Guerra Civil y los represaliados en ésta y en la dictadura franquista. Lo novedoso, lo original, es el lugar en el que Clavero sitúa material y temporalmente este pacto, dándole una dimensión jurídica (del máximo rango además): nada más y nada menos que en la propia Constitución de 1978, a la que no duda, en consecuencia, en calificar de « olvidadiza » — que lo puede ser por propia naturaleza: todo texto constitucional lo es en diversa medida — y de « amnésica ». La tesis de Clavero es que el olvido no fue ni baladí ni anecdótico sino que tuvo dimensión constitucional (de ahí su carácter constitutivo de nuestra

---

*árbol y la raíz*, cit., pp. 141 a 159), contraponiéndolo además a la figura de Dionisio Ridruejo. Precisamente sobre dicha contraposición, véanse nuestras consideraciones en *El incidente Carande: otro suceso universitario en 1956*, en « Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad », 9 (2006), pp. 11-56.

<sup>(23)</sup> CLAVERO, *El árbol y la raíz*, cit., p. 17.

<sup>(24)</sup> CLAVERO, *España, 1978*, cit., pp. 17 y 18.

democracia). A partir de aquí, en su opinión, todo lo que vino después, desde el punto de vista jurídico (Ley de memoria histórica incluida, por supuesto) queda perfectamente explicado. Y a eso, a explicarlo y a analizarlo, dedica el grueso de la obra.

A pesar de este comienzo prometedor (sobre todo, debe insistirse, para los partidarios de la memoria histórica), la conclusión final no deja de ser, imaginamos, un tanto desilusionante (para el propio autor y para dichos partidarios). La realidad se impone y ésta no es otra que reconocer que la Transición funcionó, mal que le pese al propio Clavero y a los que piensan como él, como un mecanismo eficaz para implantar *ésta* democracia en España. Que se hiciera incluyendo un pacto de olvido (de unas de las víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo) puede verse como un defecto grave, pero no desde luego como una tara irremediable de dicha democracia. La leyenda de la Transición, como la califica Clavero <sup>(25)</sup>, el mito para otros <sup>(26)</sup>, ha funcionado (¡y de qué modo!), haciendo que su cultura, la de la reconciliación, se impusiese sobre la reivindicación de unos respecto de otros <sup>(27)</sup>. El autor, persona muy inteligente, termina por reconocer, aunque no lo diga abiertamente, la imposibilidad a estas alturas de desandar el camino, de situarnos otra vez, jurídicamente hablando, en 1975. Por eso, creemos, que resulta como una suerte de premio de consolación, que se otorga a sí mismo y a sus partidarios, después de tan sesudo recorrido, que su propuesta final para *resolver* la cuestión sea recurrir a una Comisión de la Verdad <sup>(28)</sup>. Ésta conclusión de Clavero sonará, como decimos, para muchos a una triste consolación. Para otros, con seguridad, y los hechos no nos desmienten, como algo perfectamente prescindible e inútil.

6. El momento elegido por algunos para comparecer con ocasión de la memoria histórica, mostrándose partidarios de ésta, siempre nos ha parecido uno de los puntos débiles de quienes así se manifestaban. En numerosas ocasiones, ha existido bastante oportunismo y ventajismo en muchas de las adhesiones entusiastas producidas <sup>(29)</sup>. Es además uno

---

<sup>(25)</sup> *Ibidem*, pp. 262 y 267.

<sup>(26)</sup> F. GALLEGÓ, *El mito de la transición. La crisis del franquismo y los orígenes de la democracia (1973-1977)*, Barcelona, Crítica, 2008.

<sup>(27)</sup> Para una consideración crítica de la reconciliación — incluso como una « ideología » —, véase R. VINYES, *Asalto a la memoria. Impunidades y reconciliaciones, símbolos y éticas*, Barcelona, Los libros del lince, 2011.

<sup>(28)</sup> CLAVERO, *España*, 1978, cit., pp. 274 y 275.

<sup>(29)</sup> Un nada sospechoso Rafael Chirbes (*Por cuenta propia. Leer y escribir*, Barcelona, Editorial Anagrama, 2010, pp. 246 y 247) es quien tal vez mejor ha desenmascarado este oportunismo que ha acompañado un buen trecho a la memoria histórica: « Quien intenta construir su relato al margen del canónico asiste con senti-

de los inconvenientes evidentes e inevitables de esta conversión del pasado inmediato en historia (en historia del presente o en vulgar 'presentismo'): que quien la elabora y la relata puede haber estado vivo y activo cuando los hechos que narra o juzga estaban sucediendo. Son las dificultades propias que conlleva eso que se ha llamado « historización de la experiencia »<sup>(30)</sup>. Y es que estamos convencidos de que muchos de los que han operado desde la memoria histórica, reivindicando de forma muchas veces grandilocuente justicia y memoria, no soportarían que se les formulase la pregunta, más inocente que impertinente, que Cándido Munafó dirige a su abuelo, antiguo general fascista, reconvertido en la Italia de la segunda posguerra mundial en diputado democristiano « ¿Y cuándo has cometido el error? ¿Entonces o ahora? ». El protagonista de la novela de Sciascia<sup>(31)</sup> no puede evitar, aplicando una lógica simple y aplastante, preguntar a su abuelo por cuándo estuvo equivocado, ya que es muy difícil, ante tales cambios (de fascista a democristiano), haber estado siempre en el lado acertado, no haberse equivocado en un momento o en otro y pretender haber tenido siempre razón.

No es este el caso, ni mucho menos, de Bartolomé Clavero. Pero desde luego no juega a favor del discurso que sostiene que él y tantos otros como él estuviesen activos y no sabemos si del todo avisados cuando en la Transición se pactó ese olvido que ahora, de un tiempo a esta parte, les parece tan detestable. De que no ofrece esta explicación, sin embargo, y como cabía esperar, es plenamente consciente. Así se entiende que casi al final de *España, 1978*, como quien no quiere la cosa, confiese lo siguiente: « Arrastro la frustración de no haber captado en su momento, sobre la marcha, la integridad de cuanto aquí he expuesto. Me he resistido a la tentación de ir entreverando la exposición mediante notas de memoria personal como contrapunto entre posiciones, las mantenidas tiempo ha y las actuales. ¿A quién le interesa aquí la

---

mientos enfrentados a esta eclosión de memoria selectiva, que incluye la exhumación de testimonios, de documentos, e incluso de los cadáveres de republicanos y fusilados por el franquismo. Sentimientos encontrados, digo, porque, por una parte, se trata de actos de justicia necesaria para reconstruir esa narración multitudinaria, pero, por otro, de una farsa; de un segundo saqueo de la memoria de los vencidos tras el que produjo durante la transición. Porque los habitantes de los pueblos en los que se encuentran esos cadáveres sabían de la existencia de las fosas comunes desde hace muchos años. Sabían de su existencia durante aquellos años en los que gobernaban los socialdemócratas que hoy quieren volver a heredar la memoria de los vencidos (la heredaron a su manera y malgastaron la herencia ya una vez. Entonces creyeron conveniente para sus intereses (permanecer en el poder) que no se removiera la tierra que cubría a los fusilados ».

<sup>(30)</sup> J. ARÓSTEGUI, *La historia vivida. Sobre la historia del presente*, Madrid, Alianza Editorial, 2004, pp. 143 a 193.

<sup>(31)</sup> L. SCIASCIA, *Candido o un sueño siciliano*, Barcelona, Tusquets, 1991, p. 72.

evolución de mis perspectivas? »<sup>(32)</sup>. La respuesta a esta última pregunta (formulada en alto) nos parece clara y evidente: a muchos (incluido el mismo: por eso de que es bueno poner las cosas por escrito) nos habría gustado conocer mejor dicha evolución. Saber, en definitiva, cuando fue consciente del *precio*<sup>(33)</sup> que exigió pagar la Transición o cuando experimentó el *desencanto*<sup>(34)</sup> que acarreó la frustración de las grandes expectativas que ésta generó (y usamos dos términos, precio y desencanto, habituales entre sus detractores). Mientras llega tal explicación — si es que llega o si es que es posible ofrecerla alguna vez —, habrá que pensar que estos dos libros encajan en la acertada (y paradójica) descripción que Manuel Cruz<sup>(35)</sup> propone del primer Wittgenstein: « De lo que no se puede hacer, lo mejor es hablar ».

---

<sup>(32)</sup> CLAVERO, *España, 1978*, cit., p. 277.

<sup>(33)</sup> G. MORÁN, *El precio de la Transición*, Madrid, Akal, 2015. Se trata de una segunda edición, al hilo del revisionismo actual, que corrige y aumenta la primera, realizada en 1991 y en la Editorial Planeta. El libro de Morán tiene el mérito de ser de los escasos que al poco tiempo de culminarse el proceso lo cuestionaron. Fueron muy pocos desde luego los que objetaron entonces y no ahora, en caliente y no pasado el tiempo, que en la Transición había también sombras y oscuridades. A Vidal Beneyto quizá le quepa el honor de haber sido el primero de todos ellos con *Diario de una ocasión perdida*, Barcelona, Kairós, 1981.

<sup>(34)</sup> T.M. VILARÓS, *El mono del desencanto. Una crítica cultural de la transición española (1973-1993)*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1998.

<sup>(35)</sup> M. CRUZ, *Cómo hacer cosas con recuerdos. Sobre la utilidad de la memoria y la conveniencia de rendir cuentas*, Madrid-Buenos Aires, Katz Editores, 2007, pp. 152 a 164.



LUCA MANNORI

VOTARE NEI CORPI.  
RICERCHE RECENTI SULLE PRATICHE ELETTORALI  
PRIMA DELLA MODERNITÀ

(A proposito di O. Christin, *Vox populi. Une histoire du vote avant le suffrage universel*, Paris, Le Seuil, 2014)

1. Se la storia elettorale costituisce ormai da molto tempo un campo di studi fornito di una sua identità e di un suo statuto <sup>(1)</sup>, fino a qualche anno fa a ben pochi era venuto in mente che i suoi termini cronologici potessero essere retrodatati oltre le soglie dell'età contemporanea. Associata indissolubilmente all'invenzione del governo rappresentativo, la pratica del voto viene ancor oggi considerata dai più come una forma di azione sociale pienamente rinvenibile soltanto a partire dalle rivoluzioni liberali; non potendo essa essere concepita prima del formarsi di un orizzonte costituzional-nazionale.

Il libro di Olivier Christin punta, invece, a rovesciare questo luogo comune storiografico, fino a denunciarlo come una vera e propria « confiscation libérale de l'histoire du vote » <sup>(2)</sup>. La pratica elettorale coprirebbe in effetti uno spettro temporale molto più ampio di quello della cosiddetta modernità istituzionale — spettro di cui quest'ultima costituirebbe solo una fase specifica, e non necessariamente culminante.

Da un certo punto di vista, naturalmente, una asserzione del genere non scopre niente di nuovo. Che una quantità di esperienze istituzionali antecedenti alla contemporaneità abbiano fatto intenso ricorso a pratiche elettorali di vario tipo, questo è un dato da sempre arcinoto. Dalla Roma repubblicana ai molti casi di monarchie elettive,

---

<sup>(1)</sup> Per qualche messa a punto recente sullo stato della disciplina cfr. ad es. M. OFFERLÉ, *De l'histoire électorale à la socio-histoire des électeurs*, in « Romantisme », 135 (2007), 1, pp. 61-69; R. ROMANELLI, *Citizens and political representation in liberal Europe*, in *Res Publica. Citizenship and political representation in Portugal (1820-1926)*, ed. by F. Catroga, P. Tavares de Almeida, Lisboa, Assembleia da Republica - Biblioteca Nacional de Portugal, 2010, pp. 290-303.

<sup>(2)</sup> CHRISTIN, *Vox populi*, p. 8.

dalla grande esperienza degli enti ecclesiastici basso-medievali a quella delle città comunali dello stesso periodo, l'uso del voto quale mezzo di selezione dei capi o delle élites dirigenti può ben essere indicato (quando non si sia troppo esigenti nel precisarne i contenuti tipologici) come un tratto continuamente riaffiorante nella storia istituzionale dell'Occidente. La novità dell'approccio che qui segnaliamo, però, consiste nell'invito a considerare sinotticamente tutte quante le pratiche di questo tipo riscontrabili nella vicenda europea dal pieno medioevo fino al termine dell'età moderna, stimolando ad affrontarne l'indagine in una prospettiva quanto più possibile generale e sistemica. Si tratta, in sostanza, della costruzione di un nuovo oggetto storiografico, che riporti ad un quadro unitario tutto un continente di esperienze di cui finora ci si è occupati (nei limiti in cui lo si è fatto) in maniera quasi sempre incidentale o strumentale — nel tracciare, cioè, la storia di questo o quel cetto dirigente, di questa o quella istituzione rappresentativa, di questa o quella situazione di conflitto. Scoraggiati in partenza dal carattere incredibilmente variegato, complesso e farraginoso delle tecniche elettorali premoderne, oltre che da una loro distribuzione spazio-temporale in apparenza largamente casuale, gli storici si sono chinati per lo più su di esse solo in quanto ciò risultava indispensabile alla costruzione di *altre* storie, prestando raramente attenzione ad una loro logica interna troppo lontana da quella a cui siamo abituati per stimolare un vero bisogno di comprensione integrata. Si è studiata, certo, l'elezione dei papi o del Doge, quella dei Consigli della Firenze repubblicana, dei deputati di questo o di quell'altro parlamento territoriale o dei membri di una certa accademia, ma come episodi autonomi, estranei a qualsiasi tavola di riferimento comune. Il nostro volume scommette invece sulla possibilità di riuscire a fabbricare una tavola del genere.

Naturalmente, una simile proposta non è nata tutta d'un tratto; e a ben vedere, anzi, essa ha già dietro di sé una sua piccola storia. Anche lasciando da parte gli sforzi di chi, in stagioni storiografiche ormai remote, aveva già affrontato la questione delle tecniche elettorali premoderne in termini complessivi — come Edoardo Ruffini per i Comuni medievali <sup>(3)</sup> o Leo Moulin per l'ambito canonistico <sup>(4)</sup> —, almeno dagli anni Novanta la medievistica si è sforzata di cogliere i grandi denominatori comuni delle pratiche di voto producendo ricerche collettive di respiro europeo dedicate ai vari tipi di elezione in ambito tanto laico

---

(3) Edoardo RUFFINI, *I sistemi di deliberazione collettiva nel medioevo italiano* (1927), poi in Id., *La ragione dei più. Ricerche sulla storia del principio maggioritario*, Bologna, il Mulino, 1977, p. 211 e ss.

(4) L. MOULIN, *Les origines religieuses des techniques électorales et délibératives modernes*, in «Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle», nouv. série, 10 (1953), pp. 106-148.

che ecclesiastico, come quella curata da Reinhard Schneider e Harald Zimmermann (5). Tappa decisiva, però, verso la percezione del voto come fenomeno « universale », i cui confini applicativi travalicano abbondantemente tanto l'ambito cronologico della modernità quanto quello dell'esperienza propriamente politica, è stata certamente la pubblicazione, nel 2001, del grande *Dictionnaire du vote* curato da Pascal Perrineau e Dominique Reynié (6). Assegnandosi l'obiettivo di tracciare, con le sue oltre quattrocento voci, un bilancio quanto più comprensivo possibile delle tecniche elettorali impiegate dall'antichità fino ad oggi, quest'imponente opera pluridisciplinare ha permesso per la prima volta di misurare quanto diffuso ed ubiquo sia stato, nel corso del tempo, il ricorso al meccanismo del voto e quanto labile risulti invece la pretesa della contemporaneità di intestarsene il monopolio. Accademie e sindacati, partiti e organizzazioni confessionali, corporazioni di mestiere e corpi municipali — quasi ogni ambito della vita associata di ieri e di oggi sembra aver cercato, presto o tardi, nel computo dei suffragi un criterio elementare per selezionare i propri gruppi dirigenti. Concentrando soprattutto in un'unica sede editoriale una quantità di voci storiche relative a periodi tra loro anche lontanissimi, il dizionario ha contribuito in modo importante ad avviare una riflessione integrata sul fenomeno elettorale, stimolando la ricerca di nessi di *longue durée* fino a questo momento poco percepiti. Sempre nel 2001 (anche se rispondendo a stimoli di carattere diverso, derivanti soprattutto dalla sua esperienza di storico della Riforma), lo studioso svizzero Olivier Christin, autore del libro che qui recensiamo, pubblica un articolo che fin dal titolo (« A quoi sert de voter aux XVI<sup>ème</sup> et XVIII<sup>ème</sup> siècles? » (7)) pone la questione di cogliere esattamente il senso complessivo delle pratiche elettorali premoderne; mentre qualche anno dopo Corinne Péneau organizza a Parigi un importante convegno che, sotto il titolo *Élections et pouvoirs politiques du VII<sup>e</sup> au XVII<sup>e</sup> siècle* (8), tenta di gettare le basi, per la prima volta, di una storia integrata del voto avanti la contemporaneità. Cominciano quindi ad emergere alcuni essenziali principi orientativi di questo tipo di esplorazione: quali, per esempio, l'abbandono della « fausse piste » che postula un legame necessario tra elezione e democrazia; la disponibilità, invece, a cogliere fino in fondo il grande rilievo rituale delle procedure

(5) *Wahlen und Wäbten im Mittelalter*, R. Schneider, H. Zimmermann (hg.), Sigmaringen, Thorbecke, 1990.

(6) *Dictionnaire du vote*, P. Perrineau, D. Reynié (sous la dir.), Paris, PUF, 2001.

(7) O. CHRISTIN, *A quoi sert de voter aux XVI<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles?*, in « Actes de la recherches en sciences sociales », 140, (2001), pp. 21-30.

(8) *Élections et pouvoirs politiques du VII<sup>e</sup> au XVII<sup>e</sup> siècle*. Actes du colloque réuni à l'Université de Paris XII du 30 novembre au 2 décembre 2006, sous la dir. de C. Péneau, Pompiagnac, Bière, 2008.

elettive, che anche se provviste di un valore politico solo limitato servono comunque a ribadire l'unità del corpo tanto di fronte ai partecipanti che ai terzi; o ancora, la decisiva importanza dell'uso collettivo della parola che ad ogni elezione si sottende e che dischiude sempre uno spazio di discussione attorno alla titolarità di un potere o di una funzione <sup>(9)</sup>. Ribadite e sviluppate, attraverso l'indagine di una ulteriore serie di *case studies*, in un successivo convegno dello stesso gruppo tenutosi nel 2010 <sup>(10)</sup>, queste direttrici di ricerca hanno però trovato soprattutto in *Vox Populi* di Christin, uscito nel 2014, la concretizzazione storiografica più capace di gettare le fondamenta di un nuovo filone di studi.

Il volume di cui parliamo, pur avendo già suscitato una sensibile eco in area francofona <sup>(11)</sup>, non sembra avere finora richiamato molto l'attenzione degli storici italiani, ed in particolare degli storici del diritto, certo anche a causa di un taglio culturalista del tutto eccentrico rispetto a tale nostra tradizione di studi. Una rapida ricapitolazione del suo contenuto può risultare quindi di una qualche utilità per il lettore dei *Quaderni*.

2. Tre sono le premesse fondamentali che sembrano stare alla base del nostro volume. La prima consiste nel dichiarare in modo molto esplicito le motivazioni culturali della ricerca, individuandole in una crisi dei meccanismi elettorali contemporanei che sembra segnare un punto di non ritorno rispetto al *continuum* inaugurato dalla età delle rivoluzioni. Impegnarsi in una esplorazione a tutto campo del paesaggio elettorale medievale e proto-moderno non è solo una fatica erudita, ma serve ad acquisire una piena consapevolezza del carattere storicamente determinato del voto individuale, di cui l'era post-ideologica sta rivelando drammaticamente tutti i limiti. Gli interlocutori di Christin non sono solo gli storici, ma anche i politologi impegnati ormai da vari anni

---

<sup>(9)</sup> Così, in particolare, l'organizzatrice del colloquio nella sua introduzione ai lavori: C. PÉNEAU, *Élections et pouvoirs politiques. Une introduction*, in *Élections et pouvoirs politiques du VII<sup>e</sup> au XVII<sup>e</sup> siècle*, cit., pp. 14-32.

<sup>(10)</sup> *Élections et pouvoirs politiques II*, Table ronde réunis à Paris 12, 20 mars 2010, sous la dir. de C. Péneau, in « Cahiers de recherches médiévales et humanistes », 20 (2010), pp. 127-219.

<sup>(11)</sup> Tra le recensioni ad esso dedicate, O. IHL, *Démocratie et élections*, in « Revue française de science politique », 64 (2014), pp. 784-790; Y. SINTOMER, *L'élection au temps des rois*, in « La vie des idées », 15 mai 2015, <http://www.laviedesidees.fr/L-election-au-temps-des-rois.html>; Q. DELUERMOZ, compte-rendu de O. Christin, *Vox populi. Une histoire du vote avant le suffrage universel*, in « Revue d'Histoire du XIX<sup>e</sup> siècle », 50 (2015), pp. 268-206.

a domandarsi insistentemente « à quoi servent les élections »<sup>(12)</sup> e ad interrogarsi sulla sostenibilità del principio maggioritario rispetto ad una realtà contemporanea orfana tanto dei partiti di massa quanto delle culture nazionali che ne avevano preceduto l'emersione<sup>(13)</sup>. In una società sempre più frammentata, oscillante e divisa, affidare le decisioni fondamentali alla somma meccanica delle opinioni soggettive comincia a non apparire più una soluzione così ovvia. Tale constatazione, peraltro, lungi dallo spingere l'autore ad assumere una posizione pregiudizialmente scettica nei confronti della tecnica elettorale, lo porta piuttosto a guardare con interesse ai diversi modi con cui se ne è interpretato l'utilizzo prima della grande virata di fine Settecento: e ciò al fine, se non di attingere da quel remoto passato dei modelli operativi spendibili nell'oggi, certo di verificare fino in fondo la storicità del nostro uso di quella tecnica, liberandoci dal radicato pregiudizio della sua insostituibilità.

La seconda premessa è costituita da una definizione del campo spazio-temporale dell'indagine decisamente innovativa rispetto alle ricerche precedenti. Di contro alla consolidata abitudine che ha spinto da sempre ad associare il voto a regimi politici, se non 'democratici', quantomeno repubblicani, finendo quindi per confinarlo in una parte dell'esperienza medievale e moderna destinata a divenire col tempo sempre più residuale, Christin rivendica invece il suo profondo radicamento nella vita collettiva di tutto quanto l'antico regime. Anche lo Stato assoluto, come grande aggregato di società intermedie, presenta al suo interno un ricco campionario di esperienze elettorali, diverse, sì, da quelle contemporanee, ma non per questo meno diffuse nella quotidianità del sociale. Il ricorso al voto, insomma, non costituisce un'esperienza di per sé discontinua rispetto alla contemporaneità. Esso innerva invece profondamente tutta quanta l'età moderna, fino a saldarsi con la reinvenzione liberale della partecipazione elettorale quale prerogativa dell'individuo autonomo.

Se questa variazione prospettica, d'altra parte, permette d'immaginare per la prima volta una storia elettorale di lunghissimo termine, l'ottica in cui raccontare tutta questa vicenda non può essere certo quella di una ricostruzione genealogica, concepita come un progressivo avvicinamento ai traguardi del Sette-Ottocento. Adottare una prospettiva del genere, oltre che gravemente anacronistico, sarebbe anche praticamente fallimentare, giacché il voto premoderno si rifiuta strutturalmente di essere letto nei termini di una anticipazione di quello

---

<sup>(12)</sup> Così appunto il titolo di un libro recente: *A quoi servent les élections?*, J. Elster, A. Le Pillouer (sous la dir.), Paris, PUF, 2013.

<sup>(13)</sup> P. PASQUINO, *Le principe de majorité: nature et limites*, in « La vie des idées », 14 décembre 2010, <http://www.laviedesidees.fr/Le-principe-de-majorite-nature-et.html>.

contemporaneo. Lo testimonia bene, *a contrario*, l'esperienza di un pur grande maestro come Edoardo Ruffini, il quale, dopo aver costruito con infinita pazienza un grande quadro sinottico delle pratiche elettorali dei Comuni italiani, concludeva sconsigliato rilevando come nelle procedure (a suo dire) bizantine e gratuite introdotte ovunque fin dal Duecento « si annidava fin dalle origini il germe della decadenza comunale, il germe della tirannia » (14). Chi voglia dunque uscire dalle secche di questa conclusione deve per forza abbandonare il paradigma del voto come espressione di una libera volontà individuale, diretta a legittimare un terzo ad agire per proprio conto, e pensarlo invece quale strumento empirico per comporre conflitti all'interno di un corpo. Tale, appunto, è la terza premessa su cui si regge il nostro volume. Tecnica impiegata cumulativamente ad altre, quella del voto non corrisponde ad alcun imperativo giuridico o ad alcuna profonda necessità valoriale. La sua pur diffusa adozione, soprattutto, non implica la fiducia in alcuna « main invisible » capace, per il solo fatto di sommare assieme una pluralità di suffragi, di assicurare automaticamente « une correction des erreurs singulières et des écarts au profit d'une rationalité propre aux grand nombres » (15). Fino alla fine del Settecento, al contrario, la costruzione della volontà comune è considerata sempre come il prodotto di un laborioso sforzo di concertazione tra gruppi e interessi precisi; e se uno sforzo del genere trova certo nel voto elettorale maggioritario un canale privilegiato di realizzazione, esso convive e s'intreccia con altre modalità di risoluzione dei conflitti, quali per esempio il sorteggio o la cooptazione. A questo proposito non è un caso, ricorda Christin, che fino ad un Settecento molto avanzato vocaboli come 'elezione' od 'eleggere' non abbiano affatto posseduto il significato specifico che oggi è loro proprio. Con quelle parole, in effetti, si tendeva a comprendere qualsiasi procedura collettiva di selezione ad un ufficio (16): risultando irrilevante che la 'scelta' non fosse affidata alla generalità dei componenti di una certa associazione, ma, per esempio, a coloro che sedevano già nel collegio di cui si trattava di completare l'organico, oppure ai suoi componenti in scadenza, o ancora ad un consiglio ristretto di livello ad esso superiore e via dicendo. La 'electio' era pensata molto più come una funzione complessiva del corpo che come pertinenza dei singoli membri concretamente chiamati ad esercitarla; e ciò che le conferiva valore non era il suo rispecchiare la volontà maggioritaria di una qualche 'base' collettiva, ma semplicemente il suo conformarsi ad una procedura, legale o consuetudinaria,

---

(14) RUFFINI, *I sistemi*, cit., p. 315.

(15) CHRISTIN, *Vox populi*, p. 8.

(16) Sulla perdurante incertezza del termine, cfr. in breve M. TOURNIER, *Élection*, in *Dictionnaire du vote*, cit., pp. 348-352.

che il corpo stesso, nella sua organica soggettività, aveva accettato di far propria.

Notazioni del genere, certo, possono sembrare addirittura scontate a qualunque storico non del tutto dimentico dei dibattiti canonistici duecenteschi sul principio maggioritario o dei sistemi di votazione in vigore nelle città comunali italiane. Tutto quanto il lessico elettorale del medioevo, in effetti, con i suoi « compromissa » e i suoi « scrutinia », è lì a testimoniare come il voto non sia stato certo originariamente concepito nei termini di una opzione a base volontaristica e soggettiva, bensì in quelli di uno strumento atto a scoprire l'autonomo interesse del corpo a cui si appartiene. Il valore aggiunto della proposta di Christin, tuttavia, consiste nel tentare di trasferire questa consapevolezza dal piano della storia delle idee a quello di una storia delle pratiche sociali e delle mentalità collettive, proiettata per giunta lungo tutto l'arco dell'età moderna e comprensiva di un'amplissima congerie di esperienze.

3. Il libro, in effetti, si basa sull'esame delle pratiche elettorali rilevabili a partire da quattro grandi comparti tematici — comunità territoriali, confraternite e corpi universitari, enti religiosi, rappresentanze 'parlamentari'. Il metodo scelto per l'indagine consiste nell'escludere dal campo d'indagine le fonti di carattere prettamente dottrinale per concentrare invece l'attenzione sulla prassi istituzionale, di cui l'opera fornisce un vastissimo campionario. L'area geografica considerata corrisponde grosso modo al regno di Francia, alla Svizzera e al Sacro Romano Impero. L'obbiettivo dell'autore è quello di dimostrare, per ognuno dei quattro ambiti di cui sopra, la perdurante vivacità della pratica elettorale e allo stesso tempo la sua radicale alterità rispetto agli impieghi che se ne faranno nel corso dell'età contemporanea. Così, per esempio, il capitolo sulle città e sui corpi territoriali s'impegna anzitutto a sfatare la diffusa opinione secondo la quale la progressiva chiusura oligarchica dei corpi cittadini avrebbe, in età moderna, trasformato qui le elezioni in vuoti rituali, per dimostrare invece come il contrarsi della base elettorale non abbia cancellato affatto né il loro rilievo come momenti di confronto e di competizione tra le élites cittadine né i significati politici e simbolici che quegli appuntamenti rivestivano di fronte ai poteri superiori. Al tempo stesso, chi partecipava a tali rituali si riconosceva in una concezione della carica elettiva a carattere corporatista, dove l'eletto compariva nell'atto di svolgere una funzione obbiettiva e non a rappresentare interessi ricevuti in cura da chi lo aveva votato. Stesso discorso per le società accademiche: nell'ambito delle quali l'elezione non rifletteva alcun criterio 'meritocratico', ma serviva per riconoscere una dignità già maturata all'interno del corpo. Né diverso, evidentemente, era lo spirito in cui si muovevano i corpi ecclesiastici: i quali, pur essendo stati i primi a far proprio, già col XIII secolo, quel principio maggioritario in cui una visione teleologica della

storia elettorale indica la remota radice del voto ‘moderno’, a tutto pensavano fuorché a servirsene come di un mezzo per determinare in maniera meccanica la volontà collettiva. L’impressione che già con Bonifacio VIII la Chiesa abbia abbracciato una interpretazione quantitativa del momento elettorale (« non zeli ad zelum, nec meriti ad meritum, sed solum numeri ad numerum fiat collatio ») è, appunto, del tutto illusoria: come l’autore dimostra collazionando un gran numero di esperienze (dalle elezioni pontificali a quelle dei vescovi tedeschi del Cinquecento, fino ad una bella campionatura dei meccanismi deliberativi adottati dalle comunità parrocchiali svizzere, sempre nel Cinquecento, per decidere collettivamente sul loro passaggio o meno al protestantesimo). Ad emergere dall’incrocio di queste varie indagini è un mondo religioso ancora saldamente dominato dalla « sanioritas » (la tendenza, cioè, a pesare il voto più che a contarlo <sup>(17)</sup>) a dispetto di alcune affermazioni dottrinali di segno contrario, talvolta troppo frettolosamente interpretate. L’ultimo capitolo, infine, dedicato alle rappresentanze politico-cetuali, prende in esame organizzazioni quali l’Assemblea generale del clero di Francia, la Dieta perpetua dell’Impero o gli Stati generali francesi per dimostrare, attraverso l’esplorazione del loro funzionamento interno, come organismi del genere si presentassero essenzialmente come teatri della società di corpi. In essi, la decisione scaturiva solo molto raramente dall’applicazione di una vera procedura di voto. I deputati dei vari corpi e territori vi sedevano infatti quasi come delle icone rappresentative di ciascuna delle organizzazioni che li avevano espressi; e le decisioni a cui si perveniva erano in genere frutto d’interminabili negoziazioni informali, destinate a chiudersi con una espressione di volontà unanime.

L’immagine che prende forma al termine di questa rassegna — sostenuta da un grande bagaglio erudito e da una non comune capacità di scrittura — è quella di una pratica elettorale capace d’innervare, dal basso in alto, tutta quanta la società d’antico regime. Non leggibile come una imperfetta anticipazione di quella che ne avrebbe poi preso il posto, essa chiede di essere compresa in base alle coordinate specifiche della civiltà su cui s’innesta <sup>(18)</sup>.

---

<sup>(17)</sup> L. MOULIN, *Sanior et maior pars. Notes sur l’évolution des techniques électorales dans les ordres religieux du VI<sup>e</sup> au XIII<sup>e</sup> siècle*, in « Revue historique de droit français et étranger », 36 (1958), pp. 368-397 e 491-529.

<sup>(18)</sup> Si noti, peraltro, come il superamento di una visione lineare della storia elettorale costituisca da tempo un risultato acquisito della storiografia elettorale dell’Ottocento, che per quanto le compete ha abbandonato l’idea della progressione lineare (alla Rokkan) per abbracciare invece l’immagine dell’« albero dai molti rami »: R. ROMANELLI, *Electoral systems and social structures. A comparative perspective*, in *How did they become voters? The history of franchise in modern European representation*, ed. by R. Romanelli,

4. Se questo è allora il senso complessivo di quest'opera, tre mi sembrano i rilievi critici che si possono muoverle. Il primo è il suo carattere sicuramente più incoativo che conclusivo. Nonostante un sottotitolo ambizioso (*Une histoire de vote avant le suffrage universel*), il testo segnala l'esistenza di un grande campo di lavoro, ma non lo dissoda che in piccola parte. Concepito ben più come un'indagine di antropologia culturale che come una ricerca istituzionale finalizzata, per esempio, a fornire classificazioni delle varie modalità di voto, il nostro volume fornisce strumenti per avviare lo scavo, senza però troppo cimentarsi con esso. Allo stato degli studi, certo, ben difficile sarebbe stato per chiunque misurarsi con un impegno del genere. Se esiste un futuro, però, per questo filone storiografico, esso dovrà per forza passare attraverso l'elaborazione graduale di una serie di modelli e di procedure-tipo, che rendano comparabili tra loro e ordinabili in serie cronologiche le pratiche corrispondenti (come del resto è già stato fatto per alcune aree almeno del basso medioevo<sup>(19)</sup>). Solo andando verso una « *histoire comparées des élections* » costruita con criteri tradizionalmente istituzionali sarà possibile, come scrive Corinne Péneau<sup>(20)</sup>, raccordare i tanti « *espaces électifs* » disseminati in tutta l'Europa premoderna in un quadro di riferimento minimamente coeso, all'interno del quale cominciare a poi a porci problemi anche più raffinati.

La seconda osservazione riguarda la scelta dell'autore, a mio avviso troppo drastica, di separare il piano delle pratiche da quello delle dottrine. Legare meglio l'analisi dei comportamenti e delle culture sociali a quella delle teorie che ne hanno accompagnato l'evolversi avrebbe certamente arricchito e resa più compatta la trattazione. In particolare, il modello di voto corporativo che Christin ha disegnato partendo dalla pratica sembra trovare una corrispondenza perfetta in

---

The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 1-35; nello stesso senso, già M. OFFERLÉ, *Un homme, une voix? Histoire du suffrage universel*, Paris, Gallimard, 1993.

<sup>(19)</sup> Penso ai Comuni italiani del Due-Trecento, indagati in questa prospettiva non solo dal saggio di Ruffini citato di sopra, ma anche, per es., da quello di H. KELLER, *Wahlformen und Gemeinschaftsverständnis in den italienischen Stadtkommunen (12-14 Jahrhundert)*, in *Wahlen und Wählen*, cit., pp. 345-374 (ora anche in trad. it. sotto il titolo: 'Comune'. *Autonomia cittadina e governo di popolo alla luce delle procedure elettorali dei secoli XII-XIV*, in H. Keller, *Il laboratorio politico del comune medievale*, Napoli, Liguori, 2014, pp. 165-191) o di L. TANZINI, *A consiglio. La vita politica nell'Italia dei comuni*, Bari, Laterza, 2014, pp. 67-80; oppure ancora agli studi sulle città tedesche del medesimo periodo, di cui una panoramica aggiornata si ricava da E. ISENMANN, *Élections et pouvoirs politiques dans les villes médiévales allemandes*, in *Élections et pouvoirs politiques du VII<sup>e</sup> au XVII<sup>e</sup> siècle*, cit., pp. 165-196.

<sup>(20)</sup> C. PÉNEAU, *Pour une histoire des élections médiévales et modernes*, in « *Cahiers de recherches médiévales et humanistes* », 20 (2010), pp. 127-133.

uno dei capitoli più importanti della teoria della rappresentanza medievale — quello, cioè, che Hasso Hofmann ha indicato col nome di « rappresentanza *pars pro toto* » o di « repraesentatio identitatis » (21). Si tratta di un modello — o, forse meglio, di un discorso o di un linguaggio — elaborato per la prima volta dai giuristi italiani del Due-Trecento in rapporto al mondo corporativo comunale. L'idea centrale di questo costruito (largamente applicato anche agli ordinamenti monarchici) è che il rappresentante non divenga tale in quanto delegato dai singoli soggetti che compongono la collettività, ma in ragione del fatto che egli costituisce *già* una parte qualificata del corpo collettivo a cui appartiene. La metafora organicistica permette di immaginare la società a cui ci si riferisce come un composto armonico di vari gruppi o strati sociali, i più eminenti dei quali sono deputati appunto ad esprimere la volontà comune. Il voto, in questo contesto, non serve a trasferire nel rappresentante una qualche autorità originariamente spettante ad altri, ma solo a riconoscergli formalmente una capacità di parlare per tutti che egli già in qualche modo possiede. Come ha notato Yves Sintomer, introducendo un paio d'anni fa un *dossier* collettivo sulle pratiche politiche della Firenze medievale (22), alla luce di questa impostazione teorica si sciolgono immediatamente parecchie delle difficoltà in cui ci imbattiamo nell'avvicinare le pratiche elettorali medievali. Una volta accolto il presupposto che il rappresentante, trovandosi già all'interno del corpo come una parte costitutiva di esso, non ha bisogno di essere creato ad hoc, diventa più facile capire, per esempio, come mai il ricorso al voto potesse convivere tranquillamente, e sovente mescolarsi, ad altre modalità di designazione, come la sorte, o ancora essere impiegato in un senso inverso a quello che gli è oggi proprio, per es. per far nominare un consiglio deliberante da un organo più ristretto, a carattere, oggi diremmo, 'esecutivo'. Non solo, ma lo schema della « repraesentatio identitatis » o della rappresentanza-

---

(21) H. HOFMANN, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento* (2003), trad. it. Milano, Giuffrè, 2007, spec. pp. 261-268; cfr. anche A. PODLECH, *Repräsentation*, in *Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. von O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, Stuttgart, Klett-Cotta, vol. 5, pp. 509-547 (ora anche in trad. francese come *Id.*, *La représentation: une histoire du concept*, in « Trivium. Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales », 16 (2014), <http://trivium.revues.org/4781>).

(22) J. BOUTIER, Y. SINTOMER, *Florence : un enjeu pour l'histoire du politique*, come introduzione a *La république de Florence (XII<sup>e</sup>-XVI<sup>e</sup> siècle)*, sous la dir. de J. Boutier, Y. Sintomer, in « Revue française de science politique », LXIV (2014), pp. 1068-1073 (la raccolta, che occupa complessivamente le pp. 1055-1199 della rivista, offre, in traduzione francese, una silloge di contributi vecchi e nuovi di autori italiani e tedeschi relativi appunto alla storia istituzionale fiorentina, di cui i curatori intendono fornire uno spaccato complessivo agli studiosi d'oltralpe).

incarnazione, riesce a renderci meno ostica anche la comprensione di un altro fenomeno, ben noto a qualunque medievista, ma non per questo più semplice da accettare per noi: il fatto, cioè, che anche nei momenti di più duro confronto politico all'interno delle mura cittadine, le rivendicazioni dei ceti esclusi dalla partecipazione non puntassero mai ad ottenere un allargamento del diritto di voto quanto piuttosto una estensione della eleggibilità<sup>(23)</sup>. Ciò che contava, per un uomo del medioevo, non era la capacità di designare liberamente i propri governanti, ma il venir ammesso nella cerchia di coloro che erano considerati idonei a incarnare la totalità, e dunque ad esprimerne il volere.

Il discorso teorico della rappresentanza, insomma, non appartiene ad una storia diversa da quella di cui qui ci occupiamo, ma ne costituisce semmai una particolare traslitterazione, molto utile per esplorarne a fondo le varie dimensioni. Un dato che certamente Christin non ignora, ma che avrebbe potuto tenere in maggior conto.

Terza osservazione. Proprio una maggiore valorizzazione delle fonti di carattere dottrinale avrebbe forse permesso all'autore di rendere più nette e evidenti le sue conclusioni circa uno snodo nevralgico del proprio percorso — quello, cioè, relativo al passaggio dal vecchio al nuovo uso del voto. Rifiutata in premessa ogni costruzione teleologica mirante a leggere la storia del voto medievale e moderno come 'primo tratto' di una vicenda destinata a compiersi nella contemporaneità, il nostro libro nega con forza che la svolta impressa a quella storia dalle rivoluzioni di fine Settecento ne abbia costituito un tornante fin dall'inizio obbligato. Se, però, « le vote moderne n'avait rien d'inéluctable »<sup>(24)</sup>, molte pagine dell'analisi dell'autore — e tra le più fini — sono in realtà dedicata a segnalare come l'antica pratica dell'elezione corporativa inizi a presentare, almeno a partire dal principio del XVIII secolo, tutta una serie di pesanti incrinature. Il progredire di una cultura del numero, basata su una considerazione sempre più quantitativa delle società; le ragioni dell'efficienza e della rapidità decisionale, che tendono ad avanzare con l'irrobustirsi dello Stato; la tendenza, sempre da parte dei poteri centrali, a privilegiare il merito individuale come criterio di selezione delle élites; la crescente popolarità, infine, di un modello costituzionale inglese che diffonde una concezione completamente nuova del voto (ben testimoniata, a sua volta, dall'avanzata di una terminologia elettorale assai più univoca rispetto al fumoso lessico premoderno ancora in uso sul continente) — tutti questi elementi sono chiamati a raccolta da Christin, al termine di ciascuno dei suoi quattro capitoli, per illustrare il lento sbiadire della vecchia pratica elettorale corporativa, che con gli anni Sessanta del Settecento comincia ad essere

---

(23) Il punto si trova illustrato molto bene nel saggio di KELLER, 'Comune'. *Autonomia cittadina e governo di popolo*, cit.

(24) CHRISTIN, *Vox populi*, p. 217.

apertamente attaccata tanto dalle élites che dai sovrani riformatori (si pensi solo alla riforma di Laverdy del 1764-66, che, pur destinata ad un clamoroso insuccesso, per alcuni anni sovvertì radicalmente i tradizionali criteri di riproduzione della società municipale <sup>(25)</sup>). L'impressione d'insieme, dunque, che il lettore ricava è quella di un lento, ma difficilmente resistibile scivolamento verso il voto individuale — scivolamento tardivo, certo, rispetto ad un ipotetico percorso che associ fin dall'inizio le idee di democrazia e di uguaglianza alla pratica del suffragio, ma alla fine non meno inesorabile, in quanto indissolubilmente legato alla crisi generale dell'antico regime. Naturalmente, si tratta di una lettura a grandi linee condivisibile; che però rischia di riportarci verso una visione daccapo troppo unilineare del nostro processo, in cui il trionfo del voto 'moderno' si presenta come un corollario naturale dell'emersione di una società d'individui. In realtà i due fenomeni, per quanto ovviamente collegati, lo sono in un modo meno ovvio di quanto può apparire: come l'autore stesso accenna in alcune pagine importanti, collocate però nell'ultimo capitolo dell'opera <sup>(26)</sup>, in una posizione un po' defilata che può sfuggire ad un lettore frettoloso. Riprendo un attimo questo passaggio, cercando di precisare quella che mi pare esserne la linea argomentativa di fondo. Se il voto si avvia a conquistare una centralità assoluta nel nuovo spazio politico — dice in sostanza Christin —, ciò non dipende tanto dal fatto che esso si configuri come uno strumento effettivo di autonomia individuale, ma da un motivazione per certi versi opposta: ovvero dalla circostanza che esso contiene in sé una sorta d'implicita « promesse d'obéissance » <sup>(27)</sup> nei confronti dell'eletto. L'atto elettorale si carica, in altre parole, di un significato che mai aveva posseduto nel corso dei lunghi secoli precedenti: quello di legittimare i governanti attraverso una specifica manifestazione di consenso da parte dei governati. E tale manifestazione, a sua volta, in un universo ormai avviato alla secolarizzazione, comincia a presentarsi come l'unica risorsa capace di fornire un fondamento plausibile a qualunque tipo di autorità. Nell'atto, quindi, in cui la « repraesentatio identitatis » propria della tradizione medievale cede il posto alla rappresentanza come mandato (il *Vertreten* della dottrina tedesca), prefigurata a sua volta dalla nuova teoria del contratto sociale, il voto va incontro ad una

---

<sup>(25)</sup> S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, I, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 134-143.

<sup>(26)</sup> Ivi, pp. 260-267.

<sup>(27)</sup> Ivi, p. 261. L'autore mutua questo concetto dal noto lavoro di Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calman-Lévy, 1995, che pur affrontando il problema di cui qui ci occupiamo in una prospettiva storiograficamente superata (quella, cioè, della alternativa secca tra voto elettorale e estrazione a sorte), fornisce però una spiegazione dell'affermazione del voto individuale che non ha ancora perso niente della sua validità.

sorta di mutazione genetica. Esso diventa il mezzo per esprimere concretamente quel consenso-autorizzazione di cui nessun potere può più fare a meno; avviandosi ad assumere così quel valore sacramentale che nel corso dei secoli precedenti i titolari dell'autorità avevano costantemente cercato in fonti di carattere tutto diverso.

5. A sagomare di volta in volta il profilo del voto, insomma, ed a determinarne il significato effettivo, è in gran parte la cultura della rappresentanza che vi sta dietro. Storia del voto e storia della rappresentanza, studio delle pratiche e studio dei concetti non possono che costituire, per il ricercatore, due facce complementari di un medesimo impegno. È *Vox populi* è un libro importante anche nel suo ricordare a chi pratica generi storiografici più contigui al piano della storia delle idee che a quella dell'esperienza concreta come il mondo dei concetti acquisti spessore solo se costantemente calato nella realtà sociale che li produce.

A questo proposito, nel chiudere questa nota, colgo l'occasione per raccogliere la sfida implicita lanciata dal nostro volume e per chiedermi in quale misura una proposta quale quella di Christin potrebbe applicarsi ad un'area europea come l'Italia, finora studiata dal punto di vista che qui ci interessa con riferimento quasi esclusivo al medioevo cittadino. È possibile, in sostanza, immaginare una storia elettorale dell'Italia d'antico regime, capace di ricostruire le pratiche di selezione dei ceti dirigenti in uso delle varie aree della Penisola e di articolare un discorso critico attorno ad esse?

Diciamo subito che, allo stato delle ricerche, nessuno storico è oggi in grado di disegnare, sia pur in modo approssimativo, una 'geografia elettorale' complessiva della Penisola per i secoli XVI-XVIII. Non c'è dubbio, d'altra parte, che l'area italiana, ricca di tradizioni istituzionali variegata, che vanno dalle monarchie di Napoli e Sicilia a tutta la gamma di Stati policittadini del centro Nord, passando per domini principeschi fortemente compositi come quello sabaudo, promette di costituire un campo di studio stimolante per lo studioso interessato a costruire una storia comparata del voto corporativo.

Per misurare la potenziale ricchezza di questo tessuto, mi limito qui ad accennare al solo caso regionale di cui ho maturato una sufficiente esperienza, quello della Toscana granducale. Si tratta di uno Stato in cui il definitivo passaggio dalla repubblica fiorentina al principato, sancito dal tornante del 1530, pose fine ad uno dei più affascinanti laboratori politico-elettorali dell'Occidente. Se infatti i complessi meccanismi di designazione agli uffici ideati in età repubblicana continuarono in qualche misura ad essere applicati nella Firenze del principato, ciò accadde solo per una serie di cariche minori, mentre gli organi propriamente politici e di alta amministrazione dello Stato divennero gradualmente di esclusiva nomina sovrana. Chi si sposti, però, dal

centro dello Stato alla sua periferia s'imbatta in circa 780 comunità generali, quasi tutte dotate di statuti altamente formalizzati che, a loro volta, disciplinano quasi sempre in modo minuzioso i sistemi di selezione del proprio personale dirigente. A colpire subito chiunque si affacci su questo paesaggio sono le analogie tipologiche intercorrenti tra comunità anche molto diverse per consistenza demografica e dignità storica. Si tratti di antichi centri urbani, come Siena, Pisa, Arezzo o Pistoia, di terre murate di medie dimensioni o di piccole comunità castrensi da sempre incluse nei contadi di questa o quella città, il sistema adottato per la copertura degli uffici presenta sempre una certa aria di famiglia, avvicinandosi in varia misura a quello che era stato applicato appunto per molti secoli nella Firenze repubblicana. Tale metodo si basava in sostanza sulla periodica estrazione a sorte del personale dirigente da certe 'borse', preparate da apposite commissioni elettorali. Tali borse, destinate a durare per un periodo solitamente compreso tra i due e i cinque anni, contenevano un numero di nominativi sufficiente a coprire il rapido turnover (da due a sei mesi) cui erano sottoposti gli ufficiali via via sorteggiati. La 'electio', o imborsazione agli uffici, si svolgeva secondo una rigida liturgia, nel corso della quale gli ufficiali ultimi estratti (quelli cioè corrispondenti all'ultimo 'bossolo' contenuto nella vecchia borsa ormai esaurita) selezionavano, secondo procedure più o meno filtrate e complesse, i componenti della commissione elettorale a sua volta destinata a confezionare le nuove borse per il successivo periodo pluriennale. Il sistema si basava dunque su una cooptazione mediata dei nuovi amministratori da parte dei vecchi e garantiva così (quali che fossero poi i requisiti soggettivi, di censo o di anzianità, stabiliti dagli statuti per poter accedere alle magistrature e ai consigli) che il controllo politico della comunità rimanesse nelle mani di gruppi ben definiti, corrispondenti alle famiglie 'originarie' di più antica data e di maggior lustro. Queste famiglie, anche quando la loro eccellenza non si trovava formalizzata in nessun modo sul piano normativo, venivano a costituire una sorta di *inner circle*, di ceto di diseguali o di comunità nella comunità, destinata a rinnovarsi soltanto tramite la cooptazione di nuove famiglie da parte di quelle già ammesse al « reggimento » comunitativo. La tecnica elettorale, in sostanza, riproduceva il profilo di una comunità concepita come una sorta di patrimonio plurifamiliare, strutturato su più cerchi concentrici di appartenenza, i cui rispettivi confini erano vigilati dai ceppi genealogici più solidi e antichi <sup>(28)</sup>.

---

(28) Per una esposizione critica di questo metodo, cfr., in termini generali, E. FASANO GUARINI, *Principe ed oligarchie nella Toscana del Cinquecento* (1980), ora in Ead., *L'Italia moderna e la Toscana dei principi*, Firenze, Le Monnier, 2008, pp. 221-240; mentre per un approfondimento basti al rinvio alla celebre esperienza senese: D.

Sicuramente riscontrabile anche in altre aree della penisola <sup>(29)</sup>, questo modello di riproduzione corporativa continuò ad essere applicato in Toscana fino agli anni Settanta del Settecento, quando la grande riforma comunitativa di Pietro Leopoldo sostituì la vecchia comunità di origine medievale, fondata in definitiva sull'anzianità di appartenenza, col modello fisiocratico della comunità dei possessori o dei censiti, basata su un concetto di cittadinanza a carattere puramente fiscale. È interessante notare, però, che questa scelta radicalmente discontinuista, pur spazzando via l'esclusivismo dei vecchi metodi di riproduzione sociale, non introdusse affatto il principio 'moderno' della elettività degli uffici. La riforma leopoldina scelse piuttosto di generalizzare il sistema della estrazione a sorte, permettendo a tutti i proprietari dotati di un determinato reddito di venire inclusi in quelle borse il cui accesso, invece, nel sistema precedente, risultava sapientemente regolato dalle famiglie più anziane. Per quanto le riforme toscane, dunque, si fossero sviluppate in un fitto dialogo con la cultura istituzionale d'oltralpe, fino ad essere considerate anzi da Turgot e dai suoi collaboratori come una sorta di laboratorio politico per la riprogettazione dell'amministrazione territoriale francese <sup>(30)</sup>, sotto il profilo delle tecniche elettorali esse continuarono a muoversi lungo un binario lontano dalla nuova sensibilità che si era fatta strada nella Francia dei lumi. Basta aprire, per esempio, il celebre *Mémoire sur les municipalités* di Dupont de Nemours per accorgersi di come, per la cultura fisiocratica degli anni Settanta, il voto individuale costituisse ormai una scelta senza alternative, tanto ovvia da non richiedere neppure di essere sostenuta con argomentazioni specifiche di alcun tipo <sup>(31)</sup>. La realtà italiana, a questa altezza, sembra presentare un aspetto diverso: e ciò non solo in Toscana, ma anche, per esempio, in Piemonte, dove la grande riforma « dei Pubblici » del 1775, pur ispirata ad una analoga politica di apertura ai ceti proprietari, stabilì che il rinnovo delle cariche locali avvenisse secondo un rigido criterio di cooptazione diretta, che rimetteva la scelta dei nuovi amministratori via via scadenti a quelli che si

---

MARRARA, *Riseduti e nobiltà. Profilo storico istituzionale di un'oligarchia toscana nei secoli XVI-XVIII*, Pisa, Pacini, 1976. Per una campionatura critica di alcuni statuti, L. MANNORI, *Lo Stato del Granduca, 1530-1859. Le istituzioni della Toscana moderna in un percorso di testi commentati*, Pisa, Pacini, 2015, cap. I.

<sup>(29)</sup> Si pensi per esempio alla Marca d'Ancona, studiata a suo tempo con molta finezza da un grande storico dell'età moderna: G.B. ZENOBÌ, *Ceti e potere nella Marca Pontificia. Formazione e organizzazione della piccola nobiltà fra '500 e '600*, Bologna, il Mulino, 1976.

<sup>(30)</sup> B. SORDI, *L'amministrazione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 149-185.

<sup>(31)</sup> P.S. DUPONT, *Mémoire sur les Municipalités à établir en France*, in *Œuvres posthumes de M. de Turgot*, Lausanne, 1787, p. 5 e ss.

trovavano ancora in carica <sup>(32)</sup>. Solo in Lombardia, per fermarci all'ultimo dei tre Stati italiani che nel corso del secolo sperimentarono radicali riforme dei loro corpi intermedi, si accolse il criterio del voto per la nomina di certi ufficiali — voto che, però, si combinò qui con il mantenimento di un assetto organizzativo per altri versi del tutto arcaico, come testimonia la presenza del famoso « convocato degli estimati », cioè l'assemblea generale di tutti i contribuenti fondiari comunali, chiaro residuo di pratiche collettivistiche ben poco in asse rispetto ad un ipotetico governo rappresentativo in via d'emersione <sup>(33)</sup>.

Rilievi del genere, naturalmente, non permettono di trarre alcuna conclusione circa il modo con cui le élites italiane si stessero preparando all'impatto con una democrazia elettorale ormai dietro l'angolo. In attesa di studi adeguati, però, l'impressione è che il voto individuale, inteso come preconditione indispensabile all'esercizio di qualunque autorità, fosse del tutto assente dal loro ideario prima del 1789 o forse, addirittura, prima dello stesso 1796. Una documentata conferma di questa sensazione potrebbe aiutare non solo a ricalibrare vari aspetti della storia del pensiero politico italiano del Settecento ma anche a dar conto di come il voto continui a costituire una presenza molto evanescente nella stessa cultura patriottica proto-risorgimentale, che fino a un momento ben avanzato del nuovo secolo non sembra riuscire a saldare chiaramente le proprie rivendicazioni costituzionali con l'idea di una pratica elettorale di livello nazionale <sup>(34)</sup>.

---

<sup>(32)</sup> A. PETRACCHI, *Le origini dell'ordinamento comunale e provinciale italiano*, Venezia, Neri Pozza, 1962, vol. I, p. 34, e vol. II, pp. 17-19.

<sup>(33)</sup> C. MOZZARELLI, *Sovrano, società e amministrazione locale nella Lombardia teresiana (1749-1758)*, Bologna, il Mulino, 1982, pp. 95-110.

<sup>(34)</sup> Basti, per questo, il rinvio a R. ROMANELLI, *Nazione e Costituzione nell'opinione liberale avanti il '48*, in *La rivoluzione liberale e le nazioni divise*, Atti del Convegno internazionale di studio nel 150° anniversario del 1848 (5-6 giugno 1998), a cura di P. Ballini, Venezia, Istituto veneto di lettere, scienze e arti, 2000, pp. 271-304.

MARCO NICOLA MILETTI

## GIUSTIZIA PENALE E IDENTITÀ NAZIONALE

(A proposito di *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, a cura di Luigi Lacchè, Roma, Donzelli, 2015)

1. Continuità o rivoluzione. — 2. Mutuazioni liberali. — 3. L'eredità 'a valle'. — 4. Falsificazione della legalità. — 5. Gli ambigui apporti delle 'scuole'. — 6. La conformazione della magistratura. — 7. Uno specchio per la storia italiana.

### 1. *Continuità o rivoluzione.*

« Senza una grande rivoluzione politica », sentenziava Giuseppe Maggiore in un celebre scritto del 1939, « non è possibile alcuna rivoluzione o riforma nel campo del diritto » <sup>(1)</sup>. A distanza di oltre settant'anni dal disastroso epilogo, resta controverso se e in che misura il fascismo abbia *rivoluzionato* il « campo » del penale italiano, quello che ispirava la riflessione di Maggiore; o se invece ne abbia più banalmente — ma con effetti prognostici meno tranquillizzanti — esasperato taluni tratti identitari profondi.

Dipanatasi intorno a questo interrogativo sin dai primi sondaggi degli anni Settanta <sup>(2)</sup>, l'indagine storico-giuridica, sensibilmente inten-

---

<sup>(1)</sup> G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in « Rivista italiana di diritto penale », XI (1939), p. 142.

<sup>(2)</sup> C. SCHWARZENBERG, *Diritto e giustizia nell'Italia fascista*, Milano, Mursia, 1977; G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in « Democrazia e diritto », 17 (1977), 4, pp. 661-684; P. PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in « Politica del diritto », X (1979), 3, pp. 261-317. Nel selezionare gli studi meritevoli, a suo parere, di menzione, M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in « Quaderni fiorentini », 28 (1999), *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, II, p. 817, nt. 1, ora in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, II, p. 1001, nt. 1 definiva « vasta la letteratura, incostante la qualità ». L'avvicinamento degli storici del diritto alle tematiche poste dal

sificatasi negli ultimi lustri, continua a scavare nei faldoni d'archivio, a scrutare tra le maglie della legislazione, a dissodare repertori di giurisprudenza sulle piste di residui del passato 'liberale' e di presagi 'repubblicani'. I sintomi della lunga durata sono conclamati: le affinità con l'involuzione autoritaria del liberalismo conservatore di fine Ottocento; un codice penale datato 1930 e tuttora vigente; una 'scuola', quella tecnico-giuridica, che ha pressoché monopolizzato la scena quasi per l'intero secolo XX; le ferite non ancora rimarginate, le inconfessabili rimozioni. Vischiosità che, se da un lato rendono francamente improponibile, rispetto alla storia italiana del penale, l'interpretazione crociana del fascismo come 'parentesi' <sup>(3)</sup>, dall'altro incoraggiano ricerche di ormai collaudato taglio interdisciplinare <sup>(4)</sup>.

Competenze diverse s'incrociano nel volume *Il diritto del Duce*, curato da Luigi Lacchè nell'ambito d'un progetto di ricerca nazionale coordinato dall'Università di Macerata. I singoli contributi ruotano intorno alla giustizia penale al tempo del fascismo, vagliandone gli aspetti istituzionali, normativi, giurisprudenziali, comparatistici. Comune è la consapevolezza della strutturale ambiguità della leva giudiziaria: ora docile strumento repressivo, ora potente macchina di costru-

---

ventennio è stato comunque tardivo, rileva A. MAZZACANE, *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, in *Diritto, economia e istituzioni nell'Italia fascista*, a cura di A. Mazzacane, Baden-Baden, Nomos, 2002, pp. 1-12.

<sup>(3)</sup> Cfr. M. MAGGI, *L'Italia che non muore. La politica di Croce nella crisi nazionale*, Napoli, Bibliopolis, 2001, p. 10; ID., *Etica, politica, ideologia: modelli filosofici nell'Italia del Novecento*, in *Filosofia e politica. Studi in onore di Girolamo Cotroneo. Volume III*, a cura di G. Furnari Luvarà, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005, p. 235, nt. 32. Reputa inappropriata, con riferimento al diritto fascista, l'immagine della *parentesi* M.A. LIVINGSTON, *Criminal Law, Racial Law, Fascist Law: Was the Fascist Era Really a 'Parenthesis' for the Italian Legal System?*, in *Fascism and Criminal Law. History, Theory, Continuity*, edited by Stephen Skinner, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2015, p. 97. Scettica anche l'attuale storiografia giuridica, come segnala I. STOLZI, *Fascismo e cultura giuridica: persistenze ed evoluzioni della storiografia*, in « Rivista di storia del diritto italiano », LXXXVII (2014), p. 283. La storiografia 'politica' sul fascismo pare, invece, ora orientata nel senso della discontinuità: ne accenna A. MENICONI, *La magistratura e la politica della giustizia durante il fascismo attraverso le strutture del ministero della Giustizia*, in *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, a cura di L. Lacchè, Roma, Donzelli, 2015, p. 80.

<sup>(4)</sup> Cfr. STOLZI, *Fascismo e cultura giuridica*, cit., p. 259, con ampia bibliografia di studi 'collettanei'. Nelle letture dei giuristi positivi prevale la sensibilità per gli elementi tecnici rivelatisi *ex post* segni precursori: MAZZACANE, *La cultura giuridica del fascismo*, cit., p. 3.

zione del consenso; spesso asservita al regime ma anche dotata di insospettabili logiche proprie, non del tutto addomesticabili <sup>(5)</sup>.

La medesima doppiezza ridonda nella diagnosi storiografica. Come rilevano i tre curatori del recentissimo *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento*, la cui lettura va considerata, per molti versi, complementare a quella del libro qui recensito, la giustizia assolve una funzione *conformativa* e *performativa*: da un lato rifrange le dinamiche sociali, dall'altro apre un canale d'elezione per intervenirevi <sup>(6)</sup>. Se il *penale* è sempre « strumento di riaffermazione e di esercizio del potere » ma anche veicolo « privilegiato » di « ideologie » <sup>(7)</sup>, la duplice valenza si esalta nei sistemi totalitari, nei quali — lo ha insegnato Otto Kirchheimer — i tribunali alimentano la propaganda <sup>(8)</sup>. Il fascismo non fece eccezione: come più volte traspare da *Il diritto del Duce*, la giustizia agognata da Mussolini mirava non solo alla repressione violenta ma anche a mietere consenso in vista dell'edificazione dello Stato etico e della genesi dell'*homo novus* <sup>(9)</sup>.

La dimensione giudiziaria si presta dunque a colmare la lacuna lamentata, anni addietro, da Sbriccoli nelle conoscenze del penale fascista, vale a dire le relazioni tra diritto e politica, giuristi e autorità <sup>(10)</sup>. Rapporti che, per la verità, la dottrina più schiettamente

<sup>(5)</sup> L. LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione: i volti del regime fascista. Introduzione a Il diritto del Duce*, cit., p. X. Si v. anche L. LACCHÈ, *Sulla forma giudiziaria. Dimensione costituzionale della giustizia e paradigmi del processo politico tra Otto e Novecento*, in *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento. Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 5.

<sup>(6)</sup> F. COLAO, L. LACCHÈ, C. STORTI, *Introduzione a Giustizia penale e politica in Italia*, cit., p. VIII.

<sup>(7)</sup> LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione*, cit., p. XIV.

<sup>(8)</sup> O. KIRCHHEIMER, *Politische Justiz* (1955), trad. it. *Giustizia politica*, in Id., *Giustizia politica*, a cura di R. Racinaro, Macerata, Liberilibri, 2002, pp. 27-28. L'A. osservava, invero (ivi, p. 29), che anche nei paesi democratici i « processi politici occidentali [...] sono del tutto consapevoli del potere dell'opinione pubblica ». Condivide espressamente LACCHÈ, *Sulla forma giudiziaria*, cit., p. 7.

<sup>(9)</sup> LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione*, cit., p. XXXVIII; F. COLAO, *I processi ai « maggiori esponenti di idee contrarie al governo nazionale »*, in *Il diritto del Duce*, cit., p. 33, la quale, riprendendo uno spunto di G. NEPPI MODONA, *Diritto e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di L. Lacchè, C. Latini, P. Marchetti, M. Meccarelli, Macerata, Eum, 2007, p. 341, sottolinea la strumentalizzazione del « valore securitario della deterrenza ».

<sup>(10)</sup> SBRICCOLI, *Le mani nella pasta*, cit., II, p. 1001.

organica al regime non aveva affatto dissimulato <sup>(11)</sup> e che già alla vigilia della marcia su Roma prorompevano nelle pagine solitamente sobrie della letteratura scientifica. Floriana Colao registra, in proposito, la contestuale convergenza tra il *Trattato di diritto penale* del Manzini, la « Rivista Penale » di Lucchini e taluni articoli de « La Scuola positiva » nella ricerca d'una qualificazione giuridica (delitto *comune* o delitto *politico*) delle violenze *bolsceviche* e *squadriste*: scritti quanto mai schierati nello stigmatizzare gli scontri di piazza, nel ridicolizzare una classe dirigente inetta e nell'additare la via penale quale estremo baluardo contro lo spettro della guerra civile <sup>(12)</sup>.

Conquistato il potere, il fascismo rivelò sin dall'ammnistia del 22 dicembre 1922 « l'intenzione di utilizzare lo strumento penale come arma di lotta politica » <sup>(13)</sup>. E nel *processone* ai leader comunisti non esitò a piegare la « forma giudiziaria » alle sue strategie <sup>(14)</sup>. Tuttavia, a conferma dell'eterogenesi dei fini di cui si diceva, i procedimenti giudiziari si ribaltavano talora da congegni repressivi in insperate tribune per i perseguitati. Così accadde nel *processo ai comunisti italiani* del 1923, dimostrazione dell'anomala dialettica che s'innescava nei tribunali politici. Così si ripeté nel processo di Savona del settembre 1927, tramutatosi da una parte in « aperta sfida al regime » per gli imputati

---

<sup>(11)</sup> MAGGIORE, *Diritto penale totalitario*, cit., pp. 148-149 rimarcava « la stretta interdipendenza tra diritto [penale] e politica » e l'« immancabile [...] parallelismo » tra « concezione dello Stato » e « conformazione del diritto penale ».

<sup>(12)</sup> COLAO, *I processi*, cit., p. 35. Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*. Seconda edizione accresciuta e perfezionata. *Volume quinto*, Torino, Utet, 1921, p. 652 (e spec. ivi, nt. 1); L. LUCCHINI, *Il socialismo militante in Italia è un delitto comune*, in « Rivista Penale », XLVIII (1922), vol. 95, fsc. 1 (gen.), pp. 21-32 e spec. p. 28; L. LUCCHINI, *Delitti politici e delitti comuni*, ivi, fsc. 3 (mar.), pp. 197-203 e spec. p. 201 (per la posizione di Lucchini v. M.N. MILETTI, *Dall'adesione alla disillusione. La parabola del fascismo nella lettura panpenalistica di Luigi Lucchini*, in *I giuristi e il fascismo del regime [1918-1925]*, a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, Roma, Roma Tre-Press, 2015, pp. 304-306); P. GIUDICE, *Squadre d'azione fasciste e arditi del popolo di fronte alla legge penale*, in « La Scuola Positiva — Rivista di Diritto e Procedura Penale », n.s. II, n. 1-2-3 (gen.-mar. 1922), pp. 118-124; G. MARASCO, *Socialisti e fascisti nel diritto penale*, in « Rivista Penale », XLVII (1921), vol. 93, fsc. III (mar.), pp. 278-284 (ivi, p. 278 per la denuncia dell'*impassibilità* dello Stato di fronte ai « fattacci » di cronaca; ivi, pp. 281-284 per la larvata benevolenza dell'A. verso il ruolo giustizialista che andavano spontaneamente assumendo le squadre fasciste).

<sup>(13)</sup> G. NEPPI MODONA, M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali 12. La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, p. 767 (l'affermazione va attribuita a Pelissero).

<sup>(14)</sup> LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione*, cit., p. XXVIII; LACCHÈ, *Sulla forma giudiziaria*, cit., p. 28.

Parri e Rosselli, « implacabili accusatori delle violenze e delle illegalità » fasciste; dall'altra in opportunità per i giudici di bollare l'antifascismo degli inquisiti come un « fardello » ormai sorpassato da « nuove concezioni etico-sociali » suffragate dall'« unanime consenso della nazione » (15). Il linguaggio dei magistrati liguri fa il paio con quello del germanico Tribunale del popolo, le cui pronunce — avverte Vormbaum — somigliavano sovente a « testi politici propagandistici » dal gergo volutamente atecnico e popolare (16).

## 2. *Mutuazioni liberali.*

Da tempo persuaso che l'intrinseca *politicalità* conferisca alla giustizia penale una precipua « valenza costituzionale », Lacchè ritiene che nel periodo fascista i valori fondativi fossero quelli mutuati dalla crisi dello Stato liberale: il nazionalismo, l'autoritarismo (17). Un così spiccato recupero *à rebours* di canoni ideologici ripropone allo storico del diritto e al 'vigentista' il dilemma della continuità penalistica tra tarda

---

(15) Per il processo ai principali esponenti del Pcd'I cfr. COLAO, *I processi*, cit., p. 37: l'A. aderisce alla tesi di J.M. VERGÈS, *De la stratégie judiciaire*, Paris, 1968, trad. it. *Strategia del processo politico*, Torino, Einaudi, 1969, p. 16, secondo cui nei tribunali politici coesisterebbero sempre *rottura e connivenza*. Sul processo di Savona v. COLAO, *I processi*, cit., p. 50, sulla base delle considerazioni di G. NEPPI MODONA, *Quali giudici per quale giustizia nel ventennio fascista*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano, Giuffrè, 2010, p. 223 (« aperta sfida », « implacabili accusatori »); COLAO, *I processi*, cit., p. 51 quanto alle espressioni (nel testo riportate letteralmente) della sentenza savonese del 1927.

(16) T. VORMBAUM, *Il Tribunale del popolo durante il dominio nazista (1934-45)*, in *Il diritto del Duce*, cit., pp. 241-242.

(17) LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione*, cit., pp. x-xi. Sviluppando la « matrice » sbriccoliana del rapporto tra penale, giustizia e potere (cfr. L. LACCHÈ, *Introduzione a Penale Giustizia Potere*, cit., pp. 22-24), l'A. insiste da tempo sulla categoria interpretativa del *penale costituzionale*: cfr. ad es., seppur con riferimento a contesti limitati e diversi, ID., *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)*, I, pp. 663-695 (e spec. p. 664); L. LACCHÈ, *Un luogo « costituzionale » dell'identità giudiziaria nazionale: la Corte d'assise e l'opinione pubblica (1859-1913)*, in *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. Colao, L. Lacchè e C. Storti, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 77-120. Su un piano più generale STOLZI, *Fascismo e cultura giuridica*, cit., p. 267 esorta a non trascurare, in nome delle evidenti continuità statualistico-autoritarie con il passato ottocentesco, la capacità della classe dirigente fascista di decifrare le novità del « panorama » giuridico-istituzionale dei primi decenni del Novecento.

età liberale e ventennio mussoliniano (18), all'interno d'un più vasto dibattito sulle connivenze o sulle afferenze organiche dei giuristi al regime e sull'identificabilità d'una vera e propria dottrina giuridica fascista (19).

Certo, alcune permanenze vanno ascritte ad una sorta di congenita inerzia che pare affliggere l'universo penalistico (20). Lo ammetteva apertamente, al fine di spronare allo studio storico del diritto, Vincenzo Manzini, che forse incarnò al più alto grado la *lunga durata* della scienza penale nell'Italia del Novecento:

« Il procedimento penale non è frutto delle meditazioni dei filosofi, né delle

---

(18) Per limitarsi ad una bibliografia minima cfr. M. SBRICCOLI, *Caratteri originali e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali 14 — Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante in collaborazione con L. Minervini, Torino, Einaudi, 1998, pp. 528-529, ora in SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, cit., I, p. 643; ivi, p. 637 circa le presunte 'anticipazioni' di Arturo Rocco, sul cui statualismo v. ora L. GARLATI, *Arturo Rocco inconsapevole antesignano del fascismo nell'Italia liberale*, in *I giuristi e il fascino del regime*, cit., pp. 202-204 e 212. Quanto agli studi penalistici, G. FIANDACA, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, in « La questione criminale », VII (1981), 1, pp. 67-81 ha da tempo rimarcato le continuità tra il penale 'liberale' e gli aspetti ritenuti più repressivi del codice Rocco. Il tema, comunque, innerva l'intera letteratura penalistica contemporanea.

(19) La questione dell'autonomia d'una cultura giuridica fascista è stata oggetto, negli ultimi anni, di vivaci discussioni. Tra le riflessioni di respiro generale basti segnalare P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in « Quaderni fiorentini », 28 (1999), I, pp. 175-282; MAZZACANE, *La cultura giuridica del fascismo*, cit., pp. 5-12; A. SOMMA, *Fascismo e diritto: una ricerca sul nulla?*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », LV (2001), pp. 597-663; A. SOMMA, *Parallele convergenti. La comune matrice del fascismo e del liberismo giuridico*, in « Rivista critica di diritto privato », XXII (2004), pp. 61-88; I. BIROCCHI, *Il giurista intellettuale e il regime*, in *I giuristi e il fascino del regime*, cit., pp. 9-61 (spec. 12-14). In quest'ultimo vol. collettaneo alcuni contributi si concentrano sull'approdo di singoli penalisti al fascismo degli esordi: cfr. F. COLAO, « *Un fatale andare* ». *Enrico Ferri dal socialismo all'« accordo pratico » tra fascismo e Scuola positiva*, ivi, pp. 129-157; GARLATI, *Arturo Rocco inconsapevole antesignano*, cit., pp. 191-213; MILETTI, *Dall'adesione alla disillusione*, cit., pp. 289-324. Per una puntuale sintesi della bibliografia su penalistica e fascismo v. F. COLAO, *Processo penale e pubblica opinione dall'età liberale al regime fascista*, in *L'inconscio inquisitorio*, cit., p. 252, nt. 57.

(20) A proposito dell'accesso del difensore agli atti istruttori F. CORDERO, *Stilus curiae (analisi della sentenza penale)* (1985), in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1986, ora in Id., *Ideologie del Processo Penale*, edizione integrata da *Appendice*, Roma, Università degli Studi La Sapienza, 1998, p. 233 rileva con amarezza: « La 'lunga durata' è una categoria congeniale al mondo penalistico [...]. Le abitudini giudiziarie [...] cadono fuori dal tempo politico ».

teorie di una scuola, né del costume di un singolo popolo e neppure della politica d'un determinato Stato. Esso è soprattutto il prodotto della necessità e dell'esperienza sociali formatosi, svoltosi e perfezionatosi attraverso i secoli [...]. Il pensiero filosofico, le teorie sociali e politiche » senz'altro vi influiscono: « ma l'istituto giuridico processuale penale è rimasto sempre identico nelle sue linee fondamentali, nella sua funzione, nella sua ragion d'essere ». La probabilità, quindi, d'un mutamento radicale « è tanto verosimile, quanto lo è, negli Stati civili, l'abolizione della famiglia o l'avvento del comunismo. Le idee e i sentimenti individuali e collettivi possono avere bensì la più irresistibile energia suggestiva, propulsiva e rivoluzionaria, ma [...] non quando urtino contro l'invincibile forza d'inerzia della necessità e dell'esperienza » (21).

Ciò nonostante, indizi di discontinuità affiorano in vari passaggi de *Il diritto del Duce*. Secondo Lacchè, le leggi *fascistissime* del 1925/26 segnarono un inequivoco spartiacque, giacché soppressero la dialettica statutaria autorità / libertà. In questa torsione giocò un ruolo decisivo ma sfuggente il Tribunale speciale per la difesa dello Stato, del quale si occupano, da angolazioni diverse, vari saggi. Per Lacchè esso non fu la mera riproposizione di forme di giustizia militare: costituì, piuttosto, una « cabina di regia », inedita rispetto all'età liberale, dalla quale il regime provò a sfoderare la potenza eversiva della rivoluzione fascista e a instaurare un « ordine costituzionale di giustizia politica » mediante « trame e strategie flessibili » (22). Anche Leonardo Pompeo D'Alessandro vede nel Tribunale speciale, del quale ricostruisce le scansioni istituzionali salienti, « un momento di reale rottura rispetto al sistema penale liberale »: egli propende per la sostanziale politicità dell'organismo, pur riconoscendone il carattere « anfibio pronto ad adattarsi alle progressive esigenze » del governo e pur senza ignorare la labilità dei confini di competenza rispetto alla magistratura ordinaria (23).

---

(21) V. MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, terza edizione aggiornata con la nuova legislazione fascista, Padova, Cedam, 1929, pp. 3-4. Il brano ricompare nelle edd. successive: Padova, Cedam, 1931<sup>4</sup>, pp. 5-6; Padova, Cedam, 1941<sup>8</sup>, p. 7.

(22) LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione*, cit., pp. XVIII (leggi fascistissime), XX-XXI e XXV (Tribunale speciale); ID., *Sulla forma giudiziaria*, cit., pp. 22-23 e 26. Anche per il tramite del Tribunale speciale (LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione*, cit., p. XX; ID., *Sulla forma giudiziaria*, cit., p. 23) « la 'legalità fascista' [...] incorporò l'emergenza nel suo modo di essere ».

(23) L.P. D'ALESSANDRO, *Per una storia del Tribunale speciale: linee di ricerca tra vecchie e nuove acquisizioni*, in *Il diritto del Duce*, cit., p. 155 (rottura, anche alla luce di documenti ufficiali: v. ivi, p. 157); ivi, pp. 153 e 173 (adattabilità); ivi, p. 158 (« bivalenza, militare e politica », specie nei primi anni di attività). Ivi, p. 160 quanto alla trasformazione culminata nel giugno del 1931 (attribuzione al capo del governo delle competenze dapprima spettanti al ministro della Guerra); ivi, pp. 161-162 (pressioni del ministro

La « profonda ambiguità » del Tribunale speciale emerge anche dallo spoglio — condotto da Alessandra Bassani e Ambra Cantoni — del fondo archivistico concernente lo spionaggio politico. La Bassani scorge nella « temporaneità permanente » della corte « un legame inconscio con il sistema liberale di dialettica fra politica e giustizia »: e giudica l'estensione di competenza ai reati comuni, sopraggiunta negli anni Quaranta, sintomo dell'« avvilitamento paranoico del regime intorno alle proprie paure » (24). Più lineare appare al confronto la parabola, descritta nel contributo di Vormbaum, del Tribunale del popolo, istituito in Germania come giudice speciale nel 1934 e trasformato nel 1936 in corte ordinaria (25).

A riprova della duttilità degli strumenti a disposizione del Tribunale speciale, il contributo di Matteo Petracci inquadra l'internamento

---

Rocco affinché il Tribunale speciale non sospendesse le procedure ordinarie, ad es. l'utilizzo della condanna condizionale). Sul tema cfr. PELISSERO in NEPPI MODONA, PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., p. 771. Riguardo alla natura giuridica, il Tribunale speciale (rileva C. LATINI, *La sentenza 'dei giornalisti'. Repressione del dissenso e uso dei tribunali penali militari durante lo stato d'assedio nel 1898*, in *Inchiesta e pre-giudizio. Una riflessione interdisciplinare*. Atti del Convegno Teramo, 4 maggio 2006, a cura di P. Marchetti, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 57) teneva insieme il rispetto dell'art. 71 dello Statuto albertino, che consentiva l'istituzione di tribunali speciali in quanto 'naturali'; e l'innegabile « natura eccezionale, rivoluzionaria e politica ». Più di recente, la stessa C. LATINI, *Cittadini e nemici. Giustizia militare e giustizia penale in Italia tra Otto e Novecento*, Firenze, Le Monnier, 2010, p. 332 ha osservato come la presenza di giudici militari non contrastasse necessariamente con il carattere *politico* del Tribunale speciale. Sul punto v. già G. NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, a cura di G. Quazza, Torino, Einaudi, 1973, pp. 154-155.

(24) A. BASSANI, A. CANTONI, *Il segreto politico nella giurisprudenza del Tribunale speciale per la difesa dello Stato*, in *Il diritto del Duce*, cit. [Le citazioni riportate qui e nelle ntt. ss. vanno attribuite alla Bassani], pp. 180-181 (« temporaneità permanente » e « legame inconscio »); ivi, pp. 175-177 (ulteriori « ambiguità » di composizione, natura, competenze del Tribunale speciale); ivi, p. 178 (« avvilitamento »). Pelissero rilevava qualche anno fa come l'estensione (avviata dal 1939) delle competenze del Tribunale speciale a reati non politici rivelasse la preoccupazione del governo per l'eccessiva indulgenza d'una magistratura ordinaria evidentemente non del tutto addomesticata: NEPPI MODONA, PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., p. 771. Sul ricostituito Tribunale speciale per la difesa dello Stato (abrogato il 29 luglio 1943) nella Rsi e sul suo sostanziale svuotamento funzionale a vantaggio di tribunali militari, i quali, a loro volta frammentati, si limitavano a ratificare celermente e in sede locale operazioni di polizia, si sofferma T. ROVATTI, *I tribunali speciali della Repubblica sociale italiana*, in *Il diritto del Duce*, cit., pp. 287 e 296.

(25) VORMBAUM, *Il Tribunale del popolo*, cit., pp. 236-238.

in manicomio degli antifascisti « come misura di sicurezza conseguente la dichiarazione di pericolosità sociale ». In questi procedimenti i periti arrivavano a configurare la cospirazione come una patologia da disadattamento, ma verosimilmente erano le violenze processuali la « causa » o almeno la « concausa » delle sindromi psicotiche <sup>(26)</sup>.

È suscettibile, insomma, di generalizzazione la notazione di Monica Stronati relativa alla concessione della grazia: la continuità delle forme poteva nascondere il perseguimento di fini diversi da quelli per i quali taluni meccanismi processuali o alcune figure di reato erano stati originariamente pensati. Il fascismo, conferma Stephen Skinner in rapporto al reato di vilipendio, fu capace di espandere gli « elementi autoritari e flessibili del diritto liberale ». In un'ottica parimenti comparatistica Camilla Poesio fa notare come il confino e la *Schutzhaft* « già prima del fascismo » e del nazismo fossero stati ampiamente « utilizzati dalla polizia » contro la criminalità politica come strumenti extra-giuridici « sostitutivi di una pena o come *errata corrigé* di una sentenza assolutoria » <sup>(27)</sup>.

Se dal piano istituzionale e normativo l'analisi affonda nella casistica giudiziaria, la sensazione d'una lunga 'incubazione' dell'ideario e delle prassi penali fasciste esce rafforzata. Claudia Storti ipotizza che, nel trentennio precedente alla dittatura, l'operato della Cassazione in materia di delitti dei *lavoratori ribelli* « contribuì a delineare la cornice giuridica dell'involuzione totalitaria » <sup>(28)</sup>. Una 'campagna' giurisprudenziale analoga, come chi scrive ha provato a dimostrare, condusse, all'indomani della Grande Guerra, alla progressiva erosione *de facto*

<sup>(26)</sup> M. PETRACCI, *La follia nei processi del Tribunale speciale per la difesa dello Stato*, in *Il diritto del Duce*, cit., pp. 228-230 (internamento); 219 (matrici psichiche dell'antifascismo); 224 (violenze processuali).

<sup>(27)</sup> Rispettiv. M. STRONATI, *La grazia e la giustizia durante il fascismo*, in *Il diritto del Duce*, cit., pp. 138-139; S. SKINNER, *I reati contro lo Stato e l'intreccio tra fascismo e democrazia negli anni venti e trenta del Novecento: vilipendio, libello sedizioso e la sospensione della legalità*, ivi, p. 74; C. POESIO, *Il confino di polizia, la « Schutzhaft » e la progressiva erosione dello Stato di diritto*, ivi, pp. 106-107. Potrebbero aggiungersi le considerazioni di M. MECCARELLI, *Fuori dalla società: emergenza politica, espansione del sistema penale e regimi della legalità nel tardo Ottocento. Una comparazione tra Italia e Francia*, 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. Lacchè, C. Storti, C. Valsecchi, Macerata, Eum, 2011, p. 151 con riferimento alle leggi eccezionali e al contrasto del 'nemico' attraverso l'argomento dell'« abuso della libertà politica ».

<sup>(28)</sup> C. STORTI, *Lavoratori ribelli e giudici eversivi. Sciopero e licenziamento collettivo nella giurisprudenza di Cassazione tra 1900 e 1922*, in *Il diritto del Duce*, cit., p. 8.

delle garanzie approntate dal codice Finocchiaro-Aprile e preparò così le chiusure inquisitorie del 1930 <sup>(29)</sup>.

### 3. *L'eredità 'a valle'*

Speculare alla presunzione d'una matrice 'liberale' del diritto penale fascista è la questione della continuità 'in uscita', a valle, cioè, del ventennio mussoliniano. Questo secondo versante interpella le coscienze e le mentalità del penalista odierno in termini ancor più perentori. Qualche anno fa Skinner ha ravvisato una perdurante contaminazione dell'attuale sistema penale italiano con l'ingombrante passato anti-democratico, ma ha nel contempo avvertito che anche la legislazione di altri paesi promana da sorgenti non altrettanto limpide. Più di recente, in un saggio apparso in un volume a cura dello stesso Skinner, Michael A. Livingston ha dichiarato di concordare con l'ipotesi d'un diritto penale italiano a tutt'oggi, e più o meno consapevolmente, *contaminato* dall'esperienza fascista: non sino al punto da porne in dubbio la legittimità, bensì nel senso di richiedere una costante verifica della compatibilità delle norme con le coordinate della democrazia <sup>(30)</sup>.

La storiografia giuridica italiana non si sottrae alla diagnosi. Quasi vent'anni fa Sbriccoli liquidava come « plausibili, ma mistificati » gli argomenti spesi, all'indomani della seconda guerra mondiale, a sostegno della 'conservazione' dei codici Rocco, quali la recezione in essi di regole preesistenti ovvero la loro inscrivibilità (salvo dettagli marginali agevolmente *emendabili*) entro la tradizione di rispetto 'liberale' verso i principi di legalità, tassatività, irretroattività e simili <sup>(31)</sup>. Il fascismo —

---

<sup>(29)</sup> M.N. MILETTI, « *Uno zelo invadente* ». *Il rifiuto della pubblicità istruttoria nel codice di procedura penale del 1930*, in *Processo penale e opinione pubblica*, cit., spec. pp. 234-259. Il c.p.p. del 1913 (ha osservato F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, Utet, 1986, pp. 95-98) aveva *disinnescato* « ogni valenza accusatoria » e precluso sensibilmente i diritti della difesa, peraltro (Id., *Strutture d'un codice*, in « *Indice Penale* », 1989, ora in F. CORDERO, *Ideologie*, cit., p. 247) apparsi già in partenza « pallide garanzie ». Sulle « disillusioni » procurate dal codice Finocchiaro-Aprile v. M.N. MILETTI, *Un processo per la Terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913. I: L'attesa*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 399-477; Id., *Ombre d'inquisizione. L'intervento della difesa nell'istruttoria penale italiana (1865-1913)*, in « *Quaderni fiorentini* », 36 (2007), II, pp. 953-954.

<sup>(30)</sup> S. SKINNER, *Tainted Law? The Italian Penal Code, Fascism and Democracy*, in « *International Journal of Law in Context* », 7 (2011), pp. 423-446; LIVINGSTON, *Criminal Law*, cit., pp. 96-97.

<sup>(31)</sup> SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., pp. 649-650. Cfr. anche PELISSERO, in NEPPI MODONA, PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., pp. 846-847, a cui

ha osservato di recente Floriana Colao guardando con eguale scetticismo alle sirene 'continuiste' — lasciò « all'Italia repubblicana un ideario intriso dell'ossessiva ricerca della verità materiale, dell'ontologica pericolosità dell'imputato », del rifiuto dell'imparzialità del giudice, del primato della « difesa della società » (edulcorata poi dal legislatore repubblicano in « tutela della collettività ») <sup>(32)</sup>. Bilancio a parte meritano gli studi penalistici sulle leggi razziali, sulle quali si ritiene sia rimasto a lungo steso « un pietoso velo di oblio » <sup>(33)</sup>. Le rimozioni, invero, non costituiscono prerogativa italiana, ove si pensi agli inquietanti meccanismi escogitati nella Repubblica Federale tedesca — e ricostruiti da Vormbaum ne *Il diritto del Duce* — per garantire ai giudici del Tribunale del popolo una clamorosa impunità <sup>(34)</sup>.

#### 4. *Falsificazione della legalità.*

Il rispetto della *legalità* assurge dunque a parametro-cardine nella valutazione delle due continuità del *penale* fascista: verso il passato liberale e verso il futuro repubblicano. Nell'*Introduzione* al volume qui esaminato Lacchè evoca il celebre raffronto, proposto da Calamandrei

---

parere la persistenza del tecnicismo giuridico nella penalistica italiana di età repubblicana avrebbe ostacolato una diagnosi pienamente consapevole dell'autoritarismo penale fascista. Le dispute post-belliche sulla *defascistizzazione* dei codici penali sono ora ricostruite da F. COLAO, *Giustizia e politica. Il processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 19-24. Con specifico riguardo al quadrante processuale il tema è affrontato nei saggi raccolti in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 12-13 novembre 2010, a cura di D. Negri e M. Pifferi, Milano, Giuffrè, 2011.

<sup>(32)</sup> F. COLAO, *Caratteri originari e tratti permanenti del processo penale dal codice « moderatamente liberale », al codice « fascista », al « primo codice della Repubblica »*, in *Giustizia penale e politica in Italia*, cit., pp. 198-199.

<sup>(33)</sup> Così PELISSERO, in NEPPI MODONA, PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., p. 797. Dello stesso avviso LIVINGSTON, *Criminal Law*, cit., p. 86. Passi avanti sono stati compiuti, invero, dalla storiografia giuridica: cfr. ora E. DE CRISTOFARO, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 327-349. Per alcune notazioni storiografiche cfr. A. MAZZACANE, *Il diritto fascista e la persecuzione degli ebrei*, in *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano. Razza Diritto Esperienze*, a cura di G. Speciale, Bologna, Patron, 2013, pp. 23-25; per una rassegna aggiornata della storiografia giuridica sulle leggi razziali S. FALCONIERI, *Razzismo e antisemitismo. Percorsi della storiografia giuridica*, in « Studi storici », 55 (2014), 1, *Fascismo: itinerari storiografici da un secolo all'altro*, pp. 155-168; v. anche A. MENICONI, *Lettura di S. Gentile, La legalità del male [...]*, in « Quaderni fiorentini », 44 (2015), pp. 1011-1013.

<sup>(34)</sup> VORMBAUM, *Il Tribunale del popolo*, cit., pp. 244-248.

nel dicembre del 1944, tra il nazismo che aveva « con aperta e conseguenzia improntitudine [...] distrutto la legalità »; e il fascismo che, con *pacchiano* « machiavellismo », aveva « preferito *falsificarla* » e conservarla sulla « facciata ». L'apparente sopravvivenza, nel codice penale del 1930, del principio *nulla poena sine lege*, forse « omaggio a una tradizione di sapienza giuridica che nemmeno la tirannia [aveva] potuto ignorare », era stata contraddetta — incalzava l'insigne giurista fiorentino — dall'istituzione del Tribunale speciale e delle commissioni per il confino, organismi legittimati a trasformare l'innocenza « in delitto capitale » (35).

Si è di recente dubitato dell'eccessiva benevolenza del giudizio di Calamandrei, osservando come, di fronte a leggi palesemente *liberticide*, il *presidio* della legalità e del formalismo tecnico si fosse rivelato più fragile di quanto si volesse far apparire nell'immediato dopoguerra (36). L'immagine della *falsificazione* offre tuttavia ai coautori de *Il diritto del Duce* un'implicita ipotesi di lavoro da saggiare entro i rispettivi campi d'indagine: i vertici delle istituzioni, la polizia, il Tribunale speciale, la giustizia ordinaria (37).

Com'è noto, a Giuseppe Maggiore, il quale nel 1939 aveva proposto di riformulare il *nullum crimen* trasformando in reato « ogni fatto che offende l'autorità dello Stato ed è meritevole di pena secondo lo spirito della Rivoluzione fascista e la volontà del Duce » (38), Biagio Petrocelli obiettò, due anni dopo, che il principio di legalità rappresentava « una delle basi più solide del regime autoritario », dal momento che la certezza del comando costituiva un fondamentale interesse dello Stato (39). L'equivoco, tutt'altro che dissipato dalla compiacenza di Petrocelli, risiede nel fatto che « la legalità, privata delle garanzie sostanziali del giusnaturalismo illuministico, diventa pura forma asservita alle scelte autoritarie del

---

(35) P. CALAMANDREI, *La crisi della legalità*, in « La nuova Europa », I, n. 4 (31 dicembre 1944), poi in P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituzione*, Firenze, Edizioni U, s.d. (ma 1945), vol. ora ristampato con un saggio introduttivo di P. Barile, Firenze, Vallecchi, 1995, p. 20; qui si cita da P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, III, a cura di M. Cappelletti, Napoli, Morano, 1968, pp. 130-133. Al testo del giurista fiorentino rinvia LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione*, cit., pp. XXVI-XXVII.

(36) STOLZI, *Fascismo e cultura giuridica*, cit., p. 277. L'A. sviluppa uno spunto di CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile*, cit., pp. 230-234. Si v. anche E. MUSUMECI, *The Positivist School of Criminology and Italian Fascist Criminal Law: a Squandered Legacy?*, in *Fascism and Criminal Law*, cit., pp. 52-55.

(37) LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione*, cit., pp. xxvi-xxvii.

(38) MAGGIORE, *Diritto penale totalitario*, cit., p. 160.

(39) B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, in « Rivista italiana di diritto penale », XIII (1941), p. 20. Cfr. PELISSERO in NEPPI MODONA, PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., pp. 834-835.

regime »<sup>(40)</sup>. Né regge la rivendicazione, azzardata da alcuni penalisti nel dopoguerra, d'un presunto « freno » moderatore che la dottrina formata prima del ventennio e operante nel corso di quest'ultimo avrebbe saputo opporre alle intemperanze del regime, salvaguardando, per l'appunto, i principi di legalità e irretroattività, il divieto di analogia, la teoria del bene giuridico etc.: siffatti valori, notava Sbriccoli per demolire l'argomento del *freno*, appartenevano ormai pacificamente alla « sfera dello storicamente irrinunciabile » (e semmai furono difesi soprattutto dai gius-pubblicisti, più che dalla scienza penale), mentre i penalisti attivamente al fianco del legislatore fascista contribuirono a dilapidare le garanzie del sistema penale e ad improntarlo a « spirito di dominio »<sup>(41)</sup>.

Il libro *Il diritto del Duce* avalla questa lettura severa. Per Lacchè la formale tenuta della legalità durante il fascismo celava non solo « la matrice dello Stato di polizia » ma anche un « nuovo costruito politico-ideologico a vocazione totalitaria ». Ad avviso della Bushart, quella della legalità fu per il regime mussoliniano una scelta obbligata, imposta dall'esigenza di affermare la sovranità d'uno Stato forte e « personificato »: l'ipotesi del ricorso all'analogia o comunque di un diritto « al di fuori dello Stato » avrebbe comportato un inaccettabile sovradimensionamento del potere giudiziario<sup>(42)</sup>. A riprova di come la parte speciale del codice Rocco, in virtù di fattispecie incriminatrici spesso indefinite, sanzionasse la violazione della fedeltà alla legge e allo Stato più che l'offesa ad un bene precisamente individuato, Skinner si sofferma sull'indeterminatezza della nozione codicistica di vilipendio, figura flessibile e adeguabile a svariate forme di « disobbedienza e irriverenza »<sup>(43)</sup>.

---

(40) PELISSERO, in NEPPI MODONA, PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., p. 795.

(41) SBRICCOLI, *Le mani nella pasta*, cit., pp. 1026-1028 (teoria del freno e critica); ivi, pp. 1013-1027 (meriti della gius-pubblicistica). Sulle mistificazioni operate dalla penalistica post-bellica riguardo al presunto rispetto fascista della legalità restano illuminanti le considerazioni di PIASENZA, *Tecnicismo giuridico*, cit., pp. 272-273.

(42) Rispettiv. LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione*, cit., p. XXXVIII; B. BUSHART, *Il diritto penale totale. « Sistema di valori » o mera repressione?*, in *Il diritto del Duce*, cit., pp. 118-120. Con riguardo al tedesco Tribunale del popolo, VORMBAUM, *Il Tribunale del popolo*, cit., p. 243 ipotizza addirittura che i « tratti » di « normalità giudiziale » rilevati dalla recente storiografia servissero a potenziarne l'effetto « terroristico ».

(43) SKINNER, *I reati contro lo Stato*, cit., pp. 62-65. L'osservazione sulle norme incriminatrici della parte speciale del c.p. 1930 è di G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in « Quaderni fiorentini », 36 (2007), cit., II, pp. 992-993. Già Pelissero (NEPPI MODONA, PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., p. 790) aveva osservato come dalla parte speciale del codice penale Rocco emergesse « l'ideologia fascista ».

Notoriamente diversa, e ben più radicale, l'opzione di fondo dell'ordinamento nazista. Come osserva la Poesio nel suo contributo che accosta confino di polizia e *Schutzhaft* proprio in chiave di « erosione » allo Stato di diritto, il sistema penale tedesco, a séguito della modifica codicistica del 1935 e dell'introduzione dell'analogia *in malam partem*, transitò « dal principio di legalità formale al principio di legalità sostanziale »: la violazione del vincolo fideliario tra individuo e comunità faceva scattare la repressione sulla base del mero sospetto di pericolosità, anche se non fosse stato leso alcun bene giuridico <sup>(44)</sup>. Non a caso, il penalista italiano forse più affine a questa impostazione scriveva nel 1939 che « ogni delitto è [...] un delitto di fellonia », nel senso che offende lo Stato e la sua autorità, piuttosto che la legge <sup>(45)</sup>. E nemmeno è casuale che la retorica del tradimento ispirasse, presumibilmente per effetto di suggestioni teutoniche, i primi atti politici della Repubblica sociale italiana <sup>(46)</sup>. Per converso, il saggio di Skinner mostra come il *vulnus* al principio di legalità non fosse appannaggio dei totalitarismi di destra: il confronto tra il *vilipendio* tratteggiato dal codice Rocco e il britannico *libello sedizioso* denota imprevedibili analogie tra fascismo e democrazia inglese nell'uso politico della giustizia mediante sospensione della *rule of law* <sup>(47)</sup>.

Il quadro d'insieme non appare smentito dai risultati, proposti da Giuseppe Speciale, di sentenze risalenti agli anni 1938-43 e relative all'applicazione della legislazione razziale. L'Autore sostiene che la giurisprudenza s'impegnò a « disattivare la potenziale forza espansiva » del *corpus* legislativo anti-ebraico facendo leva sulla sua natura prettamente politica, dunque eccezionale e non suscettibile di interpretazione estensiva. In questa operazione ermeneutica, aggiunge Speciale, i giudici italiani si guardarono dall'arrogarsi la funzione sacerdotale di interpreti dello spirito del popolo e si limitarono a svolgere un ruolo

---

<sup>(44)</sup> POESIO, *Il confino di polizia*, cit., pp. 108-109; sul punto v. anche, con alcune precisazioni sul rapporto tra tradimento e crimine, BUSHART, *Il diritto penale totale*, cit., pp. 120-121.

<sup>(45)</sup> MAGGIORE, *Diritto penale totalitario*, cit., p. 155.

<sup>(46)</sup> ROVATTI, *I tribunali speciali*, cit., p. 280.

<sup>(47)</sup> SKINNER, *I reati contro lo Stato*, cit., pp. 57-59; cfr. anche ID., *Introduction: Fascism and Criminal Law, 'One of the Greatest Attributes of Sovereignty'*, in *Fascism and Criminal Law*, cit., p. 7. Lo stesso SKINNER, *I reati contro lo Stato*, cit., p. 71 rammenta il recente lavoro di M. HEAD, *Against the State. From Treason to Terrorism*, Farnham, Ashgate, 2011, ove si mostra la propensione anche degli Stati democratici, indotti da esigenze di auto-conservazione, a punire severamente come reati i comportamenti configuranti minaccia alle istituzioni.

tecnico (48). La ricerca esorbita dalla sfera penalistica ma valorizza comunque un costume giudiziario poco avvezzo a distaccarsi dall'ancoraggio al dato testuale.

Lo sfaldamento dello Stato di diritto si compì anche attraverso la moltiplicazione dei *livelli di legalità*. Il regime — ha insegnato Sbriccoli — non solo non unificò « in chiave autoritaria » i due tradizionali *livelli* della storia penalistica italiana, ma ne aggiunse un terzo, affidandolo all'Ovra e alla Milizia e specializzandolo nella persecuzione del dissenso politico e del fuoruscitismo (49). *Il diritto del Duce* conferma e circostanzia tale intuizione soprattutto nei contributi su confino e *Schutzhaft* e sull'internamento psichiatrico quale forma di « medicalizzazione del dissenso » (50).

Anche a causa di questa dilatazione dell'area della giustizia penale sfumò la *chance* di rescindere, nel passaggio alla Repubblica, le incrostrazioni 'totalitarie' dal corpo sano dell'ordinamento giuridico. Nella Germania post-nazista fu invece possibile smontare il *Doppelstaat*, ossia l'assetto nel quale, sotto la dittatura hitleriana, erano coesistiti *normative state* (poteri amministrativi preposti al mantenimento del *legal order*) e *prerogative state* (meccanismi di arbitrio illimitato e di violenza privi di garanzie legali) (51). La lettura de *Il diritto del Duce* persuade

---

(48) G. SPECIALE, *La giustizia della razza. I tribunali e l'art. 26 del r.d. 1728 del 17 novembre 1938*, in *Il diritto del Duce*, cit., pp. 257-258 (forza espansiva); ivi, pp. 261-262 (ruolo tecnico). L'A. si sofferma (ivi, p. 269) sull'art. 26 del r.d. 17 novembre 1938, n. 1728 e in particolare sull'interpretazione fornita da Arturo Carlo Jemolo. G. SPECIALE si è occupato del rapporto tra magistratura e leggi razziali nella monografia *Giudici e razza nell'Italia fascista*, Torino, Giappichelli, 2007.

(49) SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., I, p. 647. Come ha osservato ID., *Le mani nella pasta*, cit., pp. 1006-1007, il sistema di giustizia costruito dal fascismo si modulò verso obiettivi differenziati a seconda del 'nemico': annientamento per l'avversario politico, punizione severa per il criminale, emarginazione del pericoloso, specie se anormale. Sul « ruolo non marginale » della Milizia nello « scardinamento dello Stato di diritto » cfr. C. POESIO, *Reprimere le idee, abusare del potere. La Milizia e l'instaurazione del regime fascista*. Prefazione di Rolf Petri, Roma, Aracne, 2010, p. 72. Sull'uso politico della prevenzione nella logica penale fascista cfr. F. COLAO, *La legalità « diversa » per la prevenzione. Una vicenda italiana dall'Unità a oggi*, in *Il domicilio coatto. Ordine pubblico e politiche di sicurezza in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di E. De Cristofaro, Acireale-Roma, Bonanno, 2015, pp. 42-45.

(50) POESIO, *Il confino di polizia*, cit., pp. 95-113 (sul tema v. anche ID., *Il confino fascista. L'arma silenziosa del regime*, Roma-Bari, Laterza, 2011, spec. pp. 3-9 per le intersezioni con lo Stato di diritto); PETRACCI, *La follia*, cit., p. 207.

(51) E. FRAENKEL, *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*. Translated from the German by E.A. Shils, in collaboration with E. Lowenstein and K. Knorr, New York, Oxford University Press, 1941, p. XIII.

che nel regime mussoliniano tale polarizzazione non si creò e che, al contrario, repressione e prevenzione, criminalità politica e delinquenza comune si combinavano in una cronica e voluta simbiosi sostanziale e procedurale.

##### 5. *Gli ambigui apporti delle 'scuole'.*

Gli studiosi disposti ad ammettere una qualche forma di sopravvivenza della legalità penale durante il fascismo ne attribuiscono, di solito, un merito non marginale all'indirizzo tecnico-giuridico. La questione è complessa e *Il diritto del Duce* non l'affronta *ex professo*: un paio di spunti, però, sembrano corroborare l'ipotesi della spendibilità « garantista » del tecnicismo, ovviamente nei limiti della « legalità pensabile entro l'Italia fascista »<sup>(52)</sup>. Meno clemente, invero, era il giudizio di Sbriccoli, il quale, nelle penetranti sintesi dedicate all'indirizzo in questione e alle sue modulazioni tra tarda età liberale e fascismo, non escludeva che il formalismo avesse risparmiato lo stravolgimento del principio di legalità e *scongiurato* le derive nazifasciste, ma invitava a non sottovalutarne il silenzio dinanzi alle leggi razziali<sup>(53)</sup>. Ad ogni

---

(52) COLAO, *I processi*, cit., p. 51 (« legalità pensabile » derivante dalla cultura tecnicistica: la frase riguarda i primi processi politici celebrati dal regime); SPECIALE, *La giustizia della razza*, cit., p. 276 (la « forma » come « trincea » dei giudici per « contrastare o limitare gli effetti della legislazione razziale »); LACCHE, *Tra giustizia e repressione*, cit., p. XXIX (il quale, a commento dell'osservazione di Speciale e con il conforto di Alessandro Galante Garrone, attribuisce alla « dominante cultura del formalismo legale » la capacità di *resistere* alle aberrazioni della normativa anti-ebraica).

(53) 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*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147-232, ora in SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, cit., I, p. 584 (difesa della legalità); SBRICCOLI, *Le mani nella pasta*, cit., p. 1029 (silenzio dinanzi alle leggi razziali e insufficienza dei presunti meriti). Sulla periodizzazione dell'indirizzo tecnico-giuridico, dapprima capace di *risanare* il penale nella fase d'involuzione autoritaria dello Stato liberale ma poi, durante il fascismo, responsabile d'un « impoverimento culturale » della disciplina cfr. rispettiv. SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., I, p. 645; ID., *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, ora in SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, cit., I, p. 37. Singolare l'assonanza di quest'ultima osservazione con quanto sostenuto nel 1939 da MAGGIORE, *Diritto penale totalitario*, cit., p. 147, secondo cui il velleitario « divorzio tra politica e diritto » aveva provocato « un depauperamento e intristimento del diritto medesimo ». Per SBRICCOLI, *Le mani nella pasta*, cit., pp. 1007-1009 il regime, incapace di rifondare una 'propria' penalistica, assecondò la tipica predilezione dei giuristi tra le due guerre per le *dottrine generali*, anche al fine di distoglierli dalla critica allo *status quo* legislativo. L'ultima considerazione collima con

modo, pur ritenendo che il limite davvero imperdonabile del tecnicismo giuridico si celasse nella « politicità — di regola conservatrice e d'ordine — del dichiaratamente apolitico », Sbriccoli non credeva a un « nesso logico-politico » né tanto meno ad una « filiazione tra la civilistica penale e l'ideologia repressiva dello Stato totalitario ». A suo parere, l'« autentica », « drammatica frattura » realizzata dal fascismo rispetto alla storia penale italiana andava addebitata non già alla dottrina, bensì alla legislazione, « vettore perverso » dei fini politici perseguiti dal regime e perciò indice di pesante responsabilità dei giuristi che vi collaborarono (54).

Non meno controverse sono le ascendenze positivistiche della politica penale del ventennio. In un noto saggio del 1926 Enrico Ferri spiegava che il fascismo, inizialmente affermatosi « come movimento antipositivista », convergeva ormai con la scuola positiva « in parecchie zone » teoretiche ed applicative. Tra le prime figuravano la « preminenza dei diritti dello Stato di fronte all'individuo », il primato della « prevenzione sociale » rispetto « all'opera postuma, e in gran parte sterile, della repressione », la comune *italianità*. Tra le seconde il giurista mantovano elencava dieci concrete riforme della giustizia e sei misure preventive, ivi compresa l'istituzione della Milizia nazionale (« soluzione veramente geniale » al « problema dello squadrismo ») che, a suo dire, poteva considerarsi un esempio di *sostituto penale*, ossia mezzo di « eliminazione *indiretta* delle occasioni a delinquere ». In apertura l'articolo ricorreva all'efficace e in fondo non troppo lusinghiera metafora di Apelle, il pittore che solo lanciando rabbiosamente una spugna contro un quadro era riuscito ad ottenere l'effetto pittorico desiderato: l'artista, chiosava Ferri sornione, aveva dunque tratto da un « gesto devastatore » un « risultato imprevisto » (55).

---

quanto già rilevato da E. GALLO, *Una politica per la riforma del codice penale*, in « La questione criminale », VII (1981), 1, p. 52.

(54) SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., p. 583 (« politicità dell'apolitico » ma esclusione di nessi diretti col fascismo); Id., *Le mani nella pasta*, cit., pp. 1033 (filiazione), 1015-1018 (autentica « frattura », con particolare riguardo alle leggi *fascistissime* del 1925-26; ivi, p. 1026 quanto alle responsabilità dei giuristi che con apprezzabile perizia cooperarono alla legislazione). Sulla « vocazione poligamica » del tecnicismo *à la* Rocco, dapprima de-politicizzante e poi 'legislatore', v. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., p. 589. Come emerge da un'analisi comparatistica condotta sui commentari stranieri da S. SKINNER, *Fascist by Name, Fascist by Nature? The 1930 Italian Penal Code in Academic Commentary, 1928-46*, in *Fascism and Criminal Law*, cit., pp. 81 e 83, la comune matrice dell'indirizzo tecnico-giuridico con altre culture penalistiche europee coeve non ne attenuò le responsabilità al momento del crollo del regime.

(55) E. FERRI, *Fascismo e Scuola Positiva nella difesa sociale contro la criminalità*, in « La Scuola positiva — Rivista di diritto e procedura penale », n.s., VI (1926), pt. I,

La prospettiva d'un imminente abbraccio mortale tra positivismo penale e disegni mussoliniani inquietava gli spiriti liberi, e ormai dissidenti, della scuola. Nello stesso fascicolo del fatidico 1926 che ospitava lo scritto ferriano Adolfo Zerboglio illustrava agli aggressivi detrattori perché continuasse a definirsi « positivista », seppur « aggiornato », quantunque avesse deciso di uscire « dalle liete file dove si canta [...] *Giovinazza* » e di restare « nei ranghi degli uomini seri ». Il penalista torinese bollava come « sogno di una notte [...] di inverno » l'illusione di chi salutava nel fascismo « il realizzatore, almeno parziale, delle conclusioni positiviste »: l'equivoco nasceva, a suo parere, dalla differente libertà di manovra di cui disponevano un governo « emancipato dalla pressione elettorale, se non da tutte le pressioni », e un parlamento democratico inevitabilmente « restio ad accrescere le forze di polizia ed a rendere più severe le leggi, appunto perché democratico ». Zerboglio confessava comunque di non credere « al positivismo del governo nazionale [...] ». Si renderanno più severe le pene; si adotteranno talune misure di sicurezza; si ritoccherà il regime penitenziario; ma ciò non segna l'avvento del positivismo », bensì soltanto la « presa in considerazione di alcune apprezzabili [sue] conclusioni » <sup>(56)</sup>.

In un'aspra nota introduttiva il direttore Ferri prendeva le distanze dal breve testo zerbogliano ribaltandone abilmente il nocciolo politico. Al collega — egli obiettava — era evidentemente « sfuggito che proprio quelle ragioni che [avevano] arresta[to] i governi democratici sulla soglia del positivismo penale », e cioè il rafforzamento dello Stato e la « migliore preservazione della compagine sociale contro il disordine criminoso », stavano *sospingendo* « il fascismo ad accettare

---

pp. 241 (Apelle), 244 (primato dello Stato), 249 (prevenzione), 250 (italianità); ivi, pp. 254-274 (16 misure preventive dirette e indirette; ivi, p. 267 per la Milizia nazionale). Nella prolusione romana del 4 dicembre 1924 lo stesso E. FERRI, *Scuola criminale positiva e filosofia idealista*, in « La Scuola Positiva — Rivista di Diritto e Procedura Penale », n.s., V (1925), pt. I, pp. 1-12 e spec. pp. 8 e 5 si era limitato a segnalare la « coincidenza di conclusioni tra l'idealismo contemporaneo e la scuola criminale positiva », al fine di rimarcare la perdurante vitalità di quest'ultima e la sua validità come « metodo » piuttosto che come « sistema filosofico ». Critico su questo eclettismo ferriano U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*. Terza edizione riveduta e ampliata, Firenze, Sansoni, 1974, p. 169. L'encomio per la supremazia fascista dello Stato sull'individuo ritorna in E. FERRI, *Il fascismo in Italia e l'opera di Benito Mussolini*, Mantova, Paladino, 1927, p. 85. Sull'avvicinamento ferriano al fascismo v. ora COLAO, « *Un fatale andare* », cit., pp. 129-157 (e spec. 136-139).

<sup>(56)</sup> A. ZERBOGLIO, *L'uomo delinquente ed il positivismo « aggiornato »*, in « La Scuola positiva — Rivista di diritto e procedura penale », n.s., VI (1926), pt. I, pp. 350-357, spec. pp. 351 (*Giovinazza*) e 357 (rapporto tra positivismo e fascismo).

l'essenza stessa delle nostre teoriche e soprattutto le loro conclusioni pratiche »<sup>(57)</sup>.

Nel 1933 Zerboglio, a codice Rocco ormai approvato, tornava ad escludere che la « legislazione penale del Fascismo » fosse « di marca 'positivista' ». Senza dubbio, ammetteva lo studioso, una misura come il « codice delle misure di sicurezza » aveva « consacrata la valutazione della pericolosità, e ciò rappresenta[va] un'adesione al positivismo », ma quelle misure erano soprattutto il frutto del « rin vigorirsi dell'Autorità dello Stato »: nel complesso « la macchina repressiva non si [era] orientata al positivismo integrale, ansioso di ben altre conquiste »<sup>(58)</sup>.

L'acuta diagnosi di Zerboglio trova conforto nella recente storiografia giuridica, la quale tende a collegare l'apparente rilancio della scuola positiva durante il ventennio al fatto che essa avesse da tempo catalizzato istanze dettate dal « senso comune »: la spietata persecuzione dei *pericolosi* e dei nemici interni, l'appello allo Stato per un'incessante prevenzione e repressione. I profili illiberali e totalitari della *vulgata* positivista penetrarono nel fascismo non perché quest'ultimo li avesse recepiti, come immaginava Ugo Spirito, bensì perché appartenevano « al *continuum* di una certa concezione del ruolo del penale nella società » e perché il sincretismo penalistico del regime se ne servì astutamente<sup>(59)</sup>.

<sup>(57)</sup> E. FERRI, *Nota a ZERBOGLIO, L'uomo delinquente*, cit., p. 350.

<sup>(58)</sup> A. ZERBOGLIO, *Il positivismo penale: realtà e possibilità (Sintesi)*, in « La Scuola positiva. Rivista di diritto e procedura penale », n.s., XIII (1933), pt. I, p. 397. L'A. sospettava peraltro che l'accoglimento di taluni principi della scuola servisse ad impedirne « ulteriori svolgimenti ». Per una sintesi delle reazioni della scuola positiva al varo del c.p. 1930 cfr. E. DEZZA, *Le reazioni del positivismo penale al codice Rocco*, in « Diritto penale XXI secolo », X, 2011, 2, pp. 421-440. Per la presunta derivazione dell'inserimento del « doppio binario » nel codice Rocco dalla scuola positiva v. M. PELISSERO, *Dal progetto Ferri al codice penale del 1930*, ivi, pp. 316-317.

<sup>(59)</sup> SBRICCOLI, *Le mani nella pasta*, cit., pp. 1004-1005; ivi, pp. 1014-1015. Non distanti, con specifico riferimento al c.p. 1930 (rispetto al quale SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., I, p. 631, nt. 85 pare ancor più drastico nell'escludere dirette influenze positivistiche), le ipotesi di G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, in *Il positivismo e la cultura italiana*, a cura di E.R. Papa, Prefazione di N. Bobbio, Milano, FrancoAngeli, 1985, p. 57; PELISSERO, in NEPPI MODONA, PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., p. 785; PELISSERO, *Dal progetto Ferri*, cit., pp. 307-332, spec. pp. 309 e 330-332; E. AMODIO, *La Scuola positiva e il pensiero di Beccaria: un dissenso nascosto dietro la « venerazione riconoscente »* (2014), in *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di Giovanni Chiodi e Loredana Garlati, Torino, Giapichelli, 2015, p. 105 (ove si riassumono i termini del dibattito storiografico); MUSUMECI, *The Positivist School*, cit., pp. 50-52; per i profili processualistici M.N. MILETTI, *Ritorno all'inquisizione. Scuola positiva e pulsioni autoritarie nel processo penale italiano*, in « Diritto penale XXI secolo », X, 2011, 2, pp. 486 e 489.

La tesi è convincente. Basta sfogliare le riviste penalistiche appena precedenti alla marcia su Roma per cogliervi umori reazionari diffusi e, per così dire, profetici. Valga, come unico esempio, il monito lanciato dal sostituto procuratore Pietro Giudice sul fascicolo de « La Scuola positiva » del primo trimestre del 1922 di fronte al dilagare delle violenze squadriste e comuniste: « Lo Stato ha il dovere di proteggere ed assicurare l'ordine, la tranquillità e la pace pubblica reprimendo quei fatti che, indipendentemente dal loro fine (sia esso politico o no), provocano la guerra civile » (60).

Il fascismo, insomma, riciclò a fini propri l'armamentario repressivo positivista, ma non lo elevò a linea-guida. Avrebbe impedito, oltretutto, una piena appropriazione l'inconciliabilità tra scientismo positivista e catto-idealismo del codice Rocco; tra socialismo e autoritarismo; spinta alla secolarizzazione e ossequio alle gerarchie vaticane (61). Col consueto acume Zerboglio, tra i motivi per cui pronosticava che il regime non avrebbe comportato affatto l'« avvento » del positivismo, includeva « l'omaggio del governo fascista alla chiesa cattolica », atto incompatibile con il « determinismo, cardine della scuola positiva » (62).

Né appaiono sovrapponibili la concezione di difesa sociale predicata dal positivismo e quella che avevano in mente i giuristi di regime. Il governo mussoliniano intendeva dispiegare l'apparato punitivo per tutelare non già la società, bensì « se stesso », a riprova della torsione autoritaria degli spunti provenienti dalla scuola (63). Aveva perfettamente intuito lo slittamento semantico il solito Zerboglio, allorché deplorava la confusione tra difesa della *società* e difesa dello *Stato*, inteso quest'ultimo come « ordine costituito » (64). Altrettanto ideologica, e parimenti in sintonia con le parole d'ordine del ventennio, era la declinazione di *difesa sociale* proposta nel 1940 da Eugenio Florian: l'anziano maestro veneziano spiegava d'aver adoperato il sintagma per rimarcare la dimensione pubblicistica del processo penale, non già

---

(60) GIUDICE, *Squadre d'azione fasciste*, cit., p. 123. Nello stesso senso, STORTI, *Lavoratori ribelli*, cit., p. 29 conclude la disamina giurisprudenziale del diritto di sciopero e dei licenziamenti collettivi nel ventennio pre-mussoliniano osservando che la Cassazione aveva garantito, « ben prima del fascismo, la prevalenza [...] dei principî di ordine su quelli di libertà ».

(61) MUSUMECI, *The Positivist School*, cit., pp. 56-58.

(62) ZERBOGLIO, *L'uomo delinquente*, cit., p. 357.

(63) SBRICCOLI, *Le mani nella pasta*, cit., p. 1005. Cfr. ora PELISSERO, *Dal progetto Ferri*, cit., pp. 315-316.

(64) ZERBOGLIO, *L'uomo delinquente*, cit., pp. 352-353.

inseguendo nostalgici « rigorismi » bensì con intento solidaristico (65). La precisazione finale, quasi una riverniciatura ‘corporativa’ di aneliti reazionari tardo-liberali, suonava tanto come *excusatio non petita*.

Da *Il diritto del Duce* si traggono varie riprove della coincidenza prettamente estrinseca e strumentale tra postulati *lato sensu* positivistici e pratiche della giustizia nazi-fascista. Così, osserva Petracci, il determinismo post-lombrosiano, pur guardato con sospetto perché rischiava di vanificare i criteri di imputabilità, legittimava l'internamento a tempo indefinito dei soggetti irrecuperabili. Vormbaum rileva, nelle sentenze emesse in Germania dal Tribunale del popolo, la peculiare attenzione alla personalità del reo, sintomo della « tendenza alla soggettivizzazione ». Reliquie del progetto ferriano di codice penale si scorgono, secondo la Bassani, nel funzionamento del Tribunale speciale per la difesa dello Stato (66).

## 6. *La conformazione della magistratura.*

Nella gamma degli strumenti adoperati dal regime per la conformazione ‘politica’ della giustizia penale il volume qui recensito non trascura il ruolo svolto dalla magistratura. Il tema ha ricevuto negli ultimi anni significativi approfondimenti storiografici, quantunque ancora difettino — invero, non solo per il segmento fascista — le analisi di merito della produzione giurisprudenziale. Sul versante penalistico, le indagini sinora condotte hanno mostrato una prevalente accondiscendenza dei magistrati, peraltro non senza luminose eccezioni, rispetto

---

(65) E. FLORIAN, *Schema di autobiografia intellettuale*, in *Eugenio Florian maestro del positivismo penale (in occasione del suo commiato dall'Università)*, Milano, Fratelli Bocca, 1940 [*Quaderni di "Criminalia"* a cura di Anselmo Crisafulli], *Appendice*, p. 228: « Nella procedura dedicalai sempre ogni mio sforzo a propugnare ed applicare il sommo criterio dell'interesse pubblico [...], nel quale vidi un criterio poderoso per la difesa sociale ». Il giurista veneziano si vantava d'aver strenuamente difeso la concezione pubblicistica del processo opponendosi « alle estranee invasioni civilistiche ». Ivi, p. 227 l'A. precisava d'aver sempre concepito la difesa sociale « non meccanicamente e quasi con nostalgia di atavici rigorismi, ma con palpito di solidale sentimento umano ed alla luce degli ideali d'una civiltà progrediente ». Sul significato autoritario della prima asserzione di Florian v. COLAO, *Caratteri originari*, cit., p. 184. Sull'evoluzione della *difesa sociale* nel pensiero di Ferri cfr. ID., « *Un fatale andare* », cit., p. 130.

(66) PETRACCI, *La follia*, cit., pp. 210 e 232; VORMBAUM, *Il Tribunale del popolo*, cit., p. 242; BASSANI, CANTONI, *Il segreto politico*, cit., p. 177. Secondo Pelissero, la legge 25 novembre 1926, n. 2008 (*Provvedimenti per la difesa dello Stato*) impostava la repressione politica su indicatori di disvalore penale prettamente *soggettivi*: NEPPI MODONA, PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., p. 769.

alle direttive del regime, tanto da poter ritenere l'ordine giudiziario un decisivo *tassello* della codificazione penale <sup>(67)</sup>.

Meno studiata dalla storiografia istituzionale è invece la presunta discontinuità, « in termini di prassi, linguaggi, strumenti, uomini », nella gestione fascista della macchina giudiziaria <sup>(68)</sup>. Qui — come anticipa Lacchè — la fascistizzazione si valse di arnesi « già ben rodati » nei decenni dello Stato liberale: circolari, raccolta di informazioni, « meccanismi gerarchici e disciplinari » <sup>(69)</sup>. Il contributo di Antonella Meniconi prova per l'appunto ad aprire uno squarcio nella burocrazia interna al dicastero della Giustizia, imperniata intorno al gabinetto del ministro, all'ufficio del personale e all'ufficio legislativo: la rapida rassegna consente di periodizzare la progressiva estensione, nel corso degli anni Trenta, dell'obbligo di tessera per i funzionari ministeriali e per i magistrati, nonché di riflettere su alcune figure-chiave dell'organizzazione giudiziaria e delle riforme legislative come quelle di Carlo Saltelli, Dino Mandrioli, Gaetano Azzariti. Dagli elementi raccolti la Meniconi desume una stretta compartecipazione tra politici, alti magistrati, dirigenti del ministero nelle principali « scelte in materia di giustizia » operate dal fascismo <sup>(70)</sup>.

L'enfasi retorica che spesso accompagnava le cerimonie ufficiali denota talora un avallo entusiastico dei vertici della magistratura al progetto mussoliniano di politicizzazione della funzione giudicante. Nel discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1927, da un cui

---

<sup>(67)</sup> Così NEPPI MODONA, in NEPPI MODONA, PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., pp. 822-826. Al di là del recinto penalistico cfr. la sintesi di A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, il Mulino, 2012, pp. 145-243, cui si rimanda anche per la puntuale e abbondante bibliografia; ivi, p. 13 l'accenno al « punto dolente » della carenza di studi nel merito giurisprudenziale. La fascistizzazione dei giudici è tematizzata in termini problematici da G. FOCARDI, *Magistratura e fascismo. L'amministrazione della giustizia in Veneto 1920-1945*, Venezia, Marsilio — Istituto Veneto per la Storia della Resistenza e dell'età contemporanea, 2012, spec. pp. 24-26 e 42-43.

<sup>(68)</sup> MENICONI, *La magistratura e la politica*, cit., p. 80.

<sup>(69)</sup> LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione*, cit., p. xvi. Cfr. anche ID., *Sulla forma giudiziaria*, cit., p. 24; e già NEPPI MODONA, in NEPPI MODONA, PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., p. 820, il quale, per motivare la rinuncia del regime ad effettuare, sino al 1941, specifici interventi sulla magistratura, aggiunge (ivi, p. 821) alla considerazione circa i preesistenti meccanismi di controllo la « tradizionale sudditanza » dei giudici verso il potere politico. Si v. anche NEPPI MODONA, *Diritto e giustizia penale*, cit., pp. 368-378 per gli aspetti normativi, le pratiche di *fascistizzazione* della magistratura e l'indicazione di alcune prospettive di ricerca.

<sup>(70)</sup> MENICONI, *La magistratura e la politica*, cit., pp. 83-91 (struttura del Ministero); 86 (tessera); 85-86 e 88-89 (singole figure); 92 (compartecipazione).

stralcio Lacchè prende le mosse per una densa riflessione sull'architettura degli edifici giudiziari fascisti, il procuratore generale della Cassazione Giovanni Appiani esortava i colleghi a « conformarsi al nuovo ordine giuridico sociale » nonché « alla mutata costituzione » basata sull'« assoluta sovranità dello Stato », sulla sostituzione della corporazione all'individuo, sulla « cooperazione » e « solidarietà sociale » (71). Appiani non avrebbe potuto sintetizzare meglio la missione politica, sociale e costituzionale che il regime si attendeva, per lo più ricambiato, dagli organi di giustizia.

### 7. *Uno specchio per la storia italiana.*

Grazie a un rito « oppressivo », alle « prassi di polizia » e agli « stili giudiziari » il fascismo — notava Sbriccoli qualche anno fa — forgiò « un processo penale a sua propria immagine » (72). L'*équipe* di studiosi che si è ritrovata ne *Il diritto del Duce* è da tempo convinta che la storia della dialettica tra giustizia e politica offra « in chiaroscuro una rappresentazione dell'Italia » e ne rispecchi un momento costitutivo (73). La rifrazione si drammatizza inevitabilmente in alcuni tornanti della vita nazionale. Se si presta credito alla celebre definizione di Umberto Eco del fascismo come « a rigid discombobulation, a structured confusion » filosoficamente « out of joint » ma emotivamente incardinata su fondamenta archetipiche (74), non si può non convenire con Sbriccoli allorché rintracciava nella legislazione penale, e in particolare nel codice del 1930, alcuni di quegli archetipi: l'eclettismo metodologico, l'ispirazione totalitaria, il populismo xenofobo, il generico sentimento anti-politico (75). Pulsioni che riemergono nella lunga durata e che inducono, ove ve ne fosse bisogno, a considerare tutt'altro che saldato il conto con quel passato.

(71) LACCHÈ, *Tra giustizia e repressione*, cit., pp. XXXII-XXXIII.

(72) M. SBRICCOLI, *Codificazione civile e penale*, in *Dizionario del fascismo*, a cura di V. De Grazia e S. Luzzatto, Torino, Einaudi, 2002, I, pp. 299-305, ora in SBRICCOLI, *Storia del diritto penale*, cit., II, p. 991.

(73) F. COLAO, L. LACCHÈ, C. STORTI, *Premessa a Processo penale e opinione pubblica*, cit., p. 14 (chiaroscuro); COLAO, LACCHÈ, STORTI, *Introduzione*, cit., p. X (« elemento costitutivo »). Cfr. anche COLAO, *Caratteri originari*, cit., p. 181.

(74) U. ECO, *Ur-Fascism*, in « The New Yorker Review of Books », June 22, 1995, p. 5. Il saggio è stato tradotto con il tit. *Il fascismo eterno*, in U. ECO, *Cinque scritti morali*, Milano, Bompiani, 1997, pp. 25-48 (la cit. nel testo è a p. 36).

(75) SBRICCOLI, *Le mani nella pasta*, cit., II, p. 1002.



BERNARDO SORDI

## I DIFFICILI SENTIERI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO NELL'ORDINAMENTO CANONICO

(A proposito di Paolo Gherri, *Introduzione al diritto amministrativo canonico. Fondamenti*, Milano, Giuffrè, 2015) (\*)

1. Una robustissima scorza statale. — 2. Diffidenze e circolarità. — 3. Trapianti e cautele.

### 1. *Una robustissima scorza statale.*

La recente *Introduzione al diritto amministrativo canonico* di Paolo Gherri ha un taglio eminentemente problematico. Non muove da postulati, ma da interrogativi. Si pone continuamente domande. È ben consapevole di percorrere una linea di frontiera, che va attraversata con estrema cautela. Questo rifiuto pregiudiziale di un tono assertivo cattura il lettore e lo spinge a leggere il libro in modo serrato, seguendo, simpateticamente, il difficile cammino dell'autore.

Perché questa difficoltà, è presto detto. Il diritto amministrativo ha impresso su di sé, storicamente, il marchio forte della statualità, della sovranità. È un caposaldo della modernità giuridica. Per quanto si possa discutere delle sue origini, ha una radice bonapartista difficilmente cancellabile. Sino alle recenti attenzioni al diritto amministrativo globale, era quanto di più statale si potesse immaginare. Anche le grandi sistematiche tardo ottocentesche erano tutte costruite sulla incrollabile continuità, addirittura sulla immedesimazione, di Stato e amministrazione. Lo esprimeva icasticamente un adagio continuamente ripetuto dalla giuspubblicistica continentale di fine secolo, da Georg Jellinek sino al nostro Oreste Ranelletti: « uno Stato può esistere senza legislazione [...], uno Stato può esistere senza giurisdizione, ma non può

---

(\*) Queste pagine rielaborano e sviluppano un intervento tenuto a Roma, all'Istituto Sturzo, il 22 maggio 2015, in occasione della presentazione del volume. Gli *Atti* dell'incontro sono in corso di pubblicazione per l'editore Giappichelli di Torino nel volume *La comparazione nel diritto amministrativo tra ordinamenti civili e ordinamento canonico*, a cura di Maria De Benedetto.

esistere e non si può immaginare senza amministrazione; esso sarebbe anarchia » (1).

Proprio per questa robustissima scorza statale, il diritto canonico sente, per lungo tempo, il diritto amministrativo altro da sé. Troppo lontano, nella sua modernità, da un ordine giuridico della Chiesa che vive di continuità profonde: un ordine che percorre, senza fratture apparenti, le diverse esperienze giuridiche; che valorizza costantemente le proprie radici; che è abituato a leggere l'intreccio tutto peculiare di *ius divinum* e *ius humanum*, con l'ausilio di autorità sapienziali assunte in vigorosa continuità, da Tertulliano ad Ivo di Chartres, da Graziano a Sinibaldo de' Fieschi.

Neppure quando un altro frutto, tipicamente rivoluzionario-napoleonico, come il codice, fa la sua comparsa nell'ordinamento canonico, con la codificazione pio-benedettina, nel diritto della Chiesa riesce ad aprirsi un ulteriore, parallelo, percorso di recezione di quel diritto amministrativo, che proprio nei primi decenni del Novecento, già sta vivendo in tutta l'Europa continentale la sua epoca d'oro, e proprio allora inizia a farlo, persino in Inghilterra e negli Stati Uniti.

Come se la forma codice, simbolo stesso della modernità giuridica, potesse — nonostante tutto — essere neutralizzata a mero contenitore, a più pratico ed efficiente deposito delle fonti canonistiche, non a caso mai separate, persino nel loro esito codicistico, dallo *ius vetus* e dalla bimillenaria tradizione della Chiesa (2). Ed invece l'amministrazione e il suo diritto — colti all'apogeo del sistema degli Stati e troppo carichi della relativa ideologia — dovessero rimanere confinati alla dimensione secolare del diritto, propria degli Stati moderni di « origine rivoluzionaria »: una dimensione ormai irreversibilmente scandita da quegli « istituti di costituzionalità, di separazione dei poteri, di limitazione dell'autorità da parte dei sudditi (cittadini e fedeli) », che agli occhi del consultore Luigi Sincero, che al *Codex* del 1917 collaborerà con un voto sulle disposizioni amministrative e disciplinari, apparivano « contrari alla natura stessa della Chiesa » (3).

---

(1) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Häring, 1914<sup>3</sup>, p. 612; O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, vol. I, *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, Piero, 1912, pp. 279-80.

(2) P. GROSSI, *Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, in « Jus », 2005, ora in Id., *Scritti canonistici*, a cura di Carlo Fantappiè, Milano, Giuffrè, 2013, p. 251.

(3) Ricostruisce attentamente le diverse posizioni sull'amministrazione della Chiesa, maturate al momento del codice pio-benedettino, C. FANTAPPIÈ, *L'amministrazione nella Chiesa dal Corpus Iuris Canonici al Codex del 1917*, in J. WROCEŃSKI, M. STOKLOSA, *La funzione amministrativa nell'ordinamento canonico*, Atti del XIV Congresso internazionale di diritto canonico, Varsavia, 14-18 settembre 2011, Warszawa,

In definitiva, la posizione espressa dal massimo esponente della tradizione amministrativa italiana del secondo '900, Massimo Severo Giannini, critico nei confronti dei primi tentativi di trapianto del diritto amministrativo in terra canonica: « il diritto canonico non conosce un diritto amministrativo, né un'attività amministrativa giuridicamente propria; vi è invece un'organizzazione dell'ordinamento che può dirsi amministrativa in quel significato atecnico e improprio che abbiamo trovato negli ordinamenti generali anteriori al sorgere degli Stati » (4).

In sostanza, quale possibile ragione di trapianto in un ordinamento che non ha mai conosciuto alcuna frattura tra *constitution ancienne* e *constitution nouvelle*, tra giustizia e amministrazione, estraneo al principio di separazione dei poteri, calato nell'antico universo della *iurisdictio* e dell'amministrare giudicando, ancora tipico dei poteri pubblici secolari del maturo antico regime? Come ricordava icasticamente Le Bras, in un saggio fondativo del 1956, « les décrets des Papes sont des réponses administratives, en manière de sentences et qui deviendront lois » (5).

Il diritto amministrativo canonico del resto neppure può dirsi propriamente una costola dello *Ius publicum ecclesiasticum*, non può vantare lontane radici settecentesche, non si sviluppa a cascata dal processo secolare di emersione, nel campo della sovranità dello Stato, del diritto pubblico, in parallelo alla creazione, tutta moderna, della grande dicotomia pubblico-privato. Non possiede infatti contenuti amministrativi, ma più ampiamente ordinamentali, il tentativo della Scuola di Würzburg (6) di radicare all'interno della Chiesa un diritto pubblico in funzione antistatale, di difesa dalle mire giurisdizionalistiche, per consolidare quella *societas perfecta* in contrapposizione allo Stato che si alimenta del fenomeno di « imitazione per contrasto della Chiesa rispetto allo Stato moderno » (7), che così bene ci ha spiegato

---

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, 2012, pp. 148-152, da cui traiamo la citazione del parere di Sincero.

(4) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993<sup>3</sup>, p. 87.

(5) G. LE BRAS, *Les origines canoniques du droit administratif français*, in *L'évolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 404.

(6) Un recente, efficace, ritratto di questo momento fondativo in M. NACCI, *Chiesa e Stato dalla potestà contesa alla sana cooperatio*, Città del Vaticano, Lateran University Press, 2015, p. 13 e ss.

(7) C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, tm. I, *L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903)*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 65-73. Ed anche nell'Ottocento maturo, quando la distinzione tra *Verfassung* e *Verwaltung* inizia a far la sua comparsa nella canonistica tedesca, ed in particolare in Rudolf Ritter von Scherer, sensibile ai paralleli percorsi della scienza del diritto pubblico, la penetrazione nella manualistica italiana, francese, belga e spagnola rimane assai limitata (ivi, pp. 264-282).

Carlo Fantappiè nella sua monumentale indagine su *Chiesa romana e modernità giuridica*.

## 2. *Diffidenze e circolarità.*

Abbiamo quindi un primo dato su cui riflettere: esiste un notevole sfasamento temporale, nell'emersione del diritto amministrativo, tra dimensione statale, che dalla Francia all'Italia alla stessa Germania, lo acquisisce definitivamente nei primi decenni del XIX secolo, e dimensione canonica che, al contrario, almeno sino a Novecento avanzato, frapponne argini precisi ad una sua penetrazione.

Questa lenta emersione, tutta novecentesca <sup>(8)</sup>, del diritto amministrativo nell'universo canonico inizia così a rendersi manifesta soltanto nei primi scritti che si interrogano, tra gli anni '50 e '60, sulla possibilità di utilizzare la distinzione tra giustizia e amministrazione nell'ordinamento canonico <sup>(9)</sup>. Conosce una vistosa accelerazione con l'istituzione, nell'agosto 1967, della *Sectio Altera* del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica ed il conseguente intensificarsi dei prestiti, di lessico e di istituti, dal diritto amministrativo statale <sup>(10)</sup>. Trova

---

<sup>(8)</sup> Seguiamo il convincente percorso ricostruttivo di GHERRI, *Introduzione*, cit., p. 230 e ss.

<sup>(9)</sup> Si vedano i contributi, assai prudenti e dubitativi, di K. MÖRSORF, *De relationibus inter potestatem administrativam et iudicalem*, in *Questioni attuali di diritto canonico*, in « *Analecta Gregoriana* », 69 (1955), p. 399 e ss.; e di A. VITALE, *Note sul problema della distinzione fra giurisdizione e amministrazione nel diritto canonico*, in « *Il diritto ecclesiastico* », 72 (1961), pt. I, p. 312 e ss., attestati sulla « inconcepibilità, in seno all'ordinamento canonico, di un sistema di giustizia amministrativa » (VITALE, *Note*, cit., p. 337).

<sup>(10)</sup> Si veda per tutti la monografia di P. MONETA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti dell'autorità amministrativa nell'ordinamento canonico*, tm. I, *Profili di diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 1973, programmaticamente tributaria di « ampi e frequenti richiami al diritto statale », apparsi all'epoca indispensabili per colmare la laconicità del legislatore canonico, che aveva intenzionalmente evitato « una qualunque indicazione legislativa su alcuni concetti essenziali come quelli di autorità amministrativa, atto amministrativo, illegittimità dell'atto amministrativo » (ivi, pp. 12-13; pp. 8-9). Si avviava così, in modo forse eccessivamente sbrigativo, un'ampia serie di trapianti, considerati fisiologici e non problematici, dal momento che « la definizione della potestà amministrativa » era pur sempre « un problema di teoria generale del diritto che non può presentare aspetti di particolare originalità nell'ordinamento canonico » (ivi, p. 31). Per una recente critica di questa trasposizione, sin troppo meccanica, dei principî dell'ordinamento statale, assunto per di più nei tratti tipici di uno Stato di diritto di foggia ottocentesca, ad un ordinamento canonico fondato su basi diaconali assai differenti, cfr. I. ZUANAZZI, *Praesis ut proxis. La funzione amministrativa nella diakonia della Chiesa*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 232-33.

quindi nei lavori della Scuola di Navarra, con la prima edizione, nel 1988, del *Trattato di diritto amministrativo canonico* di Eduardo Labandeira <sup>(11)</sup> una prima, corposa, sedimentazione manualistica e più recentemente, una significativa consacrazione internazionale nel Congresso di Varsavia del 2011, dedicato a *La funzione amministrativa nell'ordinamento canonico*.

Tra le due guerre potremmo forse aggiungere, come canale distinto, ma in qualche modo parallelo di penetrazione, il 7 giugno del 1929, la nascita dello Stato della Città del Vaticano, con la contestuale pubblicazione delle 6 leggi fondative, nate dalla collaborazione tra l'avvocato Francesco Pacelli, fratello maggiore del futuro pontefice, Pio XII, e Federico Cammeo, che a questo tema dedicherà, tre anni più tardi, la sua ultima monografia, prima dell'allontanamento dall'Università di Firenze in seguito alle leggi razziali e quindi della morte, nel marzo 1939: un'opera in cui l'impianto amministrativo, dello Stato vaticano, beninteso, non della Chiesa, trovava un largo spazio di esplicazione e l'impiego, a tappeto, di istituti e concetti propri del diritto amministrativo statale <sup>(12)</sup>.

L'emersione di un diritto amministrativo canonico sembra dunque questione, almeno a prima vista, esclusivamente contemporanea, in ogni caso novecentesca. La stessa espressione « potestà amministrativa » inizia a circolare solo con il Concilio Vaticano II, per poi sperimentare le prime, circoscritte, utilizzazioni normative a seguito dell'istituzione della *Sectio Altera* della Segnatura Apostolica, cui viene affidato il compito di dirimere « contentiones ortas ex actu potestatis administrativae ecclesasticae » <sup>(13)</sup>. Sino a conoscere, qualche anno più tardi, un approdo definitivo nei canoni 1400 e 1445, all'interno del Liber VII, *De Processibus*, del codice giovanneo <sup>(14)</sup>.

Si tratta di una coincidenza, tra istituzione del giudice ed emer-

<sup>(11)</sup> E. LABANDEIRA, *Tratado de derecho administrativo canónico*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1988.

<sup>(12)</sup> F. CAMMEO, *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, Firenze, Bemporad, 1932. Abbiamo utilizzato la recente ristampa, con la presentazione di Angelo Sodano, Città del Vaticano, Libreria ed. Vaticana, 2005. Sull'elaborazione di questo testo, una efficace contestualizzazione in F. MARGIOTTA BROGLIO, *Federico Cammeo legislatore. Il contributo alla costruzione dell'ordinamento giuridico dello Stato vaticano*, in « Quaderni fiorentini », 23 (1994), pp. 247-64.

<sup>(13)</sup> Citiamo dall'art. 106 della Cost. Ap., *Regimini Ecclesiae Universae* del 15 agosto 1967, che nella loro estrema stringatezza leggiamo con l'aiuto di LABANDEIRA, *Tratado*, cit., trad. ital. della seconda edizione (1993), *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 133.

<sup>(14)</sup> LABANDEIRA, *Trattato*, cit., p. 137.

sione della specialità amministrativa, che meriterebbe ulteriori approfondimenti, per valutare in modo più preciso analogie e differenze con la circolarità tra specialità del giudice e specialità del diritto amministrativo, ben calata, sin dall'inizio dell'800, nella formazione del modello amministrativo continentale <sup>(15)</sup>.

« L'uso assai limitato del termine 'Amministrazione' » <sup>(16)</sup> da parte della legislazione canonica vigente ci offre però, sin d'ora, un indice significativo della contenuta, relativa, espansività del fenomeno nell'universo canonistico.

Eppure, a ricordare complessità, intersezioni, incidenze, bisogna pur tener conto che esiste un significativo indirizzo di studi, Gabriel Le Bras, Pierre Legendre, Jean-Louis Mestre <sup>(17)</sup>, che si è mosso in modo esattamente speculare, coltivando una linea di interpretazione storiografica che accredita una precisa genealogia canonica nell'emersione dei diritti amministrativi moderni: il clero come corpo di funzionari; la precoce individuazione della persona giuridica; l'*affectation religieuse* propria dei beni ecclesiastici. Persino un primo sviluppo di garanzie contro « la puissance arbitraire », dal momento che « comme l'Etat, l'Eglise est composée de corps constitutionnelles et de groupes organisés qui se font contrepoids, sous le gouvernement d'un chef suprême dont la *plenitudo potestatis* ne signifie point l'arbitraire » <sup>(18)</sup>.

Mentre, per altri profili, si potrebbe ricordare la bella ricerca di Paolo Prodi su *Il sovrano pontefice*, ad un tempo principe e pastore, chiamato non solo a guidare la Chiesa universale, ma a partecipare a pieno titolo, sin dalla prima età moderna, al generale processo europeo di costruzione dello Stato, operando consapevolmente perché il papato si costituisse « esso stesso in principato » <sup>(19)</sup>.

Od ancora, le ricerche che scavano, in modo a mio avviso convincente, lungo sentieri foucaultiani, nelle origini pastorali <sup>(20)</sup> del

<sup>(15)</sup> Per una ricostruzione di sintesi si può vedere L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2013<sup>5</sup>, p. 277 e ss.

<sup>(16)</sup> LABANDEIRA, *Trattato*, cit., p. 140.

<sup>(17)</sup> LE BRAS, *Les origines canoniques du droit administratif français*, cit.; P. LEGENDRE, *La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnelles de l'Etat centraliste en France*, ora in ID., *Trésor historique de l'Etat. L'administration classique*, Paris, Fayard, 1992, pp. 582-85; J.-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, Puf, 1985, pp. 90-91.

<sup>(18)</sup> G. LE BRAS, *Le droit classique de l'Eglise contre la puissance arbitraire*, in « Rivista di storia del diritto italiano », XXVI-XXVII (1953-54), p. 36.

<sup>(19)</sup> P. PRODI, *Il Sovrano Pontefice. Un corpo e due anime: la monarchia papale nella prima età moderna*, Bologna, il Mulino, 1982, p. 303; *passim*.

<sup>(20)</sup> Sulla intuizione di Michel Foucault (*Sicurezza, territorio, popolazione*, Corso al Collège de France 1977-1978, Milano, Feltrinelli, 2005, pp. 115-122) di un potere

disciplinamento sociale e mettono a nudo le radici estremamente risalenti di un nucleo forte e caratteristico, dello stesso diritto amministrativo moderno, quello regolativo-disciplinante.

I piani non sono immediatamente sovrapponibili. In questi ultimi indirizzi di studio, troviamo una linea molto articolata di ricerca che disseppele incidenze e intersezioni tra i nostri due universi contrapposti, in chiave eminentemente storiografica, secondo una prospettiva interpretativa segnata, talvolta, da qualche eccesso di anacronismo retrospettivo. Nella emersione di un diritto amministrativo canonico, troviamo invece un oggettivo aprirsi, in un preciso momento storico, dell'ordine giuridico della Chiesa a nuove dimensioni normative, sino a quel momento sconosciute, oppure concettualizzate secondo altri lessici giuridici, altri istituti.

Questa imprevista complessità svela, in ogni caso, reciproche circolarità, incidenze, trapianti. I due universi del canonico e del civile non sono affatto impermeabili l'uno all'altro. E le vicende del codice pio benedettino e di quello giovanneo — il codice è pur sempre il trapianto più significativo e rilevante nella persistente attenzione che l'universo canonico presta alle trasformazioni dell'ordinamento dello Stato — sono lì a dimostrarlo.

### 3. *Trapianti e cautele.*

Ogni trapianto, tuttavia, impone cautele: cautele che nel caso del diritto amministrativo, in cui le eterogeneità tra i due universi, dello Stato e della Chiesa, dopo la forte curvatura pubblicistica della modernità, restano particolarmente marcate, devono essere ancora più attente e cospicue.

Della necessità di queste cautele la riflessione canonistica è perfettamente consapevole. Effettuato il trapianto, subito si materializza la lista dei farmaci immunosoppressori da somministrare.

Le difese immunitarie del diritto amministrativo che, se non fossero previamente disattivate, provocherebbero l'immediato rigetto, sembrano quasi esaurire lo spazio amministrativo. Devono essere espunti dall'ordine giuridico canonico, in rapida sequenza, sovranità, poteri, dicotomia

---

pastorale come « governo quotidiano sugli uomini nella loro vita reale », che transita progressivamente dal magistero della Chiesa alle arti civili di governo, hanno lavorato in particolare M. SENELLART, *Les arts de gouverner: du regimen médiéval au concept de gouvernement*, Paris, Seuil, 1995; P. NAPOLI, *Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société*, Paris, La Découverte, 2003, con le mie osservazioni in « Quaderni fiorentini », 33-34 (2004-2005), pp. 1212-15; e con particolare riferimento alle implicazioni teologiche, G. AGAMBEN, *Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, Vicenza, Neri Pozza, 2007, p. 125 e ss.

pubblico-privato, dialettica autorità-libertà, individualismo/solidarismo, diritti soggettivi, imperatività, legalità... Ovvero, lo spazio stesso della modernità amministrativa, che si avvia, alla fine del '700, nel momento in cui l'antico termine di *administratio*, cessa di aver bisogno di un genitivo di specificazione (un bene, un patrimonio, una eredità) e diventa assoluto, si fa *administration générale de l'Etat*, organizzazione e attività, *mai* sino a quel momento concettualmente isolato come potere servente dell'intera collettività nazionale.

Soprattutto, è la stessa sostanza dell'azione amministrativa, nei suoi due tronconi otto-novecenteschi della *puissance* e del *service*, dell'*Eingriffs* — e della *Leistungsverwaltung*, che deve necessariamente stemperarsi di fronte ad una funzione e ad un servizio tipicamente diaconale, che i *tria munera* (*docendi, sanctificandi, regendi*) connotano di una indelebile specialità canonica.

Non sorprende che nel momento in cui, tra '800 e '900, il diritto amministrativo erigeva la propria corazza dogmatica, costruendo in marcata distinzione dal diritto comune civilistico, la propria specialità, l'eterogeneità tra dimensione amministrativa civile e dimensione canonica <sup>(21)</sup> sia apparsa invalicabile.

Perché l'amministrazione dei mezzi salvifici al popolo di Dio possa trovare un'utile mappatura giuridica nel diritto amministrativo dello Stato, è necessario che quella corazza pubblicistica ottocentesca sia stata profondamente scalfita.

Non è casuale, allora, lo sguardo interessato del canonista verso le trasformazioni del tessuto statale cui va incontro il diritto amministrativo globale <sup>(22)</sup>. Non è casuale, semplicemente perché quel diritto amministrativo globale sembra riscoprire una sostanza amministrativa che si sviluppa in assenza del Leviatano, del macroantropos statale; in assenza della sovranità, in assenza, in altre parole, di un soggetto che esercita poteri e dispensa servizi: un marchio di soggettività che, per quanto le amministrazioni pubbliche dell'ordine giuridico europeo e nazionale possano essere divenute oggi plurali e frammentate, resta però un elemento imprescindibile del relativo diritto amministrativo.

Nelle trasformazioni del presente, che spingono verso il diritto globale — appunto *global rather than international*, secondo una linea

---

<sup>(21)</sup> In cui neppure un diritto propriamente « privato » può dirsi esistente: GHERRI, *Introduzione*, cit., p. 248.

<sup>(22)</sup> GHERRI, *Introduzione*, cit., p. 293 e ss. Ed il significativo, reciproco, interessamento per il diritto amministrativo della Chiesa dell'amministrativista partecipe delle ricerche in materia di *Global Administrative Law*. Cfr. E. CHITI, *L'amministrazione della Chiesa Cattolica Romana: una introduzione*, in « Riv. trim. dir. pubbl. », 59 (2009), p. 555 e ss.; ID., *The administrative law of the Roman Catholic Church. A comparative inquiry*, ivi, 62 (2012), p. 135 e ss.

concettuale ben tracciata da Benedict Kingsbury <sup>(23)</sup> —, si cercano le trame di un « ordinamento composito » e di un ordine giuridico, che proprio perché si dispiegano oltre lo Stato e spesso dagli Stati prescindono, tendono a mettere a nudo alcuni segni dell'antico, delle amministrazioni prima dello Stato, per parafrasare Giannini.

Il canonista, tuttavia, non può limitarsi a registrare i processi di trasformazione in corso; ha costantemente di fronte a sé una tavola di valori che non ammettono compromissioni. Le cautele cui deve sottoporre prestiti e trapianti dall'ordinamento civile non derivano dalla sola necessità, euristica, di salvaguardare la specificità dell'ordinamento di cui è interprete, ma derivano anche da precisi vincoli di natura teologica.

Certo, la presenza, anche didattica, del diritto amministrativo canonico è ormai un fatto acquisito e l'emersione di questa branca disciplinare è probabilmente un punto di approdo irreversibile nell'ordine giuridico della Chiesa.

Sul piano concettuale, tuttavia, l'intimo lavoro intorno ai *Fondamenti*, di cui il recente libro di Paolo Gherri è testimonianza precisa, avvalorata l'impressione che il canonista, immerso in una *communitas* ad adesione volontaria, non ad appartenenza necessaria <sup>(24)</sup>, sia ancora oggi posto di fronte ad un bivio, a due strade, che a ben vedere, non risultano poi così radicalmente alternative.

O tornare alla posizione di Giannini, naturalmente *ex parte Ecclesiae*, della Chiesa del Vangelo di Luca (12,42), dell'amministratore fedele e prudente; prendere tanto sul serio il problema delle cautele e degli immunosoppressori, da rifiutare addirittura il trapianto. In sostanza riconoscere che la Chiesa è sì amministratrice, ma in quanto amministratrice di mezzi salvifici, non le occorre un diritto amministrativo, potendo trovare tutte le sue risposte e le esigenze di disciplina giuridica in un diritto canonico che non ha bisogno di ulteriori frammentazioni disciplinari, di ulteriori specialità <sup>(25)</sup>. Potrebbe esserle sufficiente il lessico antico dell'*oikonomia*; non quello moderno del diritto amministrativo.

Oppure, operare il trapianto, ma solo a patto di accettare tessuti

<sup>(23)</sup> B. KINGSBURY, *The concept of « Law » in Global Administrative Law*, in « European Journal of International Law », 20 (2009), 1, p. 23 e ss.

<sup>(24)</sup> GHERRI, *Introduzione*, cit., p. 81.

<sup>(25)</sup> Riconoscere la Chiesa « como administradora de los medios salvíficos » « no significa que resulte necesario, ni siquiera útil, contar con un derecho administrativo formalmente distinguido como rama autónoma del ordenamiento canónico ». Così A.W. BUNGE, *La administración y el derecho administrativo: su lugar en la Iglesia*, in « Il diritto ecclesiastico », 2011, 3-4, p. 527, sviluppando perplessità già manifestate dal Primate di Ungheria, cardinale Peter Erdö.

fortemente decostruiti rispetto alla classica specialità amministrativa <sup>(26)</sup>; tessuti sfibrati dei tratti tipici della modernità giuridica; tessuti sottratti contemporaneamente al bagno pubblicizzante della sovranità ed al bagno individualistico dei diritti. In modo da renderli compatibili con la vocazione pastorale dell'ordinamento canonico e la valenza comunitaria del popolo di Dio. In modo da rendere sinonimi amministrativo e pastorale. Ancora amministratore come *oikonomos* (la prima lettera di San Paolo ai Corinzi <sup>(27)</sup>); ancora il lessico antico dell'*oikonomia* <sup>(28)</sup>, del governo della casa <sup>(29)</sup>, che rispunta una volta che il diritto amministrativo venga depurato, quasi scarnificato, dei tratti più tipici della modernità.

Su entrambi i sentieri, il presente si veste di antico, accettando dal moderno solo alcuni prestiti terminologici. Non è escluso, quindi, che con gli ampi processi di decostruzione concettuale in corso nel diritto amministrativo statale, le occasioni di intersezione e di reciproco trapianto con il diritto amministrativo canonico possano addirittura crescere nell'immediato futuro.

---

<sup>(26)</sup> Questa, precisamente, la strada che GHERRI, *Introduzione*, cit., segue in modo consapevole e ben argomentato.

<sup>(27)</sup> Ampiamente utilizzata da GHERRI, *Introduzione*, cit., p. 187.

<sup>(28)</sup> FANTAPPIÈ, *L'amministrazione nella Chiesa*, cit., pp. 128-147.

<sup>(29)</sup> Su cui si può vedere, oltre al già ricordato AGAMBen, *Il Regno e la Gloria*, p. 31 e ss.; D. FRIGO, *Il padre di famiglia. Governo della casa e governo civile nella tradizione dell'« economica » tra Cinque e Seicento*, Roma, Bulzoni, 1985.

RAFFAELE VOLANTE

LA PROPRIETÀ ABORIGENA  
TRA ESCLUSIVITÀ E SOVRANITÀ

(A proposito di Ulla Secher, *Aboriginal Customary Law: A Source of Common Law Title to Land*, Oxford, Hart Publishing, 2014 e Corte suprema del Canada, *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44)

1. La possibilità di una proprietà indigena tra diritto comune e *common law*. Un confronto tra colonialismi. — 2. L'evoluzione dei modelli proprietari nel *common law*. Cenni. — 3. Il modello della *tenure* e la sua centralità nella dinamica coloniale britannica. — 4. Gli *Indians* come abitanti con diritti diminuiti. *Johnson v McIntosh* (1823). — 5. Diritti aborigeni come uso su terre altrui. *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. R* (1888). — 6. Il riconoscimento dell'*aboriginal title* nella giurisprudenza delle corti canadesi. 1973-1997. — 7. *Radical* e *aboriginal title* nella giurisprudenza della High Court of Australia. *Mabo v. Queensland* (1992). — 8. La riconciliazione dell'*aboriginal title* nel *common law* tentata da Secher. *Ancient demesne* e *Folkland*. — 9. *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* (2014). Cultura di un popolo e proprietà del territorio. — 10. Una costruzione senza alternative? Il ruolo stringente di un lessico giuridico.

Il problema della proprietà aborigena, ossia quello del riconoscimento e della tutela di diritti proprietari delle etnie indigene negli ordinamenti statuali contemporanei, è questione ormai tradizionale in molti sistemi di diritto anglosassone. Una vasta letteratura, che individua con sicurezza i suoi classici <sup>(1)</sup>, e una altrettanto vasta giurisprudenza delle Corti superiori ne testimoniano. Il libro di Ulla Secher è sicuramente destinato a occupare un posto tra i primi, almeno quanto *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, emanata il 26 giugno 2014 e non

---

<sup>(1)</sup> Fra i quali si possono citare K. MC NEILL, *Common Law Aboriginal Title*, Oxford, Clarendon Press, 1989; B. SLATTERY, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983; *Aboriginal Law Since Delgamuukw*, M. Morellato (ed.), Aurora, Ontario, Canada Law Book, 2009.

ancora pubblicata alla data di chiusura del volume <sup>(2)</sup>, aspira a un posto tra le pronunce fondamentali in argomento. Tanto il libro quanto la sentenza segnano di fatto una svolta nella ricostruzione del tema, portando a compimento la riflessione su alcuni aspetti e aprendola ad altri, prima insospettati.

1. *La possibilità di una proprietà indigena tra diritto comune e common law. Un confronto tra colonialismi.*

Possiamo partire da questo dato: il problema che la proprietà aborigena pone agli ordinamenti di *common law* non è quello della sua esistenza *prima* dell'instaurazione di una sovranità coloniale, ma quello della sua permanenza *dopo*. In questi sistemi non si è mai posta in termini concreti la questione di un'incapacità delle popolazioni indigene di essere proprietarie delle loro terre ancestrali, per come altrimenti negli ordinamenti coloniali ispanici. Edificati a partire dai modelli del diritto comune continentale <sup>(3)</sup>, questi ultimi dovevano ricorrere a varie costruzioni tecniche per privare l'indigeno del Nuovo Mondo di quel riconoscimento del vincolo sostanziale tra uomo e cosa che nel Vecchio Mondo era il principale momento di costituzione della proprietà <sup>(4)</sup>.

L'argomento più immediato per escludere quella tutela che il diritto comune avrebbe garantito in patria all'ultimo dei possessori *uti precario* procedette qui dall'immagine dell'indigeno come « schiavo per natura » <sup>(5)</sup> che, incapace di civiltà, era conseguentemente incapace sia di *iurisdictio* che di qualsiasi proprietà. Per questa tesi, che divenne presto quella ufficiale del potere coloniale ispanico in America La-

---

<sup>(2)</sup> La giurisprudenza citata nel volume è quella esistente sino al febbraio 2013. SECHER, *Aboriginal Customary Law*, Prefazione, p. X.

<sup>(3)</sup> I quali servivano soprattutto a costruire in un luogo totalmente alieno un paesaggio riconducibile innanzitutto alla cultura del conquistatore, vicenda rispetto alla quale l'indigeno è spettatore estraneo e non necessario, per come mostra efficacemente L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole*, Napoli, Jovene, 2004, p. 115.

<sup>(4)</sup> Come quella di dare rilevanza giuridica al fatto che gli indigeni non avessero contestato gli atti di delimitazione del territorio fatti dai conquistatori, da cui si inferiva che essi avessero riconosciuto l'instaurazione di un autonomo diritto di proprietà. Cfr. *ivi*, p. 127. Un argomento che difficilmente avrebbe potuto essere sostenuto in patria per escludere dal proprio dominio utile un qualsiasi colono.

<sup>(5)</sup> Cfr. L. BACCELLI, *Guerra e diritti. Vitoria, Las Casas e la conquista dell'America*, in « Quaderni fiorentini », 37 (2008), p. 72. *Ivi* più ampia bibliografia.

tina <sup>(6)</sup>, era assolutamente indifferente il fatto che le popolazioni autoctone avessero un loro governo o occupassero stabilmente un territorio, e lo considerassero loro proprietà. Nulla di tutto ciò si sarebbe potuto opporre al dominatore europeo, perché portatore di una civiltà che, se si esemplificava nel cristianesimo, pure non vi si esauriva, tant'è vero che l'indigeno non se ne sarebbe potuto rivestire neanche convertendosi <sup>(7)</sup>.

La conseguenza era che gli spagnoli non avevano conquistato oltremare dei regni di cui riconoscere le istituzioni come precedenti alle proprie, né dei diritti di proprietà da confiscare, cosa che ne avrebbe implicato il previo riconoscimento. Nelle nuove terre vi erano solo barbari dediti a ogni nefandezza — *homunculi* nel linguaggio di Juan Ginés de Sepúlveda — che sarebbero stati naturalmente sottomessi a loro come a qualsiasi altro occupante. L'occupazione delle terre da parte degli indigeni non avrebbe pertanto mai avuto rilevanza giuridica; i conquistatori le avevano trovate allo stato di *res nullius*, e vi avevano potuto instaurare un proprio autonomo dominio <sup>(8)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Terra di scontri. Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali*, Milano, Giuffrè, 2013 (Per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 97), p. 19. Sul tema della naturale minorazione dell'indigeno si veda anche T. DUVE, *La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el derecho indiano*, in *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in sud America*, a cura di M.G. Losano, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>(7)</sup> Illuminante al proposito è l'argomentazione di John MAIR (Johannes Maior), *In Secundum Librum Sententiarum*, ed. Parigi 1519, dist. 44, q. 3, fol. 127 v. Mair sosteneva che, pur essendo la distinzione tra i *dominia* di diritto umano, non per questo fosse lecito al principe prendere la proprietà altrui. L'ablazione della proprietà avrebbe potuto essere strumento contro gli eretici, ma non avrebbe potuto essere comminata contro gli infedeli, ove avessero consentito alla predicazione cristiana. Non si sarebbe potuto tuttavia inferire da queste premesse che gli indigeni del Nuovo Mondo avessero la proprietà delle loro terre e che gli spagnoli avessero conquistato dei veri e propri regni oltremare: queste popolazioni non comprendevano alcuna lingua e non accettavano fra loro i ministri del culto cristiano senza una forte presenza militare. Fu quindi necessario distruggerli ove si trovassero, affinché col tempo si assuefacessero alla fede cattolica, cosa che ha richiesto spese per il Re, che si è così rivalso su quei territori, divenendone proprietario. E ciò, ribadisce Mair, sarebbe stato lecito fare anche ove il popolo indigeno fosse divenuto cristiano o lo fosse diventato il loro antico Re. Nulla avrebbe potuto difatti cancellare il rischio dell'abiura, insito nelle loro condizioni bestiali di vita.

<sup>(8)</sup> MÍGUEZ NÚÑEZ, *Terra di scontri*, cit., pp. 20-21 mostra, per il caso del Perù, come questi facili teoremi andassero incontro a notevoli problemi pratici allorché applicati alla necessità di tradurre nelle forme di proprietà descritte dal diritto comune dell'epoca il vario tessuto delle relazioni proprietarie indigene, soprattutto ove, come appunto nel caso dell'impero Inca, una realtà organizzativa di tipo statale era difficilmente ignorabile e, in fatto, non ignorata dagli stessi conquistatori.

Tesi rudimentali, contro le quali non mancarono le critiche di più fini teologi e più provveduti giuristi <sup>(9)</sup>. Anche chi vide negli indigeni dei *veri domini* — capaci di ragione, e quindi di proprietà, perché capaci di subire *iniuria* <sup>(10)</sup> — lo fece tuttavia solo al fine di considerare i conquistatori spagnoli come titolari di diritti concorrenti che, nel conflitto con quelli indigeni, erano destinati a prevalere sempre e comunque <sup>(11)</sup>. Il riconoscimento di una proprietà indigena anteriore alla conquista fu pertanto uno strumento di migliore giustificazione della proprietà coloniale nelle categorie del diritto comune dell'epoca, più che il frutto di una diversa antropologia.

Gli scopi del colonialismo britannico non furono diversi da quelli portati avanti dal colonialismo spagnolo; diversi furono gli istituti, frutto della necessità di tradurre altri modelli proprietari, maggiormente tributari di quella matrice feudale che il diritto comune romano-canonico aveva da tempo destrutturato nella cornice del dominio diviso <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Culminate nella celeberrima disputa tra Sepúlveda e Las Casas (ed. Siviglia, 1552), con il primo a giustificare la guerra contro gli indigeni come « guerra santa », giustificata dai peccati contro natura cui questi erano particolarmente dediti, e il secondo a definire invece gli indigeni come vittime di una aggressione cui non avevano dato alcuna causa. Cfr. BACCELLI, *Guerra e diritti*, cit., p. 87, che inquadra la disputa nel più vasto processo di « conversione » cui Las Casas va incontro negli anni. A.A. CASSI, *Ius Commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè, 2004, ricorda comunque che anche Las Casas « non riconosceva agli indios più intelligenza, industriosità ed ingegno delle *bestiolae* degli orti » (p. 257 e 253 nota 20).

<sup>(10)</sup> Il riferimento è a Francisco De Vitoria e alla sua *Relectio de Indiis*. Se ne veda il percorso in BACCELLI, *Guerra e diritti*, cit., pp. 73-77.

<sup>(11)</sup> Attraverso lo strumento giuridico dell'*encomienda*. Su questo istituto cfr. CASSI, *Ius Commune*, cit., p. 175 e ss. e MÍGUEZ NÚÑEZ, *Terra di scontri*, cit., p. 132 e ss., ove ampia bibliografia.

<sup>(12)</sup> Nella comparazione tra queste due vicende coloniali rileva ovviamente anche il diverso peso che gli ordinamenti giuridici di riferimento davano normalmente a strumenti come la *factio* o la presunzione. A.A. CASSI, *Ultramar. L'invenzione europea del Nuovo Mondo*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 87 e 88, ricorda in proposito come tutti gli atti di concessione con cui la corona spagnola assegnava a titolo di *encomienda* vaste porzioni di terra comprendessero sempre la clausola per cui la concessione avveniva « senza pregiudizio dei nativi », salvo poi presumere *iuris et de iure* (o, il che è lo stesso, fingere) che quelle terre fossero per definizione disabitate, o che quanto meno fossero prive di diritti di proprietà da parte di terzi, quindi da parte degli indigeni.

## 2. *L'evoluzione dei modelli proprietari nel common law. Cenni.*

Il modello proprietario intorno a cui si organizza la costruzione giuridica del colonialismo anglosassone è quello della *tenure*. Per questa dottrina, tutta la terra resta nella proprietà originaria del Re, che la concede e garantisce con la propria autorità i titoli dei privati, i quali derivano dal suo diritto fondamentale <sup>(13)</sup>. Essa è il frutto dell'evoluzione propria del sistema feudale inglese dopo la conquista normanna: già fortemente relativizzata nella madrepatria al tempo dell'acquisizione dei domini nordamericani, fu tuttavia fondamentale nella descrizione del regime proprietario delle terre nelle colonie britanniche.

Prima della conquista normanna, le terre erano tenute in Inghilterra seguendo tre morfologie proprietarie diverse (*folkland*, *bookland*, *laenland*), in una densa rete di rapporti feudali <sup>(14)</sup>. La prima forma, ritenuta una proprietà collettiva appartenente alla *natio* <sup>(15)</sup>, fu descritta in seguito come una proprietà allodiale caratterizzata dal vincolo di inalienabilità fuori del gruppo familiare, e quindi sostanzialmente riferibile a una stirpe <sup>(16)</sup>.

Il secondo tipo di proprietà derivava dalla concessione di un

<sup>(13)</sup> F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, vol. I, Cambridge, 1895, pp. 212-213 mostrano come lo schema della *tenure* sia stato universalmente applicato nel *common law* a ogni ipotesi proprietaria e anche a situazioni giuridiche che avrebbero avuto poca relazione con la proprietà, secondo gli autori. Quest'ultime, tuttavia, erano le tipiche concessioni di terra a lungo termine cui il diritto comune praticato nell'Europa continentale attribuiva senza meno una natura dominicale.

<sup>(14)</sup> È interessante leggere oggi gli argomenti di Maitland: nella notte altomedievale i confini reciproci tra concetti come proprietà, usufrutto, dono e prestito sono destinati naturalmente a confondersi. Si può così dire che per il diritto inglese, soprattutto quello anteriore alla conquista normanna, l'usufrutto sia un dominio temporaneo e il dominio sia un usufrutto che può essere perpetuo. Questa confusione è per Maitland una tra le cause principali per il successivo invalersi della regola che vede il Re come proprietario ultimo della terra, che tale resterà per quante concessioni egli possa fare a soggetti privati. F.W. MAITLAND, *Domesday Book and Beyond — Three Essays in the Early History of England*, Cambridge, CUP, 1897, pp. 299-230 (ristampa 1907).

<sup>(15)</sup> J. ALLEN, *Inquiry into the Rise and Growth of the Royal Prerogative in England*, London, 1830, p. 143 parlava del *folkland* come di una proprietà della comunità che poteva essere goduta collettivamente o per porzioni attribuite ai singoli membri. In questo caso, il titolo di attribuzione sarebbe stato garantito dagli uomini liberi presenti. In quanto proprietà collettiva, il *folkland* non poteva essere alienato o diviso e pertanto, allo spirare del termine, la quota attribuita al singolo sarebbe tornata alla comunità, per essere nuovamente distribuita.

<sup>(16)</sup> P. VINOGRADOFF, *Folkland*, in *Collected Papers by Paul Vinogradoff with a Memoir*, H.A.L. Fisher (ed.), vol. I, Oxford, 1928.

superiore, fosse questi il Re, la Chiesa, o qualsiasi altro nobile. Il *Folkland* si trasformò in genere in questa forma di proprietà: ad un insieme di poteri totalmente descritto dalla consuetudine, l'iscrizione nel libro sostituiva un altro regime, conseguente all'atto di concessione. Il fatto dell'iscrizione faceva del *bookland* una proprietà pienamente alienabile, che importava una relazione particolare tra l'intestatario e il Re, dalla cui autorità derivava la propria efficacia giuridica <sup>(17)</sup>. Il *Laenland* era invece una concessione di terra a lungo termine, a fronte o meno del pagamento di un canone in denaro o in natura. La concessione veniva di norma fatta a vita del concessionario, e talvolta fino alla terza generazione <sup>(18)</sup>.

Una stratificazione alluvionale di situazioni dominicali in cui si mescolavano, a prescindere dalla terminologia con cui possono oggi essere restituite le diverse fattispecie, tutte le istanze proprie del Medioevo, principalmente l'inestricabile efficacia normativa della durata <sup>(19)</sup>.

Alla conquista normanna si attribuisce il superamento di questa situazione, a favore di un sistema proprietario più coeso, basato appunto sulla *tenure*. Il suo primo momento costitutivo è dato dalla presunzione di proprietà in capo al Re di ogni terra non occupata, il che avrebbe poi ricondotto ogni possesso privato a una, sia pur tacita, concessione regale. Ciò avrebbe portato ad una distruzione delle relazioni feudali precedenti, e alla loro sostituzione con un sistema con il Re al vertice <sup>(20)</sup>: quel servizio che prima si sarebbe dovuto rendere a un qualche nobile, si sarebbe dovuto rendere ora esclusivamente al Re, e sarebbe stato ricostruito come onere reale, prestazione a lui dovuta in funzione del suo diritto eminente su quella terra <sup>(21)</sup>.

---

<sup>(17)</sup> POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law*, cit., p. 37: « Alodium (of which we have no English form) is a regular Latin translation of book-land. There is great reason to believe that a grant of book-land usually made no difference at all to the actual occupation of the soil. It was a grant of lordship and revenues, and perhaps of jurisdiction and its profits. The inhabitants rendered their services and dues to new lords, possibly enough to the same bailiff on behalf of the new lord, and things went on otherwise as before. The right of alienating book-land depended on the terms of the original grant ».

<sup>(18)</sup> W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, 1923<sup>3</sup>, vol. 2, p. 70 parla di questa forma di proprietà come di un *loan land*, quindi di un prestito di terra, segnalando tuttavia che di simili prestiti non si ha documentazione scritta, altro che per grandi concessioni fatte dalla Chiesa a personaggi di lignaggio superiore.

<sup>(19)</sup> P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 74.

<sup>(20)</sup> K.E. DIGBY, *An Introduction to the History of the Law of Real Property*, Oxford 1884, pp. 29-34.

<sup>(21)</sup> POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law*, cit., p. 212 e ss.

Un processo storico che conobbe le sue eccezioni. Tra questi, quello che merita di essere qui citato è la *tenure in ancient demesne* <sup>(22)</sup>, termine nel quale non si fa fatica a riconoscere un'altra versione del *demanium* <sup>(23)</sup>. I concessionari *in ancient demesne* non erano nobili, e il legame con la terra li esponeva a un servizio nei confronti dei concedenti, che nessuna delle due parti era in grado di modificare; il concessionario poteva rilasciare il bene nelle mani del concedente, ma il suo trasferimento a terzi avrebbe comportato anche il trasferimento dell'onere a rendere il relativo servizio <sup>(24)</sup>.

### 3. *Il modello della tenure e la sua centralità nella dinamica coloniale britannica.*

Allorché l'Inghilterra iniziò la propria espansione coloniale, la dottrina della *tenure* aveva ormai perso — dato sul quale tutti concordano — la sua centralità nel descrivere il sistema di proprietà fondiaria. La costituzione *Quia emptores terrarum* del 1290 <sup>(25)</sup> aveva stabilito la piena alienabilità dei diritti sulla terra da parte di ogni persona libera, senza l'autorizzazione del concedente, per contrastare l'eccessiva frammentazione dei feudi attraverso la subinfeudazione <sup>(26)</sup>. La vendita di questi diritti non avrebbe infatti comportato riconoscimento di alcun onere reale in favore del concedente del subfeudo. La costituzione

---

<sup>(22)</sup> Pollock e Maitland (ivi, p. 266 e ss.) ritengono che l'*ancient demesne* consistesse nella particolare tutela dell'inalienabilità e non usucapibilità dei beni direttamente titolati dal Re.

<sup>(23)</sup> Termine che giunge del resto alla lingua giuridica del diritto comune europeo e dello *ius feudorum* da fonti normanno-sveve. Cfr. E. CORTESE, *Demanio (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, 1964, p. 79.

<sup>(24)</sup> POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law*, cit., pp. 383-384 rendono una compiuta analisi delle differenze tra il concessionario dell'*ancient demesne* e il *freeholder* sull'esistenza, nel primo caso, di *servitia certa et nominata*.

<sup>(25)</sup> *Statute of Westminster III*, 18 Edward I, c. 1.

<sup>(26)</sup> « Quia emptores terrarum et tenementorum de feodis magnatum et aliorum in praeiudicium eorundem temporibus retroactis multotiens in feodis suis sunt ingressis, quibus libere tenentes eorundem magnatum et aliorum terras et tenement sua vendiderunt [...] Dominus Rex in Parlamento suo apud Westmonasterium post Pascha anno Regni sui decimo octavo [...] ad instantiam magnatum regni sui, concessit, providit, et statuit, quod de caetero liceat unicuique libero homini terram suam seu tenementum sive partem inde pro voluntate sua vendere, ita tamen quod feoffatus teneat terram illam seu tenementum de eodem capitali domino et per eadem servitia et consuetudines, per quae feoffator suus illa prius tenuit ». Testo citato da DIGBY, *An Introduction*, cit., p. 164, il quale ritiene che, anche prima della *Quia emptores terrarum* vi fossero delle possibilità per il *freeholder* di alienare la totalità dei suoi diritti sulla terra (p. 115 nota 1).

avrebbe avuto così l'effetto di concentrare in capo al Re il dominio diretto delle terre, stante anche la crescente difficoltà dei nobili di provare i loro diritti eminenti nel corso del tempo, i quali si sarebbero così riuniti al dominio eminente della Corona.

Per quanto qui interessa, la costituzione *Quia emptores terrarum* ebbe grande rilievo formale nella rappresentazione della proprietà fondiaria nelle terre coloniali: poiché la sovranità del Re d'Inghilterra si estese su di esse molto dopo la soppressione della subinfeudazione, ne conseguiva che queste erano giunte direttamente al suo dominio eminente (27). La concessione fondiaria a privati garantiva quindi la pienezza dei loro diritti, poiché essa si esauriva di necessità in un rapporto diretto tra questi ultimi e il Re, senza l'intermediazione di un potere feudale, il quale avrebbe trattenuto, secondo i principi, comunque un titolo di legittimazione concorrente.

Su questo presupposto la *tenure* rifiorì nei nuovi territori coloniali: era il sistema più immediato e diretto per garantire una proprietà privata, piena e assoluta, della terra. Per quell'eterogenesi dei fini che si mostra regolarmente all'analisi storica del diritto, una costituzione immaginata per evitare l'eccessiva frammentazione dei diritti feudali divenne così, in un contesto assai diverso, il modo per instaurare un regime certo di proprietà individuale e capitalista. Il *quit rent*, il canone che doveva essere pagato al sovrano in sostituzione dell'ordinario servizio feudale a lui dovuto, veniva vissuto nella realtà come un'imposta fondiaria (28), il cui corrispettivo era appunto il riconoscimento del diritto del privato e la sua tutela nei confronti di qualsiasi terzo, potere coloniale incluso. Esso non fu economicamente di ostacolo finché si mantenne basso, tanto più che poteva essere affrancato, al pari di qualsiasi altro onere reale. Non è un caso che il raddoppio del canone di affrancamento, disposto dal Re d'Inghilterra nel 1774, sia portato tra le sue colpe nella Dichiarazione d'Indipendenza (29).

Alla base di questa ricostruzione vi era un precario equilibrio tra due fattispecie: quella di acquisizione della sovranità su un nuovo

(27) W. VANCE, *The Quest for Tenure in the United States*, in «Yale Law Journal», 33 (1924), p. 254.

(28) T.H. BURRELL, *A Story of Privileges and Immunities: From Medieval Concept to the Colonies and United States Constitution*, in «Campbell Law Review», 34 (2011), 1, p. 86.

(29) *Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America*, (Indictment): «He has endeavoured to prevent the population of these States [...] and raising the conditions of new Appropriations of Lands». Cfr. B. EDGEWORTH, *Tenure, Allodialism and Indigenous Rights at Common Law: English, United States And Australian Land Law Compared After Mabo V. Queensland*, in «Anglo-American Law Review», 23 (1994), p. 402 e VANCE, *The Quest*, cit., p. 260.

territorio, inteso come elemento politico, e quella della realizzazione del dominio eminente sulle terre, intese come elemento patrimoniale. La sovranità poteva conseguire, secondo lo stato del diritto internazionale del 18° secolo, per occupazione di una *terra nullius*, ossia non già sottoposta alla sovranità di altri. Questo concetto subì un'ovvia estensione nel periodo di costruzione degli imperi coloniali: si parlò così di *terra nullius* non solo nel caso di un territorio effettivamente disabitato, ma anche nel caso di territori che registravano la presenza di popolazioni aborigene non organizzate su base territoriale e politica <sup>(30)</sup>.

Da questa nozione il *Privy Council* trasse ogni conseguenza in tema di legge applicabile già nel 1722: ove un territorio fosse stato scoperto da naturali inglesi, e questo non fosse stato nella sovranità di alcuno, la legge inglese, comprensiva tanto di consuetudini quanto di statuti scritti, vi si sarebbe trasferita con loro, e quindi anche il suo sistema proprietario <sup>(31)</sup>. Nel caso in cui, al contrario, il territorio fosse stato acquistato alla sovranità del Re d'Inghilterra dopo essere stato comunque soggetto ad altra sovranità europea, le leggi riconducibili all'antico potere sarebbero state mantenute finché il nuovo sovrano lo avesse gradito, e così i diritti proprietari.

Questa sostanziale identificazione tra sovranità e diritti proprietari caratterizzò, in un senso o nell'altro, le singole vicende cui andarono poi incontro le diverse realtà statuali nate dal colonialismo britannico. Radicalmente rifiutata dal costituzionalismo statunitense, che vedeva nella naturale allodialità delle terre uno dei suoi principi cardine <sup>(32)</sup>, essa continuò fino a tempi recenti a descrivere la legittimazione di diritti proprietari in paesi come l'Australia, ossia nei territori di più recente conquista britannica. In paesi come il Canada, che si costituì come Stato autonomo sotto questo nome solo nel 1867, questa dottrina consentì di differenziare la realtà del Quebec, acquistato dal Regno di Francia e visto sempre come soggetto al sistema di *civil law*, da quello delle altre province e territori che furono originariamente occupati dal potere coloniale britannico <sup>(33)</sup>.

---

<sup>(30)</sup> Bibliografia in SECHER, *Aboriginal Customary Law*, p. 29.

<sup>(31)</sup> Non vi si trasferivano però automaticamente le decisioni del Parlamento britannico, che avrebbero dovuto espressamente menzionarli. La decisione del *Privy Council* è la famosa *Case 15-Anonymous*, 2 P Wms 75, 75.

<sup>(32)</sup> Cfr. VANCE, *The Quest*, cit., p. 260.

<sup>(33)</sup> Si vedano le considerazioni di SECHER, *Aboriginal Customary Law*, p. 28 e ss.

4. *Gli Indians come abitanti con diritti diminuiti. Johnson v Mc'Intosh (1823).*

Nei diversi Stati originati dal colonialismo britannico il problema del titolo di proprietà delle terre fu largamente condizionato dal diverso tema della legge applicabile nella successione dalla corona.

La Corte suprema americana intervenne sulla materia con una celebre pronuncia, *Johnson v Mc'Intosh*, del 1823 <sup>(34)</sup>. I ricorrenti, gli eredi delle ragioni Johnson e Graham, assumevano di essere proprietari di un vastissimo territorio nello Stato della Virginia perché i loro danti causa lo avevano acquistato con due diversi atti, l'uno del 1773 dalla *nation* Kaskaskias e l'altro del 1775 dalla *nation* Plankeshaw. La Virginia proclamò la propria indipendenza dalla Corona d'Inghilterra il 6 maggio 1776, nei limiti territoriali dati dal Trattato del 10 febbraio 1763 tra Francia e Gran Bretagna. Con la Costituzione degli Stati Uniti d'America, l'Assemblea della Virginia autorizzò i propri delegati al Congresso a trasferire a questi ogni diritto sul proprio territorio, con atto che fu perfezionato il 1 marzo 1784 per mano dei suoi rappresentanti.

Il 20 luglio 1818 gli Stati Uniti d'America vendettero il territorio conteso, a quel punto compreso nello Stato dell'Illinois, a William Mc'Intosh. Entrambe le parti affermarono di aver preso possesso dei beni prima dell'instaurazione del processo, che si concluse, in tutti i gradi, in favore di chi aveva acquistato dagli Stati Uniti, contro chi aveva acquistato dalle etnie indigene prima dell'Indipendenza. I ricorrenti sostennero che l'occupazione *ab immemorabili* delle terre ancestrali aveva acquistato alle popolazioni indigene la proprietà dei loro territori, non dissimilmente da quanto avrebbe fatto quella di qualsiasi individuo in uno Stato civilizzato.

Il fatto che gli indigeni occupassero le loro terre in comune, e non per quote distinte a titolo individuale, non avrebbe menomato la forza del loro titolo. Del resto, proseguiva la difesa dei ricorrenti, una proprietà degli indigeni era ammessa in trattati internazionali come quelli di Utrecht e di Aix la Chapelle <sup>(35)</sup>. Tale proprietà non poteva dirsi estinta per via della *Royal Proclamation* del 7 ottobre 1763 che, emanata alla fine della Guerra dei Sette Anni, vietava la colonizzazione oltre un certo confine (che si sarebbe per questo chiamato *proclamation line*) e quindi l'acquisto di ulteriori terre dagli *Indians*.

Al di là del fatto che le terre in questione non giacevano oltre tale confine, vi era il rilievo, secondo i ricorrenti, che la *Royal Proclamation* non aveva privato gli indigeni del potere di vendere le loro terre, ma solo vietato agli europei di comprarle. La *Proclamation* non avrebbe

<sup>(34)</sup> *Johnson v. Mc'Intosh*, 21 U.S. 543.

<sup>(35)</sup> *Johnson v. Mc'Intosh*, 21 U.S. 563.

comunque potuto avere un effetto estintivo della proprietà indigena, innanzitutto perché gli indigeni non erano sudditi britannici, e come tali non erano legati alle determinazioni del governo britannico, in secondo luogo perché la *Proclamation*, in quanto atto del potere esecutivo, non avrebbe potuto cancellare un diritto di proprietà <sup>(36)</sup>. Anche l'Assemblea della Virginia nel 1779 non avrebbe avuto il potere di estinguere il diritto di proprietà che si era trasferito dalle popolazioni indigene ai ricorrenti e ai loro danti causa. La questione, pertanto, si riduceva a stabilire se fosse lecito in Virginia compiere tali acquisti all'epoca in cui furono fatti, restando indiscutibile che gli *Indians* fossero proprietari per occupazione delle loro terre ancestrali.

L'argomento dell'incapacità degli indigeni a essere proprietari per *common law* fu invece spiegato dai resistenti. Tanto la legge, quanto la prassi delle nazioni europee presumevano nelle comunità indigene null'altro che insiemi di persone rimaste nello stato di natura. Ne conseguiva l'acquisto da parte della sovranità europea di un dominio eminente sul territorio, a precludere l'idea di una qualsiasi altra sovranità esistente negli stessi confini. Anche a voler ammettere che gli *Indians* fossero stati originariamente popoli indipendenti, proseguiva la difesa Mc'Intosh, avevano cessato di esserlo con la conquista: divenuti soggetti alla sovranità degli Stati Uniti, qualsiasi diritto di proprietà sulle loro terre doveva essere ricostruito a partire dalle leggi degli Stati Uniti, nei quali oltretutto essi non avevano veri diritti di cittadinanza, potendo piuttosto essere definiti come « *abitanti perpetui con diritti diminuiti* » <sup>(37)</sup>.

A questa stessa soluzione si sarebbe comunque dovuti arrivare anche dalla premessa opposta: ove anche gli Indiani potessero essere ritenuti una nazione indipendente, questi non avrebbero potuto cedere un diritto di proprietà individuale del tutto sconosciuto alla loro mentalità, che concepiva solo diritti collettivi. La permanenza degli indigeni su un territorio non poteva pertanto tradursi in un'occupa-

---

<sup>(36)</sup> « That the proclamation of 1763 could not restrain the purchasers under these deeds from purchasing; because the lands lay within the limits of the colony of Virginia, of which, or of some other British colony, the purchasers, all being British subjects, were inhabitants. And because the king had not, within the limits of that colonial government, or any other, any power of prerogative legislation; which is confined to countries newly conquered, and remaining in the military possession of the monarch, as supreme chief of the military forces of the nation ». *Johnson v. Mc'Intosh*, 21 U.S. 564.

<sup>(37)</sup> Marshall trae questa definizione da Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, libro I, c. 19, § 213: « Les habitants perpétuels sont ceux qui ont reçu le droit d'habitation perpétuelle. C'est une espèce de Citoyens d'un ordre inférieur: ils sont liés et soumis à la Société, sans participer à tous ces avantages ». Ed. Leiden, 1758, p. 84.

zione valida a acquistare loro una proprietà sui territori da cui traevano il loro sostentamento. Ciò che comunque mancava alle tribù indigene era l'esclusività nel rapporto con queste terre, di cui non erano solite — si sosteneva — avere un controllo totalizzante, che fosse in grado di prevenirne il godimento da parte di altri.

Il giudizio della Corte venne reso dal *Chief Justice* John Marshall<sup>(38)</sup>. Il fulcro della decisione si può così descrivere: il diritto di scoperta dava alla potenza titolare il diritto esclusivo di acquistare dai nativi la proprietà sul suolo, e di colonizzare il territorio. Ogni potenza europea aveva riservato a sé questo diritto, come funzione della propria sovranità<sup>(39)</sup>. I diritti degli abitanti originari non furono mai totalmente esclusi, ma necessariamente limitati dal diritto di scoperta. Essi furono considerati occupanti di pieno diritto del suolo, e quindi legittimati ad usarlo a proprio piacimento, ma da ciò non sarebbe potuto derivare loro un diritto di disporre del suolo, il quale sarebbe entrato in conflitto con la sovranità della potenza che esercitava il diritto di scoperta. Il quadro che ne risultava era quello di una sostanziale divisione delle prerogative sul territorio: la potenza sovrana manteneva il diritto di disporre delle terre, garantendo nuovi titoli di proprietà, i quali tuttavia ricevevano un limite dal diritto degli *Indians* a permanere sulle loro terre, per trarvi sostentamento secondo le proprie consuetudini.

Il governo britannico — continuava Marshall — aveva variamente esercitato questo diritto concedendo a terzi larghe porzioni di territorio in piena proprietà privata, e non aveva mai revocato questi atti, a differenza di quanto aveva fatto con le funzioni di governo, parimenti derivanti dalla sua sovranità<sup>(40)</sup>. Gli acquisti di terra dagli indigeni non furono pertanto regolati dalle leggi britanniche, ma dalle consuetudini proprie delle *nations*; se queste avessero ritirato le proprie concessioni, non vi sarebbero state istanze giurisdizionali cui fare ricorso<sup>(41)</sup>. I diritti

---

<sup>(38)</sup> G. BRYAN, *The Imperialism of John Marshal. A Study in Expediency*, Boston, 1924.

<sup>(39)</sup> « This principle was, that discovery gave title to the government by whose subjects, or by whose authority, it was made, against all other European governments, which title might be consummated by possession » (*Johnson v. Mc'Intosh*, p. 573).

<sup>(40)</sup> « Though the power to dismember regal governments was asserted and exercised, the power to dismember proprietary governments was not claimed; and, in some instances, even after the powers of government were revested in the crown, the title of the proprietors to the soil was respected » (ivi, p. 580).

<sup>(41)</sup> « The person who purchases lands from the Indians, within their territory, incorporates himself with them, so far as respects the property purchased holds their title under their protection, and subject to their laws. If they annul the grant, we know of no tribunal which can revise and set aside the proceeding. We know of no principle which can distinguish this case from a grant, made to a native Indian, authorizing him to hold a particular tract of land in severalty » (ivi, p. 593).

di proprietà della Corona passarono poi agli Stati Uniti d'America, i quali non acquistarono nulla più di quanto non fosse del Re d'Inghilterra: un titolo su tutte le terre entro la *Proclamation line*, tuttavia sottoposte all'*occupancy* degli indigeni. Esistevano pertanto due titoli sulla medesima terra, ma diversi per contenuto e per cogenza normativa: il titolo della Corona, che avrebbe potuto essere acquistato solo da questa e che poteva essere liberamente trasferito come proprietà privata, e l'*Indian title*, che una volta acquistato si sarebbe estinto nella persona del proprietario (42).

La permanenza degli *Indians* sulle loro terre non aveva perciò creato una proprietà trasmissibile: colui che aveva ricevuto il *grant* della Corona non aveva nulla da chiedere agli *Indians* per dirsi pienamente proprietario del suolo concesso. Secondo la Costituzione britannica, tutte le terre non occupate erano della Corona e, sotto le leggi britanniche, non fu mai operata una distinzione tra terre non occupate e terre occupate solo dagli *Indians* (43).

Due fattori conducevano a questa soluzione. Innanzitutto, lo stato di guerra perenne cui gli *Indians* avevano costretto i colonizzatori, tanto da escludere quel rispetto verso il loro ordinamento, che altrimenti ciascun conquistatore dovrebbe avere verso i popoli conquistati. In secondo luogo, l'assenza presso di loro di qualsiasi prodromo di struttura statale.

*Justice Marshall* era infatti costretto ad affrontare il problema dato da un testo ingombrante: l'opinione *Pratt-Yorke* del 1757 che, con riferimento ai territori dell'India, aveva definito valide le vendite fondiarie fatte direttamente dai capi delle popolazioni locali (44). Dall'opi-

---

(42) « The title of the crown, whatever it might be, could be acquired only by a conveyance from the crown. If an individual might extinguish the Indian title for his own benefit, or, in other words, might purchase it, still he could acquire only that title » (*ibidem*).

(43) « So far as respected the authority of the crown, no distinction was taken between vacant lands and lands occupied by the Indians. The title, subject only to the right of occupancy by the Indians, was admitted to be in the king, as was his right to grant that title. The lands, then, to which this proclamation referred, were lands which the king had a right to grant, or to reserve for the Indians » (ivi, p. 596).

(44) « In respect to such places as have been or shall be acquired by treaty or grant, from any of the Indian Princes or governments, your Majesty's letters patent are not necessary; the property of the soil vesting in the grantees by the Indian grants, subject only to your Majesty's right of sovereignty over the settlements, as English settlements, and over the inhabitants, as English subjects, who carry with them your Majesty's laws wherever they form colonies, and receive your Majesty's protection, by virtue of your royal Charters ». Così il testo della opinione *Pratt-Yorke* per come John

nione *Pratt-Yorke* si traeva in genere la conseguenza per cui la Corona britannica poteva dirsi investita di un titolo eminente di proprietà solo sulle terre acquistate per conquista, mentre nelle terre acquistate per trattato o per negoziazione privata, la stessa acquistava certamente la sovranità di diritto pubblico, ma non titoli di proprietà privata, i quali sarebbero rimasti nelle mani del soggetto acquirente. L'argomento adoperato da Marshall in *Johnson v. Mc'Intosh* era semplicissimo: l'opinione *Pratt-Yorke* si riferiva ad un contesto in cui le popolazioni indigene, pur lontane dal livello di civiltà europeo, tuttavia avevano i propri « principi o governi », i quali validamente potevano tanto concludere trattati di pace quanto contratti per il trasferimento della proprietà sulla terra, in conformità ai propri ordinamenti.

Quando ci si riferiva agli indiani del Nord America, non si parlava però di « principi o governi » ma di *sachems*, guerrieri, capi, tribù: un intero vocabolario fatto apposta per tenere lontane quelle popolazioni dalla più vaga idea possibile di Stato <sup>(45)</sup>. La conclusione era che i ricorrenti, avendo acquistato dalle nazioni indigene, non potevano vantare un titolo di proprietà concorrente nell'efficacia a quello vantato dal resistente: questi aveva acquistato dagli Stati Uniti quel *grant* che, prima dell'Indipendenza, avrebbe potuto acquistare solo dalla Corona britannica; quelli avevano invece acquistato dalle tribù indiane l'unico diritto che poteva essere loro riconosciuto, quello di *permanere* sui propri territori ancestrali, non certo quello di *trasferire* a terzi una proprietà che essi non ebbero mai. Questo il punto focale, esplicitato solo a tratti, nella dichiarazione di Marshall in *Johnson v. Mc'Intosh*: riconoscere una qualsiasi legittimazione proprietaria nei ricorrenti avrebbe implicato il pari riconoscimento che una qualche sovranità era stata comunque in mani indigene.

5. *Diritti aborigeni come uso su terre altrui*. *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. R* (1888).

I principi di *Johnson v. Mc'Intosh* saranno seguiti dal *Judicial Committee* del *Privy Council* in una pronuncia del 1888 relativa ai territori canadesi, *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. R*. La pronuncia si occupava di terre cedute nel 1873 al governo del *Dominion of Canada*, in rappresentanza della Corona, con un formale trattato da

---

Marshall lo trasse da CHALMERS, *Opinions of Eminent Lawyers on Various Points of English Jurisprudence*, qui nell'edizione London, 1858, p. 206.

<sup>(45)</sup> « The words 'princes or governments', are usually applied to the East Indians, but not to those of North America. We speak of their sachems, their warriors, their chiefmen, their nations or tribes, not of their 'princes or governments' » (*Johnson v. Mc'Intosh*, p. 600).

parte di alcuni « capi debitamente scelti per rappresentare la tribù Salteaux degli Indiani Ojibbeway » (46). Il trattato prevedeva che gli indiani avrebbero mantenuto il diritto a cacciare e pescare su tutto il territorio ceduto, con l'eccezione « di quelle porzioni che potessero essere di volta in volta richieste o appropriate per la colonizzazione, l'apertura di miniere, il taglio del legname, o altri scopi ». Il governo del *Dominion* ebbe poi a concedere alla società ricorrente il permesso di prelevare un milione di piedi cubi di legname da costruzione da una specifica porzione di questo vasto territorio.

La società venne quindi convenuta in giudizio dal Procuratore generale della Provincia dell'Ontario, la quale, dicendosi proprietaria del territorio e del legname, contestava la validità della concessione e chiedeva pertanto venisse accertato che la concessionaria non avesse alcun diritto a prelevare questa risorsa. Il *Chancellor of Ontario* accolse il ricorso, e la sentenza fu confermata all'unanimità dalla Corte d'appello dell'Ontario e poi, sia pure a maggioranza, dalla Corte suprema del Canada. Una questione che arrivò all'attenzione del *Privy Council*, richiesto dal governo del *Dominion*, che non era tra le parti del giudizio di merito, di stabilire quali conseguenze legali avesse avuto il trattato con le tribù indiane del 1873 nei rapporti fra sé stesso e la provincia dell'Ontario.

Scrivendo il giudizio del *Council*, Lord Watson partiva dalla *Royal Proclamation* del 1763, per ricordare come questo atto formale estendesse agli indiani che abitavano oltre la linea di colonizzazione la protezione britannica e stabiliva, in particolare, che gli stessi non dovessero essere molestati nel possesso di quelle parti del territorio sottoposte al dominio del Re d'Inghilterra le quali, per non essere state cedute in concessione o vendute dalla Corona, dovevano intendersi loro riservate come « territori di caccia ». Il possesso degli indigeni sulle loro terre ancestrali avrebbe potuto essere riconosciuto giuridicamente solo nei limiti dati dalla *Proclamation* nel 1763, la quale si esprimeva genericamente in favore di tutte le tribù indiane viventi sotto la protezione della Corona britannica.

Agli argomenti del *Dominion* del Canada, per cui la proprietà doveva intendersi rimasta agli indiani, atteso che il testo affermava che le terre loro riservate erano quelle che, per definizione, non erano mai state cedute o acquistate dalla Corona, la motivazione replicava che la *tenure* degli *Indians* sul territorio era solo un diritto personale e di usufrutto, totalmente dipendente dalla buona volontà del sovrano. Le terre riservate agli indigeni erano difatti definite come « parte dei nostri

---

(46) *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen (Ontario)* [1888] UKPC 70 (12 December 1888). 14 App. Cas. 46, [1888].

domini e territori »; la riserva dei territori di caccia veniva poi dichiarata come fatta per il presente, come frutto di un *motu proprio* sovrano <sup>(47)</sup>

Di stretta conseguenza, si doveva ritenere fosse sempre rimasto alla Corona un titolo sostanziale e eminente di dominio, che si era trasformato in piena proprietà tutte le volte in cui l'*Indian title*, come peso di carattere personale, era stato estinto attraverso la cessione fatta dalle stesse tribù alla Corona o a terzi suoi concessionari. Questo titolo, proseguiva il *Privy Council*, si era trasferito nella provincia dell'Ontario ai sensi della *Section 109* del *British North America Act* del 1867. Le competenze in materia di « affari indiani » rimaste al *Dominion* non potevano riguardare altro che il potere di accettare nuove cessioni dell'*Indian title*, ma ciò non implicava che il titolo eminente di proprietà sui terreni non dovesse riconoscersi alla provincia dell'Ontario.

Questa pronuncia rappresenta lo stato della questione tenuto fermo dalla giurisprudenza di *common law* fino agli anni '70 del ventesimo secolo <sup>(48)</sup>. Da quel decennio in poi taluni sistemi registrarono un radicale mutamento nelle opzioni ricostruttive circa la proprietà indigena. Tra questi, principalmente il Canada e l'Australia: il primo caratterizzato da una serie di sentenze che hanno progressivamente esteso la fattispecie del « titolo aborigeno » di proprietà; la seconda dominata da un'unica, rilevantissima pronuncia.

6. *Il riconoscimento dell'aboriginal title nella giurisprudenza delle corti canadesi. 1973-1997.*

Il nuovo approccio verso la questione della proprietà aborigena si ascrive sicuramente a una prima sentenza della Corte suprema del Canada del 1973, che iniziava a criticare l'imperio della dottrina tradizionale circa il dominio eminente della Corona. In *Calder v. Attorney — General of British Columbia* <sup>(49)</sup> la Corte respinse l'appello dei ricorrenti, tutti appartenenti alla tribù *Nishqa*, occupanti da tempo immemore una vasta area nella Nass Valley, con una decisione a

---

<sup>(47)</sup> « It was suggested, in the course of the argument for the Dominion, that inasmuch as the proclamation recites that the territories thereby reserved for Indians had never been 'ceded to or purchased by' the Crown, the entire property of the land remained with them. That inference is, however, at variance with the terms of the instrument, which show that the tenure of the Indians was a personal and usufructuary right, dependent upon the good will of the sovereign » (ivi, p. 5).

<sup>(48)</sup> Insieme a *Amodu Tijani v. Secretary, Southern Nigeria*, 1921 2 AC 399 (PC) 403, maggiormente utilizzata da SECHER, *Aboriginal Customary Law*, pp. 42-46.

<sup>(49)</sup> *Calder v. Attorney General of British Columbia*, 1973 SCR 313 SCC. Cfr. W.H. McCONNELL, *The Calder Case in Historical Perspective*, in « Saskatchewan Law Review », 38 (1974), 1, pp. 88-122.

maggioranza, in realtà non conclusiva sul merito. Sulla questione principale si realizzò infatti una perfetta parità; il giudizio fu poi deciso contro gli appellanti dall'opinione del settimo giudice, fondata esclusivamente su motivi di procedura.

Entrambe le opinioni partivano dall'esistenza di una proprietà aborigena acquistata per l'occupazione *ab immemorabili* da parte di quelle che venivano viste ora come società organizzate su base consuetudinaria. La differenza tra le due posizioni intervenute nel collegio era nel ruolo da dare alla *Royal Proclamation* del 1763. L'opinione contraria agli appellanti riteneva che la *Proclamation* non tutelasse gli indiani *Nisbqa*, poiché essi non erano al tempo sottoposti alla Corona britannica e non potevano pertanto essere destinatari delle sue norme, visto che il British Columbia era arrivato alla sovranità britannica solo con il Trattato di Oregon del 1846. Successivamente, una serie di concessioni fatte tra il 1858 e il 1863 dal Governatore dell'epoca dovevano ritenersi avere estinto qualsiasi diritto indigeno, perché in contrasto con l'uso diffuso del territorio fatto da queste etnie. La *dissenting opinion* dei tre rimanenti giudici si fondava su una diversa lettura del valore da dare alla *Proclamation* del 1763: essa avrebbe garantito sempre e comunque il « titolo aborigeno », un diritto legale che poteva essere estinto solo mercé la sua cessione alla Corona o attraverso specifici atti di legislazione, puntualmente indirizzati a questo fine. Ne conseguiva che le ordinanze emanate all'epoca dai primi governatori del British Columbia non potevano ritenersi valide a estinguere questo diritto, da una parte perché non specificamente orientate a questo scopo, dall'altra perché questi soggetti non avrebbero comunque avuto la potestà di incidere questo titolo di proprietà.

Sette anni dopo, la Corte federale del Canada ebbe modo di applicare i principi del titolo aborigeno di proprietà con la sentenza *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development* <sup>(50)</sup>. La sentenza riguardava un certo numero di gruppi *Inuit* che rivendicava la proprietà dei territori in cui avevano sempre esercitato la caccia e la pesca. La pronuncia partiva dal fatto che nella sentenza *Calder v. B.C.* tutti i giudici fossero d'accordo sulla configurabilità in astratto di un diritto aborigeno di proprietà come preesistente alla sovranità britannica. Questo diritto, che in *Calder* era stato escluso in concreto a maggioranza, qui veniva accertato, nella ricorrenza di questi requisiti: l'appartenenza dei ricorrenti ad una società organizzata, la quale occupava i territori rivendicati in modo esclusivo rispetto ad altre società

---

(50) 1980, 1 FC 518 (Can FC). Cfr. D.W. ELLIOTT, *Baker Lake and the Concept of Aboriginal Title*, in « Osgoode Hall Law Journal », 18 (1980), 4, pp. 653-663 e J.E. BICKENBACH, *The Baker Lake Case: A Partial Recognition of Inuit Aboriginal Title*, in « University of Toronto Faculty of Law Review », 38 (1980), 2, pp. 232-249.

organizzate, e in modo già perfetto e stabile al tempo in cui si era instaurata la sovranità britannica.

Questo titolo aborigeno poteva coesistere, secondo la Corte federale, con il *radical title* della Corona britannica. L'estinzione del titolo aborigeno sarebbe dovuta passare attraverso chiari e specifici atti di legislazione diretta di in tal senso, non attraverso l'occupazione fatta da soggetti che ricevevano titolo formale dalla Corona. Nella specie, tali atti non erano mai esistiti: le terre in questione erano state concesse nel 1670 alla *Hudson's Bay Company*, ma questa non aveva potuto costituirvi un vero diritto di proprietà privata, limitandosi a tenere dei piccoli avamposti per il commercio delle pelli, circondati dalle immense estensioni di terra ancora nel controllo delle popolazioni indigene. La *Hudson's Bay Company* restò quindi, per *Baker Lake*, sempre intestataria di un titolo prossimo a quello della Corona, e, al pari di questo, puramente formale. Esso non era quindi in grado di scalfire l'originario titolo di proprietà indigena, il quale era stato invece sempre provvisto di poteri concreti sul territorio. La sentenza era importante, tra l'altro, perché riconosceva la persistenza di un titolo aborigeno di proprietà anche in un territorio che era sempre stato ritenuto colonizzato, e quindi non *nullius* nel senso tradizionale del termine <sup>(51)</sup>.

I tempi erano definitivamente cambiati, e non solo a livello giurisprudenziale, per come testimonia il riconoscimento dei diritti aborigeni inserito nell'articolo 35 dell'atto di riforma costituzionale del Canada, il *Constitution Act* del 1982 <sup>(52)</sup>.

La giurisprudenza della Corte suprema si arricchì in quegli stessi anni di un ulteriore importante pronuncia, *Guerin v. The Queen*, del 1984 <sup>(53)</sup>. La particolarità del caso consentì alla Corte di fissare alcuni principi ulteriori. Si trattava della cessione alla Corona di alcuni terreni, con la previsione dell'ulteriore cessione da questa a privati per la realizzazione di un campo da golf. Effettuata la cessione del titolo aborigeno, la Corona realizzò con l'acquirente privato una cifra inferiore a quanto prospettato e, senza interpellare nuovamente le popolazioni interessate, cedette il terreno.

---

<sup>(51)</sup> SECHER, *Aboriginal Customary Law*, p. 381.

<sup>(52)</sup> Section 35: n. 1 e 3: « 35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed [...] (3) For greater certainty, in subsection (1) 'treaty rights' includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired ».

<sup>(53)</sup> 1984 2 SCR 335 (SCC). J. HURLEY, *The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title: Guerin v. the Queen*, in « McGill Law Journal », 30 (1985), 3, pp. 559-602; R.H. BARTLETT, *You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians: Guerin v. The Queen*, in « Saskatchewan Law Review », 49 (1984-1985), 2, pp. 367-374.

La Corte precisò che il titolo aborigeno è un diritto preesistente alla *Royal Proclamation* del 1763 e non creato da questa, come da alcuna legislazione successiva, quale l'*Indian Act* <sup>(54)</sup>. Il diritto sulle terre ancestrali è quindi originario e inalienabile, salvo che venga ceduto alla Corona, secondo appunto le previsioni di questa legge. Se la Corona ha ricevuto però questo titolo di proprietà, precedente ai suoi diritti, per contrattarne con terzi, ciò deve fare in funzione dell'interesse degli *Indians*, cui è legata da una *equitable obligation*. Il titolo aborigeno fa dunque nascere un *fiduciary duty sui generis* nella Corona, che è l'unica possibile cessionaria del titolo aborigeno, secondo l'*Indian Act*, proprio per impedire che gli *Indians* vengano fraudolentemente spogliati dei propri territori.

*Guerin v. The Queen* fu decisa prescindendo dalla *Section 35* del *Constitutional Act 1982*, che non era in vigore al momento in cui la controversia era stata instaurata. La Corte ebbe però modo di riaffermare questi principi alla luce della nuova norma costituzionale in una sentenza del 1990, *R. v. Sparrow* <sup>(55)</sup>.

In questa pronuncia la Corte Suprema del Canada stabilì che, per effetto della riforma, tutti i diritti aborigeni che non risultassero estinti alla data di entrata in vigore del *Constitutional Act* (17 aprile 1982) dovevano ritenersi tutelati al più alto livello e fatti oggetto di un generale *fiduciary duty* da parte della Corona, che avrebbe dovuto attivamente adoperarsi per proteggerli. La legislazione avrebbe così potuto comprimere il titolo aborigeno solo per motivi « urgenti e sostanziali » e solo riconoscendo la priorità della situazione giuridica ancestrale.

La Corte portò però ancora più avanti la linea della tutela nel 1997 con *Delgamuukw v. British Columbia*, in cui definì positivamente le caratteristiche del titolo aborigeno, il quale deve essere tutelato come tale perché derivante da un possesso che nasce prima della sovranità britannica, e si distingue così da qualsiasi altro titolo nato dopo e in conseguenza di essa <sup>(56)</sup>. L'anteriorità rispetto alla sovranità conduce al generale *fiduciary duty* della Corona.

---

<sup>(54)</sup> La legislazione fondamentale del 1876 sulle tribù indigene, continuamente emendata. R.H. BARTLETT, *The Indian Act of Canada*, in « Buffalo Law Review », 27 (1978), p. 581 e ss.

<sup>(55)</sup> 1990 1 SCR 1075 (SCC). Cfr. M. ASCH, *Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on R. v. Sparrow*, in « Alberta Law Review », 29 (1991), 2, pp. 498-517 e N. LYON, *A Perspective on the Application of the Criminal Code to Aboriginal Peoples in Light of the Judgment of the Supreme Court of Canada in R. v. Sparrow*, in « University of British Columbia Law Review », 26 (1992), pp. 306-313.

<sup>(56)</sup> 1997 3 SCR 1010 (SCC). *Delgamuukw* è una delle pietre miliari della giurisprudenza di *common law*, oggetto di vasta bibliografia. Tra i tanti contributi si può

La pronuncia è fondamentale perché traccia i caratteri dell'*aboriginal title* come dato positivo. La Corte stabilisce qui che il contenuto del titolo si estende all'uso generale e esclusivo delle terre, per una varietà di fini che non si esauriscono negli usi tradizionali che pure lo hanno generato. La proprietà aborigena di oggi non può dunque restringersi nei limiti della caccia e della pesca, quindi dei fatti in cui si sostanzava la proprietà aborigena di ieri. Non per questo, tuttavia, il titolo aborigeno può condurre a un qualsiasi atto di godimento o di disposizione del territorio. La natura collettiva di questa proprietà comporta la sua inalienabilità, non potendo una generazione escludere le altre dal pari rapporto col bene.

*Delgamuukw v. British Columbia* rappresenta così l'apice di un percorso che conduce al totale superamento della ricostruzione tradizionale del titolo indigeno di proprietà, da semplice onere che limita, finché non viene estinto, l'esercizio di un diritto formale — il titolo eminente della corona — a diritto autonomo di proprietà collettiva inalienabile, il quale non solo non può essere limitato da un potere sovrano, ma deve trasmettersi intatto nel tempo, indisponibile anche dai suoi stessi titolari. La questione dell'indisponibilità, va evidenziato, non apparteneva al dibattito anteriore sul titolo aborigeno che, anzi, era fatto di pronunce le quali si occupavano innanzitutto di stabilire chi fosse legittimato a disporre privatisticamente del territorio, se il detentore della sovranità politica o l'occupante da tempo immemore dei beni fondiari.

A queste conclusioni la Corte giungeva anche in virtù della particolare domanda dei ricorrenti, respinta nel primo grado: accertare la piena e assoluta proprietà sul territorio ancestrale appartenente a tutte le « *houses* » del popolo *Wet'suwet'en* e a quasi tutte le *houses* del popolo *Gitskan*, così come la loro esclusiva « *jurisdiction* » su di esso. Gli attori avevano virtualmente diviso il territorio rivendicato in 133 territori individuali, ciascuno reclamato dall'una o dall'altra « casa ». Le prove che i ricorrenti avevano portato dinanzi al giudice di primo grado erano tutte testimonianze culturali: narrazioni sacre tramandate oralmente circa l'origine e le vicende delle varie stirpi, così come danze e gesti rituali finalizzati a rendere permanente il rapporto tra le generazioni e il territorio ancestrale <sup>(57)</sup>.

Il giudice di primo grado le aveva respinte, rigettando pertanto la

---

qui segnalare J. BORROWS, *Sovereignty's Alchemy: An Analysis of Delgamuukw v. British Columbia*, in « Osgoode Hall Law Journal », 37 (1999), 3, pp. 537-596.

<sup>(57)</sup> Cfr. J.J. COVE, *Playing the Devil's Advocate: Anthropology in Delgamuukw*, in « Political and Legal Anthropology Review », 19 (1996), 2, pp. 53-58, a proposito della prima pronuncia della Corte d'Appello del British Columbia, *Delgamuukw v. British Columbia* 1991 79 DLR (4th) 185 (BCSC).

rivendica di un titolo aborigeno sul territorio, ma tuttavia dichiarando che i ricorrenti mantenevano l'uso di terre non occupate, secondo le prescrizioni generali della provincia del *British Columbia*. In appello la domanda fu cambiata in una rivendica del titolo aborigeno sul territorio e del riconoscimento di un autogoverno, nell'ambito del *fiduciary duty* descritto nella giurisprudenza precedente.

La Corte Suprema accolse il ricorso affermando che la materia avrebbe dovuto essere oggetto di un nuovo giudizio di merito, avendo il primo giudice errato nel considerare questo apparato probatorio e, più in generale, nel non aver considerato le difficoltà di accertamento del titolo aborigeno di proprietà, cosa che avrebbe dovuto portare questa materia, implicitamente, fuori dei normali canoni in materia di onere probatorio. Da qui la risposta che la Corte dava alla seconda delle quattro questioni in cui poteva essere tradotto il ricorso: in che termini il suo giudizio avrebbe potuto interferire con la cognizione del fatto operata dal giudice di merito. La Corte affermava, sotto questo profilo, che il giudice di primo grado aveva radicalmente errato nel rigettare questi argomenti di prova, stante la natura *sui generis* del titolo aborigeno e la sua inalienabilità, che deriva dalla dimensione culturale del rapporto tra etnia indigena e territorio, non dalla sua semplice dimensione patrimoniale. Da qui, ulteriormente, la definizione del contenuto del titolo aborigeno come esteso a qualsiasi attività o utilità che non sia in contrasto con la naturale relazione tra il gruppo e la terra <sup>(58)</sup>.

7. Radical e aboriginal title *nella giurisprudenza della High Court of Australia*. *Mabo v. Queensland* (1992).

La vicenda australiana si centra, al contrario, su un'unica sentenza della High Court, *Mabo v. Queensland* del 1992 <sup>(59)</sup>. I ricorrenti

---

<sup>(58)</sup> Così l'opinione della maggioranza dei giudici in *Delgamuukw*: « Aboriginal title encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes, which need not be aspects of those aboriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures. The protected uses must not be irreconcilable with the nature of the group's attachment to that land ».

<sup>(59)</sup> HCA 23, (1992) 175 CLR 1. Preceduta da una decisione del 1988 (cd. *Mabo v. Queensland* n. 1) con cui la High Court aveva dichiarato che il *Queensland Coast Island Declaratory Act*, provvedimento legislativo adottato dal Parlamento dello Stato del Queensland, doveva ritenersi invalido perché contrario, secondo la *Section 109* della Costituzione australiana, al *Racial Discrimination Act* del 1975, legge del Parlamento dell'Australia. Il *Queensland Coast Island Declaratory Act* aveva dichiarato estinti i diritti aborigeni di proprietà sul territorio dello Stato; questa questione era dunque pregiudiziale rispetto a quella poi decisa dalla High Court nella sentenza del 1992 (cd. *Mabo v. Queensland* n. 2).

cercavano tutela dei loro diritti sulle isole Murray, annesse alla colonia del Queensland nel 1879. Essi non contestavano che la Corona avesse esteso la propria sovranità sulle isole, né che ciò le avesse acquistato un titolo di dominio eminente (*radical title*). Ad essere contestata era l'idea che la Corona fosse proprietaria delle terre in virtù della propria sovranità, e che questa avesse estinto il titolo ancestrale del popolo *Meriam*. I ricorrenti ponevano a fondamento della propria pretesa tanto la preesistenza di un loro titolo di proprietà sopravvissuto all'annessione, tanto un loro titolo usufruttuario costituitosi dopo l'annessione, quanto ancora un titolo che proveniva dalla loro consuetudine, praticata costantemente fino a quel momento.

I resistenti invocavano gli argomenti tradizionali per l'epoca: i diritti aborigeni si sarebbero dovuti dare per estinti per effetto dell'annessione e, comunque, in virtù della successiva legislazione statale la quale, dettando norme per la proprietà terriera, non li avrebbe né compresi né riconosciuti <sup>(60)</sup>. Soprattutto, i resistenti invocavano la dottrina della *tenure*: poiché ogni proprietà in Australia derivava il proprio titolo dalla Corona, era inconcepibile un titolo anteriore all'instaurazione della sovranità britannica.

La Corte accettò che tutto il complesso del diritto fondiario inglese fosse basato sulla dottrina della *tenure*, ma mise in dubbio che questa dottrina ponesse una regola universale, applicabile in modo indiscriminato alle colonie australiane. La dottrina della *tenure* deriva da un « convincimento tradizionale », quello per cui dopo la conquista normanna il re sarebbe diventato il *Paramount Lord* di tutta la terra presente nel reame <sup>(61)</sup>. Questa finzione fu trasferita nelle colonie, e fornì la base per il riconoscimento dei titoli di proprietà che la Corona aveva concesso in concreto. La storia dell'Australia era però troppo più tarda rispetto alla conquista normanna perché si potesse riconoscere che la proprietà privata fosse il frutto di un sistema feudale di appartenenza, e ragionare così di proprietà allodiali: si doveva quindi ritenere che, ove la Corona avesse effettivamente dato una concessione di qualsiasi tipo, quella terra potesse presumersi essere stata precedentemente nella sua titolarità secondo il sistema della *tenure*. Derivava da qui che alla Corona dovesse essere riconosciuta anche la proprietà piena e assoluta a titolo allodiale di tutte le terre che, portate alla sua sovranità, fossero effettivamente disabitate. Perché ciò fosse, tuttavia, occorreva che quelle terre fossero state effettivamente *nullius*: ove in concreto le terre fossero state occupate da abitanti indigeni e i loro

---

<sup>(60)</sup> Il riferimento è al *Land Act* del 1910.

<sup>(61)</sup> *Mabo v. Queensland* (n. 2), 1992 n. 48. Una ricostruzione operata dalla Corte in modo aderentissimo alla classica lezione di Pollock e Maitland, già vista *supra*.

diritti potessero essere oggi riconosciuti per *common law*, il titolo della Corona non avrebbe potuto condurla ad avere una proprietà piena e allodiale di quello stesso territorio <sup>(62)</sup>.

La Corte evidenziò come questa decisione si ponesse in contrasto con molte altre decisioni di segno diverso prese in passato. Mantenere l'autorità di queste pronunce avrebbe però comportato « distruggere l'eguaglianza di tutti cittadini australiani di fronte alla legge » <sup>(63)</sup>. Il *common law* australiano sarebbe così diventato un mezzo per perpetuare ingiustizia se avesse accolto la più vasta nozione di *terra nullius* fino ad allora seguita e avesse così continuato a definire gli aborigeni « come persone troppo basse nella scala dell'organizzazione sociale per essere ritenute degne di possedere diritti e interessi sulla terra ». Una lettura che, proseguiva la Corte, era conforme alla storia concreta della proprietà terriere in Australia, ove lo spossessamento degli aborigeni non era stato attuato trasferendo la proprietà delle terre alla Corona man mano che questa estendeva la sua sovranità sul territorio, ma appunto inibendo le popolazioni indigene dal proseguire la propria vita sulle terre ancestrali, man mano che la colonizzazione si espandeva e la terra veniva di conseguenza assicurata in proprietà dei coloni.

Lo spossessamento degli indigeni non veniva quindi più inteso come la conseguenza della debolezza intrinseca del titolo aborigeno rispetto all'instaurazione della sovranità sul territorio. Esso poteva conseguire solo da atti specifici del potere legittimamente dominante.

---

<sup>(62)</sup> « By attributing to the Crown a radical title to all land within a territory over which the Crown has assumed sovereignty, the common law enabled the Crown, in exercise of its sovereign power, to grant an interest in land to be held of the Crown or to acquire land for the Crown's demesne. The notion of radical title enabled the Crown to become Paramount Lord of all who hold a tenure granted by the Crown and to become absolute beneficial owner of unalienated land required for the Crown's purposes. But it is not a corollary of the Crown's acquisition of a radical title to land in an occupied territory that the Crown acquired absolute beneficial ownership of that land to the exclusion of the indigenous inhabitants. If the land were desert and uninhabited, truly a *terra nullius*, the Crown would take an absolute beneficial title (an allodial title) to the land for the reason given by Stephen C.J. in *Attorney-General v. Brown* (95) (1847) 1 Legge, at pp. 317-318: there would be no other proprietor. But if the land were occupied by the indigenous inhabitants and their rights and interests in the land are recognized by the common law, the radical title which is acquired with the acquisition of sovereignty cannot itself be taken to confer an absolute beneficial title to the occupied land. Nor is it necessary to the structure of our legal system to refuse recognition to the rights and interests in land of the indigenous inhabitants. The doctrine of tenure applies to every Crown grant of an interest in land, but not to rights and interests which do not owe their existence to a Crown grant ». *Mabo*, cit. n. 51.

<sup>(63)</sup> Ivi, n. 63.

Perché ciò potesse darsi in concreto occorre, secondo la High Court, che chi esercitava la sovranità avesse una chiara e evidente intenzione di provvedere in tal senso <sup>(64)</sup>. La soppressione del titolo aborigeno non poteva quindi essere dedotta a posteriori o comunque riportata come decisione tacita a un provvedimento statale, indipendentemente dal fatto che esso provenisse dal potere legislativo o dall'esecutivo. Su questi parametri, un atto di soppressione del titolo aborigeno è così il provvedimento con cui la corona garantisce a un privato un titolo di proprietà incompatibile con la permanenza nelle comunità aborigene del diritto a usare della terra in conformità con quanto fatto in passato <sup>(65)</sup>. Se un qualsiasi rappresentante della Corona concede una terra, questa ritornerà al termine alla Corona, poiché l'atto di concessione fa presumere la preesistenza di un titolo eminente del concedente. Al termine della concessione la Corona si accresce dunque del dominio pieno su quelle terre. Ove ciò non sia in fatto accaduto, una terra è solo nel *radical title* della Corona, limitato però dall'esistenza del titolo aborigeno di proprietà.

Ne consegue che la Corona mantiene ancora oggi in astratto il diritto a concedere terre sottoposte al titolo aborigeno e, così facendo, a estinguerlo. Questo potere deve essere esercitato dall'Esecutivo, il quale resta ovviamente soggetto ai vigenti statuti legali del Commonwealth, tra cui il *Racial Discrimination Act*: a legislazione vigente, pertanto, quel potere che solo in teoria appartiene alla Corona è oggi ulteriormente limitato nel suo esercizio, tanto da essere ridotto nella pratica a ben poca cosa <sup>(66)</sup>. Ciò non toglie che il titolo aborigeno possa essere ceduto dagli stessi titolari alla Corona, o possa essere estinto per un loro fatto proprio, che coincide con la perdita di effettività delle loro consuetudini riguardo a quella terra.

In *Mabo v. Queensland* l'Alta Corte superò facilmente ogni rilievo circa la titolarità dei diritti aborigeni alla comunità in quanto tale. Possono in concreto esistere ipotesi in cui il diritto aborigeno può essere inteso come titolarità del singolo e ipotesi in cui lo stesso agisce solo come soggetto esponenziale di una comunità. L'elemento che rende riconoscibile il *native title* è però la sua rispondenza alle norme consuetudinarie proprie dell'etnia che lo rivendica, per modo che il rifiuto di quella stessa etnia a continuare a vivere secondo quelle norme, in quanto praticabili, farebbe perdere loro la propria connessione con quella terra, per come farebbe anche la morte dell'ultimo dei membri di quel gruppo <sup>(67)</sup>.

---

<sup>(64)</sup> Ivi, n. 75.

<sup>(65)</sup> Ivi, n. 81.

<sup>(66)</sup> Ivi, n. 84.

<sup>(67)</sup> Ivi, n. 83.

Dalla corrispondenza tra titolo di proprietà e consuetudine deriva la inalienabilità del titolo stesso a soggetti esterni alla comunità. Il titolo aborigeno è un titolo riconosciuto dal *common law*, ma non è in sé un istituto del *common law*, il quale non contiene, di conseguenza, una norma relativa alla sua alienazione <sup>(68)</sup>. L'inalienabilità del titolo aborigeno dipende unicamente dalle regole che lo hanno formato, ossia dalle consuetudini della comunità titolare: ne consegue che lo stesso non può essere alienato a soggetti che partecipino di un altro ordinamento.

8. *La riconciliazione dell'aboriginal title nel common law tentata da Secher. Ancient demesne e Folkland.*

Su questo punto Secher costruisce la propria tesi di fondo: dopo *Mabo v. Queensland* il *common law* ammette la consuetudine indigena come fonte di un titolo originario di acquisto della terra, ampliando quindi i presupposti della tradizionale dottrina della *tenure*. Più esattamente, malgrado la consuetudine aborigena e il titolo che da essa deriva non siano prodotti dal *common law*, il riconoscimento che questo ordinamento fa di loro conferisce un titolo di proprietà fondiaria di *common law* indipendentemente da qualsiasi concessione, tacita come espressa, della Corona.

Questo titolo originario di proprietà può presentarsi in due ipotesi, le quali vanno ricostruite diversamente a seconda che se ne individui la nascita in un tempo successivo o precedente l'instaurazione della sovranità britannica sul territorio. Nella prima ipotesi, la consuetudine aborigena può far sorgere diritti sul territorio, anche a intenderlo come cosa altrui, sulla base delle regole di *common law* circa l'efficacia della consuetudine locale. La dottrina, seguita anche in tempi recenti, afferma che ove una consuetudine seguita generalmente in un luogo specifico disponga una disciplina particolare, questa può imporsi anche al *common law* <sup>(69)</sup>, purché possa essere provata l'esistenza di quattro requisiti fondamentali: la durata memorabile, la ragionevolezza, la certezza e la continuità. La consuetudine locale disciplina in modo particolare un bene, attribuendo così dei diritti collettivi a una data popolazione <sup>(70)</sup>, i quali possono anche escludere ogni utilità economica alla proprietà privata del suolo, che esiste a quel punto in una dimensione puramente formale <sup>(71)</sup>.

---

<sup>(68)</sup> Ivi, n. 65.

<sup>(69)</sup> SECHER, *Aboriginal Customary Law*, p. 294.

<sup>(70)</sup> Ivi, p. 293 nt. 48.

<sup>(71)</sup> Ivi, p. 298 nt. 80.

Se così è, continua l'autrice, è perfettamente possibile configurare dei diritti conferiti dalla consuetudine aborigena anche *dopo* che il territorio sia passato nella sovranità britannica e veda quindi la generale applicazione del *common law*, a patto che si possa provare l'esistenza delle quattro caratteristiche sopra ricordate. Nello specifico, la caratteristica della ragionevolezza implicherebbe, quasi per definizione, che tale consuetudine non possa costituire un diritto su terre già passate in proprietà privata con il *grant* della Corona, mentre consentirebbe in modo generalizzato l'instaurazione di diritti proprietari su terre mai alienate da questa. Se, come è detto espressamente in *Mabo v. Queensland*, una qualsiasi concessione regale di terra implica la preesistenza del diritto eminente della Corona, un bene mai alienato da questa non può presumersi parte di questo dominio eminente e rimane pertanto esposto all'acquisto originario di una proprietà da parte di chi è riuscito ad avvincere questi beni in una propria consuetudine, pur in un tempo successivo all'instaurazione della sovranità della Corona.

La caratteristica della ragionevolezza implica che la consuetudine aborigena che venga a costituirsi dopo l'instaurazione della sovranità britannica non possa estinguere un preesistente diritto di proprietà privata e quindi, per converso, che essa, ove si costituisca su un bene mai alienato, ne acquisti alle popolazioni aborigene la piena proprietà. La pienezza del diritto non dipende infatti dall'esercizio di una o più attività determinate, ma dalla presenza di altri diritti concorrenti sul medesimo bene. Ove questi difettano, le attività specifiche in cui si sostanziava la consuetudine non attribuiscono singoli diritti d'uso, ma un generale diritto sul bene che, in assenza di diritti concorrenti, diventa per ciò stesso proprietà poiché si espande a tutte le prerogative esercitabili sulla cosa, e non solo a quelle in fatto esercitate <sup>(72)</sup>.

Effetti non dissimili vengono prodotti dal titolo consuetudinario di proprietà aborigena allorché esso si sia costituito prima dell'instaurazione della sovranità britannica sul territorio, sia pure su una base giuridica diversa. Il punto qui non è dimostrare l'esistenza del titolo, ma il regime che esso impone alla terra ancestrale rispetto alla possibilità che la Corona teoricamente avrebbe (se, per come soggiunge *Mabo v. Queensland*, non vi fossero delle leggi che al momento lo impediscono) di garantirvi un diritto di proprietà privata.

Una questione che rileva solo nella dimensione esterna di questo tipo di proprietà, la dimensione in cui si descrivono i rapporti fra i soggetti titolari e i terzi. Le possibilità offerte dal *common law* sono, a giudizio dell'autrice, sostanzialmente due: considerare le terre interessate dal preesistente titolo aborigeno come in *demesne* (*demanium*) della Corona, e quindi non suscettibili al regime della *tenure* e non

---

(72) Ivi, p. 305.

concedibili; considerarle in *folkland*, e quindi di proprietà di individui considerati come appartenenti a una stirpe, fuori dalla cui cerchia essa è inalienabile.

La scelta dell'una come dell'altra opzione ricostruttiva è indifferente rispetto al risultato finale: in entrambi i casi si ottiene un pieno e assoluto diritto contro ogni possibile terzo a « possedere, occupare, usare e godere della terra ». Nessuno di questi due tipi di proprietà si riproduce nel titolo aborigeno nelle forme che essa aveva nel più antico diritto inglese: lo *ancient demesne* era inalienabile per definizione, mentre la terra sottoposta al titolo aborigeno non è inalienabile in assoluto, potendo il titolo essere ceduto alla Corona; per questo stesso motivo il titolo aborigeno è diverso dal *folkland*, il quale era alienabile solo all'interno della comunità di riferimento.

La dimensione esterna della proprietà indigena resta comunque indipendente rispetto a quella interna, che permane governata esclusivamente dalle consuetudini le quali, più che individuare degli usi determinati del bene, rappresentano il legame indissolubile tra questo e la comunità, destinato a evolversi nel comprendere facoltà prima inospettate.

9. *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia (2014). Cultura di un popolo e proprietà del territorio.*

Nella concezione di Secher, il riconoscimento della proprietà aborigena si fonda quindi sul contrasto tra due ordinamenti, quello consuetudinario e quello di *common law*, che produce questo stesso effetto su due titoli diversi, a seconda di quale norma sia anteriore all'altra. Un risultato che si basa sul fatto che la norma consuetudinaria rimanga come dato esterno alla descrizione del regime giuridico delle terre. Nella giurisprudenza di *common law*, la consuetudine è la norma che individua l'etnia titolare della proprietà aborigena, ma non quella che descrive il regime dei poteri che possono essere esercitati sul bene, il quale promana dall'ordinamento sovrano.

Questa impostazione è stata portata all'estremo dalla Corte Suprema del Canada con *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* <sup>(73)</sup>.

La *Tsilhqot'in Nation* è l'insieme di sei tribù seminomadi viventi da secoli in un ampio territorio di valli, fiumi e montagne nel British Columbia. Il governo locale aveva concesso a una ditta privata un prelievo di legname da alcuni boschi di cui la nazione *Tsilhqot'in* si serviva come parte del proprio territorio ancestrale. La concessione si basava sul *Forest Act*, e presupponeva la proprietà della Corona su terre su cui non si era mai costituita, attraverso il *grant*, una proprietà privata.

---

(73) 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R., emanata il 26 giugno 2014.

La tribù *Xeni Gwet'in* cercò dal governo locale una dichiarazione che proibisse anche per il futuro uno sfruttamento commerciale della terra, la quale non arrivò. Gli *Xeni Gwet'in*, anche a nome di tutta la *Nation*, si rivolsero pertanto al giudice per avere riconosciuta la proprietà aborigena sul territorio, contro il volere del governo federale e di quello provinciale.

Il giudice di primo grado stabilì che la *Tsilhqot'in Nation* aveva, da prima dell'instaurazione della sovranità britannica, un'occupazione valida ad acquistare l'*aboriginal title*, secondo i parametri fissati dalla Corte Suprema nella sua giurisprudenza, e che questo non poteva essere dichiarato in concreto solo per difetti di procedura. La Corte d'Appello del British Columbia accolse il ricorso della Provincia contro questa sentenza, applicando un criterio molto più specifico di occupazione, rispetto al quale non poteva dirsi provato il titolo aborigeno sull'intero territorio reclamato, ma solo su territori molto più piccoli e circoscritti, quelli ove le tribù risiedevano più o meno stabilmente. Questo titolo più ristretto, da chiedersi in ogni caso in un separato giudizio, non avrebbe comunque potuto comprendere la più parte del territorio che le First Nations occupavano solo per brevi periodi durante il loro nomadismo, secondo le stagioni. Su questi territori si sarebbero potuti riconoscere loro solo dei singoli diritti di caccia o di pesca, ma non il pieno titolo aborigeno di proprietà.

La Corte Suprema del Canada ha deciso nel giugno 2014 in favore dei ricorrenti, stabilendo che l'*aboriginal title* si estende a tutti i territori occupati da una data *Nation* secondo la propria cultura, quindi secondo le proprie consuetudini. La pronuncia sovverte i termini ordinari di prova del titolo aborigeno, richiedendo non più la dimostrazione della persistenza di un'occupazione in senso materiale, ma la prova di un fatto diverso: l'uso esclusivo del territorio sulla base del proprio ordinamento consuetudinario. Una conclusione che è richiesta, secondo la Corte, da quel « progetto di riconciliazione » con le *Nations* aborigene che esclude di poter trattare la materia nella rigidità di un approccio puramente tecnico agli ordinari principi in tema di domanda e di prova, il quale rischierebbe di dimenticare il profilo sostanziale della questione.

Su questa base la Corte arriva argomentando dai tre caratteri dell'*occupancy* per come formulati in *Delgamuukw v. British Columbia*: sufficienza, continuità e esclusività<sup>(74)</sup>. Nessuno di questi può essere valutato separatamente dagli altri<sup>(75)</sup>, e mai nella prospettiva esclusiva del *common law*, dovendo considerare anche quella della consuetudine indigena. Nel valutarla, sosteneva già la Corte in *Delgamuukw*, occorre

<sup>(74)</sup> *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, p. 277 n. 25.

<sup>(75)</sup> Ivi, pp. 278-279 nn. 31 e 32.

tener conto della grandezza del gruppo che reclama il titolo aborigeno, nonché del suo modo di vivere, oltre che delle peculiarità del territorio oggetto di causa. Anche considerando che il possesso per *common law* prescinde a volte da una fisica occupazione del bene, se ne inferisce che un uso regolare del territorio, pur manifestandosi in atti di materiale occupazione distanti tra loro nel tempo, è da considerare « occupazione sufficiente » ad acquistare il titolo aborigeno.

La prova della *sufficiency* coincide con la dimostrazione che il gruppo aborigeno ha sempre agito nei riguardi del territorio in modo da comunicare ai terzi che intendeva tenerlo come proprio. Una volta accertata la sufficienza, il giudizio circa la continuità dell'occupazione è implicitamente risolto: essa non si manifesta in un'ininterrotta catena di atti di possesso sul territorio, ma coincide con la prova della preesistenza dell'occupazione all'instaurazione della sovranità britannica. Ne consegue che, una volta provata l'esistenza attuale della tribù che reclama il titolo su quel territorio, si può presumere che la stessa vi insistesse nel periodo antecedente la sovranità britannica, salva una difficile prova in contrario.

Il cardine di tutta la costruzione di *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* è però l'esclusività. La Corte la definisce come « intenzione e capacità » di controllare quel determinato territorio al tempo di instaurazione della sovranità. Un giudizio di fatto, che procede tanto dalle caratteristiche del gruppo, quanto da quelle del territorio. L'esclusività può dirsi provata tutte le volte che si dimostri che il gruppo indigeno riuscisse ad impedire l'accesso di terzi o ingenerasse comunque in questi la convinzione di dover chiedere un permesso. La stipula di trattati può esserne l'indice <sup>(76)</sup>.

Su questi presupposti la Corte accerta il titolo aborigeno nei ricorrenti, superando i rilievi della *Province* del *British Columbia* e del governo federale, centrati sul fatto che una popolazione di non più di quattrocento persone non avrebbe potuto occupare un territorio tanto vasto <sup>(77)</sup>. Per la Corte Suprema, che aderisce alle conclusioni del giudice di primo grado, la *Tsilhqot'in Nation* ha occupato in concreto territori molto vasti pur frequentandoli per ridotti periodi dell'anno, poiché è provato, anche da testimonianze archeologiche e antropologiche, che li ha considerati propri e ha indotto le altre popolazioni con cui veniva in contatto a ritenerli tali. La situazione giuridica che ne deriva è, per come già stabilito dalla Corte Suprema in *Delgamuukw*, indivisibile e inalienabile, comprimibile da parte dello Stato solo a precise condizioni.

---

<sup>(76)</sup> Ivi, p. 285 n. 48.

<sup>(77)</sup> Ivi, p. 289 n. 60.

10. *Una costruzione senza alternative? Il ruolo stringente di un lessico giuridico.*

Il tema della proprietà aborigena è quindi entrato in una nuova dimensione. Nessuno più dubita che le popolazioni aborigene abbiano un diritto reale sui territori da loro permanentemente occupati, e che questo diritto non sia assimilabile alla proprietà privata di tipo capitalistico. In queste certezze consiste il definitivo superamento di un'impostazione che vedeva le etnie indigene comunque lontane dal diritto di proprietà perché lontane dall'antropologia della proprietà, riservata al colonizzatore europeo. Gli argomenti della giurisprudenza vanno in senso diametralmente opposto: ogni etnia ha una sua proprietà del territorio ancestrale, frutto delle sue consuetudini, come ordinamento anteriore a quello dello Stato.

Realizzata sul piano culturale, quest'evoluzione è però lungi dall'essere compiuta sul piano tecnico-giuridico, ove la vischiosità della terminologia pesa sulla ricostruzione della fattispecie, tanto più in una situazione in cui la ricostruzione deve necessariamente rispondere a una sintesi tra due lessici diversi.

Il primo è quello feudale, il contesto in cui matura il modello giuridico della *tenure* che — è appena il caso di ricordare — non è la proprietà moderna, ma il modello da cui questa è derivata nei sistemi di *common law* con l'intervento di fattori ulteriori. Il secondo lessico è quello moderno, il risultato di quella evoluzione, al termine della quale la proprietà viene definita a partire dalla pienezza ed esclusività di poteri sulla cosa, prescindendo totalmente dalla fattispecie che la costituisce.

Nel descrivere la proprietà aborigena la giurisprudenza attuale di *common law* non riesce né a liberarsi dal lessico moderno, né a recuperare i valori tecnici del lessico feudale.

Questo parlava di una pluralità di domini, quello eminente (o *radical*) della Corona e quello utile di chi viene tutelato (*granted*) nel suo diritto a mantenere il possesso della cosa. Un insieme di situazioni giuridiche cui appartiene anche il *demesne*, la terra indisponibile perché oggetto di una consuetudine che la vuole *common* di una data collettività. Un modello che, per come ben notato da Secher, potrebbe descrivere immediatamente la struttura dei diritti aborigeni sul comune territorio ancestrale, e tuttavia mai usato dalla giurisprudenza di *common law*.

La giurisprudenza ottocentesca lo scartava non perché fosse incompatibile con la proprietà privata in sé, ma perché cozzava con l'idea di una proprietà come funzione della sovranità. Alla concezione del *demesne* come proprietà esercitata secondo consuetudine apparteneva anche la possibilità di una sua estinzione con l'ormai celebre

*enclosure* (78), la chiusura materiale di una parte del fondo che, secondo la stessa consuetudine, avrebbe garantito a un solo soggetto pienezza di diritti, e la contemporanea esclusione dalle utilità del *common land*. La rappresentazione del territorio ancestrale indigeno come *demesne* avrebbe quindi consentito la formazione di una proprietà privata, ma a condizioni non compatibili con il disegno coloniale. L'elemento di maggiore contrasto era dato dalla materialità dell'*enclosure*, la necessità di insistere materialmente e continuamente sulla porzione appropriata, da cui si doveva fisicamente inibire l'accesso ai terzi.

Una concezione che strideva con l'immagine di una sovranità regale che si espandeva naturalmente a tutti i territori inesplorati, man mano che questi venivano scoperti da sudditi inglesi. Il modello della *tenure* consentiva al contrario la costruzione di una proprietà astratta, priva di un possesso materiale, immagine della sovranità che in tanto *concedeva* questo diritto al privato, in quanto veniva a instaurarsi per un atto di privati, quale era la scoperta (79). In altri termini, se nella concezione feudale, seguita nella madrepatria, la proprietà collettiva del *demesne* poteva essere trasformata in proprietà privata costruendo sulla terra una situazione alternativa, ma densa di poteri sostanziali sulla cosa, il modello della *tenure* consentiva lo stesso risultato nelle colonie mediante atti di rilievo puramente formale.

Se la giurisprudenza attuale di *common law* continua a scartare lo strumento giuridico del *demesne*, pur dichiarando di voler superare il nesso funzionale tra sovranità e proprietà, il motivo è da ricercare nel peso che subisce dal lessico moderno della proprietà. Un condizionamento che porta questa giurisprudenza a non vedere nel *demesne* una proprietà, ma qualcosa di diverso e sfuggente, incerto nei suoi confini come nella latitudine di poteri da assegnare ai legittimati. Ciò è evidente dal costante tentativo, portato sempre più avanti di pronuncia in pronuncia, di ricostruire una proprietà collettiva indigena partendo dalle caratteristiche fondanti della proprietà privata: l'esclusività del potere verso la cosa e la sua pervasività a comprendere ogni utilità, attuale come futura, che da questa possa derivare.

Caratteristiche, queste, che la proprietà collettiva non ha mai conosciuto, tanto nel piccolo continente europeo, quanto nella vastità dell'America del Nord. Individuarle oggi non significa compensare le

---

(78) Si vedano in proposito le puntuali e condivisibili osservazioni di E. VITALE, *Contro i beni comuni: una critica illuminista*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 14 e ss.

(79) Un dogma, quello della 'scoperta' di terre abitate da millenni, che è per certi aspetti perpetuato anche in *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, e su cui si centrano le critiche di molti commentatori. Cfr. J. BORROWS, *The Durability of Terra Nullius: Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, in «U.B.C. Law Review», 48 (2015), 3, p. 705.

etnie aborigene degli indubbi torti subiti, quanto imporre loro una storia che non hanno vissuto, e ai loro beni una natura che non hanno mai avuto <sup>(80)</sup>.

La prova è nelle tante aporie che si aprono in questa concezione di proprietà collettiva: come decidere a quale etnia appartenga il territorio, ove questo sia stato effettivamente occupato da più di un gruppo secondo le proprie consuetudini, ad esempio, o entro quali limiti esso possa essere oggetto di disposizione da parte dei titolari. Il *demesne* ha in sé le risposte, la proprietà collettiva artificiale delle Corti Supreme dovrebbe invece trovarle nella legislazione positiva, quindi nella sovranità dello Stato, riproponendo così il dilemma che si voleva superare.

---

<sup>(80)</sup> Impostazione ovviamente non condivisa da chi parte dal presupposto di una sovranità indigena, trasferita alla Corona britannica insieme alla proprietà dei territori. Cfr. J. RURU, *Lenses of Comparison across Continents: Understanding Modern Aboriginal Title in Tsilhqot'in Nation v. British Columbia and Ngati Apa*, in « U.B.C. Law Review », 48 (2015), 3, pp. 903-942.

*Abstracts*



PAOLO GROSSI, *Towards an Administrative Law of Post-Modern Time.*

Opening a conference that is not meant to be purely celebrative, the author insists on the need for Italian science of administrative law to renew itself thoroughly. In the light of the legal and social values enshrined in the Italian constitution, and accounting for the novelties of European and global institutions, this renewal should lead to a government administration really capable of achieving the common good and centred on service rather than power.

FEDERIGO BAMBI, « *Risorgimento* »: *An Italian Word, a European Word.*

Born in the sixteenth century with the religious meaning of 'resurrection', by the end of the seventeenth century the word *Risorgimento* had also took on the secular meaning of 'overcoming a negative condition'; then, after another hundred years, it became 'future cultural development', but it did not yet mean 'political programme'. After 1789, as a consequence of the French developments but without a direct linguistic influence, *Risorgimento* in Italy was ready to convey the new meaning of 'process of redemption from the ancient decadence leading to a new institutional system'. Yet in the 1830s, however, the word had not taken on an antonomastic meaning, neither was it readily recognisable as a specific term of political-patriotic lexicon: to Leopardi, *Risorgimento* could simply mean 'return of poetic inspiration'. It was the years around 1848 that saw the wildfire spread of the word in its political meaning proper of 'movement for the independence and national unity of Italy' and this was the key meaning with which it spread across other European languages.

GIORGIO RIDOLFI, *The Christian Rule of Law. Reflections on Friedrich Julius Stahl's Legal Philosophy.*

The concept of *Rechtsstaat*, German version of the concept of 'rule of law', appears in the early nineteenth century. Its most famous definition was given, perhaps, by the conservative Lutheran jurist Friedrich Julius Stahl, who stressed its formal nature. In his opinion,

God is the source of every human power and legitimizes every arbitrary act of its holder; nevertheless, the law of modern States, whatever its content is, should be preferably a stable one, observed by all agents of the public authority. The essay begins with the description of Stahl's philosophical and religious background, in order to better explain his conception of the relationship between ethical and juridical law. In this respect, it is possible to examine the question if Stahl can be considered a positivist, as he asserted to be in analogy with Savigny, or if he was somehow influenced by the doctrine of the natural law. The second part of the essay expounds the political consequences of Stahl's position in the light of his support to the aristocracy and of his refusal of democracy and popular sovereignty. Finally, a brief conclusion returns to the concept of *Rechtstaat* considering how it can find its way in Stahl's entire work.

MAURIZIO FIORAVANTI, *Magna Charta in the History of Constitutionalism.*

The Magna Charta has always been the object of studies of constitutional history, placing it at the beginning of a long historical process which can be seen as uninterrupted. In this sense the Magna Charta seems to be the origin of a matter which is deeply rooted in the Middle Ages and at the same time could produce the main guarantees of the common-law constitutionalism of the modern and contemporary ages. This is valid not only for the very well-known notion of the *Rule of Law* but also for the real guarantee-procedures of the *Habeas Corpus*, the *Trial by Jury*, the *Due Process of Law*, and even for the prohibition of cruel and unusual punishments. In this paper a different aspect of the Magna Charta is analysed, so that it is qualified as a tool for the government of the land. From this second point of view the Magna Charta is the first and most relevant 'lordship contract' to be found on the European constitutional scene, together with other famous documents such as the « Privilegio General de Aragón » of 1283 or the « Golden Bull » of 1222. The whole series of these documents and of the territories to which they refer can be represented as the earliest and most initial phase of the history of the modern State in Europe.

LUCA MANNORI, *Constitution. Notes on the Emergence of the Concept in Eighteenth Century Italy.*

The term 'constitution' only took on its present political meaning in a period between the early sixteenth and the late eighteenth centuries. Earlier, no European language seemed to possess a term unequivocal

cally capable of denoting the basic rule of political organisation by means of one word in the singular. The history of 'constitution' in the Italian political language is interesting precisely because of the hard time the word had, in the peninsula, to take on its modern meaning. Italian élites, in fact, had always been used to conceive of government more as an aggregation of intermediate communities than as a unified agency. Thus, they accepted the new concept within their vocabulary only much later than other European areas. The paper walks down this rugged path throughout the eighteenth century, up to the revolutionary 'Triennio' and the beginnings of Napoleon's time.

GIUDITTA BRUNELLI, *The Rise of the Constitutional Court's Enforcement of the Due Process of Lawmaking. Scholarly Premises and Case Law in the 1950s.*

The legal questions arising from defects affecting the formation of laws continue to be topical as they stand out from the constitutional jurisprudence on parliamentary conversion of law-decrees, and from the judgement n. 120/2014 of the Italian Constitutional Court concerning the juridical regulation of the Chambers. This essay analyzes the constitutional doctrine of the mid-twentieth century concerning parliamentary *interna corporis acta* and its interactions with the innovative decisions of the Constitutional Court. Starting from the judgment n. 9/1959, in fact, the Court assumed to be competent in reviewing the formal defections of the laws directly contrasting with the constitutional *dicta*. This essay, *inter alia*, examines the juridical debate, mainly occurred between 1950 and 1960, throughout the review of different legal theories developed by Martines, Bon Valsassina, Galeotti, Esposito and Mortati. Moreover this paper analyzes the most important phases of the constitutional jurisprudence concerning the juridical regulation of the Chambers, from the fundamental constitutional judgment n. 9/1959, up to the recent judgment n. 120/2014.

MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA - RAFAEL DILLY PATRUS, *Constitution and Constituent Power in Post-1964 Brazil: The Brazilian Process of Constitutionalisation between « Transition and Rupture ».*

The article analyses the assimilation of constituent power into a historical and cultural context, in light of a reconstructive theory of the Constitution. This analysis implies a reconsideration of the classical distinction between the original constituent power and the derived

constituent power, in order to provide a reinterpretation of the phenomenon of the « creative authority » of the Constitution on the threshold between constitutionalism and democracy. Based on the theoretical premise of questioning the theory of constituent power, the paper examines the constitutional experience of post-1964 Brazil, focusing on the treatment given to the constituent problem during the military regime and on the meaning of the National Constituent Assembly of 1987/88, aiming to set new standards for the legal-historical thinking of the process of constitutionalisation of Brazil. The (re)construction proposed involves, in short, (1) questioning the way through which the democratic State of law and its existence in Brazil became payable; (2) breaking with the traditional view according to which the problem of constitutional legitimacy and effectiveness is reasoned from a gap between the idealism of the Constitution and a recalcitrant social reality; and (3) historiographically reallocating the normative rationality already present in the political and constitutional practices.

BERNARDO SORDI, *Toward the Public-Private Law Divide: The Italian Way.*

The distinction between public and private law represents a general dichotomy in all continental legal systems. Despite this, the roots of this sharp conceptual divide can be traced back to different starting points which lead to different developments in the main European countries. In Italy, the distinction was relatively unknown in the legal culture and in Court decisions until the end of the eighteenth century. The expression itself of « public law » was scarcely present in the works of legal scholars who made reference to other distinctions, such as: *ius divinum/ius humanum*; *ius civile/ius canonicum*; *ius commune/iura propria*. It was only in the second half of eighteenth century that the term was adopted by a handful of authors (Muratori, Beccaria, Filangieri, Lampredi...), while the success of Rousseau's *Contrat social*; ou, *Principes du droit politique*, published in 1762, contributed greatly to the diffusion of the term. The real flywheel for the diffusion of the term « public law » was the so called *triennio giacobino* (1796-99), after the Italian military campaign by Bonaparte. Indeed, the introduction in Italy of the political language and the political institutions first created by the French Revolution and then by the Napoleonic regime (from constitution to political representation, from administration to administrative law...), made road for a more generalized use of the term « public law » (Pagano, Compagnoni, Romagnosi...). On the other side, driven also by the philosophical foundation of the property rights and by the sharp distinction between sovereignty and civil society (from Portalis to Constant, from Kant to Savigny, whose works were

well known in Italy), the legal scholars laid the foundations of the classic dichotomy between public and private law as the main conceptual topic of legal thought.

ANTONIO CAPPUCCIO, « *A Fair and Lawful Gamble* ». *Contracts for Difference between Market Effectiveness and Normative Legality in Liberal Italy*.

Legal-history studies, for decades now, have highlighted continuity and ruptures of the civil and commercial codification process in liberal Italy. In the shadow of the codes which had been promulgated, a number of important 'special' laws came into force, among others Law n. 1971/1874 and Law n. 3326/1876, both relating to the taxation of Stock Exchange contracts. On the pretext of regulating the taxation system, Minghetti and Depretis governments offered an institutional response to the social and economic pressures that demanded stricter rules for 'contract for differences'. This paper investigates the long path towards the conquest of legality undertaken from the introduction of this still controversial typology of contract, through the study of the normative, doctrinal and judicial material, which is spread within the national territory before and after the Italian unification.

GIOVANNI CHIODI, *A Pioneer of Contractual Justice: Lorenzo Mossa and Adhesion Contracts*.

This article reconstructs the approach of Lorenzo Mossa who, in the early twentieth century, extensively investigated how the weaker parties could challenge unbalanced or unfair terms of adhesion contracts. Between 1919 and 1942 Mossa argued that commercial law should regulate such contracts differently from individual contracts, and therefore from civil law. Commercial law should be a social private law, respecting the principle of freedom of contract, but at the same time contributing to social justice, in the public interest, allowing the judge to disregard and even to correct the unfair terms of a contract. For this reason Mossa believed that an effective protection of the weaker parties required not only to increase legal mandatory rules, but also to provide a broad judicial control. The judge should refuse to enforce unfavourable contractual provisions when in fact they had not been understood by the consumers or, from a more objective point of view, went against good faith. Ambiguous clauses of an adhesion contract, moreover, had to be interpreted in conformity with the consumer's will and the general interest of both consumers and busi-

ness firms. In the 1930s, Mossa supported corporatism, which made agreements between enterprises on the general conditions of contract (type-contracts) generally binding, if approved by corporate authorities. Corporative norms looked like a new source of social law, apparently able to achieve equality in contracts. In 1942 Mossa judged the Italian civil code positively because, despite its limitations, it seemed a first step towards the implementation of a social private law. The civil code, however, did not lessen the difference between individual contracts and adhesion contracts and it was up for jurists to propose adequate remedies against the companies' abuse of economic power.

VINCENZO CERULLI IRELLI, *Taking Ownership « per laudo »*. *Essay on Collective Ownership*.

« Collective ownership » (regulated by public law) is an expression which indicates various forms of land ownership qualified by the fact that it is a community as an entity, and not as a sum of individuals, which owns the land. The management of the land is exercised by a specific organization within the community. In some cases the benefits of the use of the land are open to all the residents of the territory; in other cases, the access to the community is reserved to a much more restricted group of people who are the heirs of the ancient inhabitants. In both cases the source of the ownership is the same and can be traced back to the initial occupation of the land through working it (for example through cultivation, grazing etc.) over the centuries to provide the inhabitants with basic living needs. In other cases the community could have received the ownership by grant from a sovereign or lords of the land with sovereign powers. The land belongs to the community and is managed by an organization within it, but it does not belong to any individual members and therefore they cannot sell their quota, nor request the division of the joint-ownership (as the Italian Civil Code establishes for private joint ownerships). The land is protected by public law in material and functional terms with the aim of preserving it for future generations as well as ensuring the conservation of its environmental and landscape features. In many Italian regions, the management and the protection of real estates of this nature is still ruled by the Act of 1927 regarding the so-called « *usi civici* ». In these regions, all powers and responsibilities for the management and the protection of the land belong to the local government or town councils and community members can only exercise some limited 'rights of use' of the land.

BALDASSARE PASTORE, *Pragmatism and Criminal Law. Calderoni on « Free Will » and « Imputability »*.

Mario Calderoni was a jurist with regard to his educational training. Calderoni's thought is part of the pragmatist tendency. Pragmatism has contributed towards a cultural and epistemological renewal in Italy at the beginning of the twentieth century. This essay intends to point out that pragmatism seeks to establish a sound knowledge through the analysis of thinking and language. Pragmatism aims to avoid useless and imaginary questions, as well as misunderstanding and lack of precision. It aims to lift the fog of vagueness, ambiguity and inaccuracy. Calderoni has explored the impact of this method on criminal law. His degree thesis provides a detailed discussion which enters the nineteenth-century cultural context, where the controversy between determinism and indeterminism counts. Calderoni's remarks concern the dispute between the Classical and the Positive schools in Italian criminal law culture. The essay deals with Calderoni's « compatibilism » about free will and responsibility. It stresses that Calderoni proposes solutions suggesting the model of « minimal criminal law ».

ROBERTO BARTOLI, *Positivist School and Classical School on Criminal Law in Mario Calderoni's Perspective*.

Mario Calderoni's reflection on criminal law appears to be very interesting from several points of view. First of all, in « epistemological » terms, it reveals an awareness of evaluative and value terms of legal science as opposed to the aim pursued by the Positivist school of dissolving the law into empiricism. Secondly, it attempts to create a synthesis of both the « classical » and the « positivist » perspective in order to increase legal « sensitivity » to social and anthropological matters. Finally, and most importantly, it appears to be inspired by modern personalism, which leads to emphasize not only the motivational process underpinning every kind of legal decision and the purpose of rehabilitation of offenders, but also the integration between Classical school and Positivist school that guarantees the fulfilment of personalistic goals. This integration represents the authentic ground of a criminal law truly able to hold human beings responsible and at the same time to protect them against excessive punishment.

GIOVANNI TUZET, *Prediction and Responsibility: The « Plasticity » of Voluntary Acts in Calderoni.*

The essay focuses on the conception of legal and moral responsibility elaborated by Calderoni. In his view, first of all we need to connect responsibility and voluntariness of an act: voluntary acts raise a form of responsibility. Then we need to be precise about what we mean by « voluntariness ». According to Calderoni, it is voluntary the act that can be provoked, modified or prevented by the prediction of its consequences. Among such consequences, sanctions have a special role, especially when we deal with legal responsibility. The threat of a penalty or some negative sanction can prevent an action from being performed. For it is a consequence that the agent can predict and take into account in making a decision about how to act. So voluntariness and responsibility articulate like this: agents are responsible when their acts are susceptible of being modified by the prediction of their consequences. Such capacity of making a decision in view of the predictable consequences is what Calderoni calls *plasticity* of voluntary acts. The essay discusses this conception placing it in its historical context and showing how it connects to Calderoni's seminal perspective of an economic analysis of law.

ROSA M. CALCATERRA, *The Responsibility to Believe. Remarks on Mario Calderoni's Ethical Pragmatism.*

The wording « responsibility to believe » used in the title of this paper refers to the controversy of Calderoni against the Jamesian version of pragmatism, a controversy that corresponded to his philosophical choice in favour of the ethical value assigned by Peirce to the scientific-experimental method. In this light, I propose a reading of some Calderoni's arguments concerning the link between construction of beliefs, practical norms and moral or legal responsibility, trying to reassess firstly his criticisms of James and then his conception of philosophy as a practical and therapeutic activity. The latter will be discussed through a comparison between Wittgenstein's analysis of the intentional verbs and Calderoni's approach to the issues of freedom, of the definition of voluntary acts as well as of individual responsibility, both moral and legal. In particular, I will focus on the paradigm shift suggested by Wittgenstein in regard to the problem of human will, which seems useful for enhancing Calderoni's pragmatist insights.

GUIDO BAGGIO, *Social Theory of Human Conduct. Calderoni's Contribution to a Pragmatist Philosophy of Economics.*

The article aims to present the guidelines for the construction of a pragmatist philosophy of economics. In particular, starting from some comments on Calderoni's *Disarmonie economiche e disarmonie morali* in connection with some elements of George Herbert Mead's social theory of the Self, the article will argue that a pragmatist approach to human conduct allows to overcome the dichotomic opposition between « individual » and « social » aspects of conduct as well as between the descriptivist economic efficiency approach on the one hand and normativist ethics desirability approach on the other. The idea of a theory of human economic conduct offers a novel explanation of moral behaviour and of the interaction between ethics and economics.

LUCA FANTACCI, *The Economic and Moral Question of Rent in Calderoni's Thought.*

In the essay entitled *Disarmonie economiche e disarmonie morali* (« Economic and moral disharmonies »), Mario Calderoni proposes to extend the Ricardian theory of rent to the sphere of morality. However, his reflection allows, conversely, to shed new light on the methods of economics itself, and specifically on the economic concept of rent. Economic harmony requires, according to Calderoni, the proportionality between effort and remuneration. Rent is an economic disharmony because it dissociates remuneration from labour. The extension of the principle of competition allows to minimize this form of disharmony. There is, however, a second and more subtle form of economic disharmony, which results from the presumption of being able to measure, compare and exchange everything through money, in spite of the irreducible difference between people and radical uncertainty of the future. This article traces the thoughts of Calderoni, noting deep consonance with the thinking of John Maynard Keynes, who investigated, in those same years, but within economics, the behaviour of human beings in the face of radical uncertainty.

MARIO QUARANTA, *The Relationships between Mario Calderoni and the Italian Pragmatists.*

Mario Calderoni's relationships with other Italian pragmatists were varied. With Prezzolini there was an incompatibility of character (it seems) in addition to a cultural divide, and no correspondence;

Calderoni questioned whether Prezzolini was a pragmatist. Papini maintained a friendly relationship with the philosopher; he recognized the value of his philosophy and pledged to publish his writings. With Vailati there was a constant and fruitful philosophical exchange that lasted years. Together they had to prepare a book on pragmatism, of which we have some chapters; the project was interrupted by the premature death of Vailati, whose thinking has been taken up and defended by Calderoni.

*Ragguagli fiorentini*



ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO  
NELL'ANNO ACCADEMICO 2014-2015

Sono stati graditi ospiti del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno per un soggiorno di studio: la prof.ssa Maria Filomena Pinto da Costa Coelho (Departamento de História — Universidade Federal de Brasília); la prof.ssa Flaviane de Magalhães Barros (Universidade de Ouro Preto); il dott. Raphael Peixoto de Paula Marques (Universidade Federal de Brasília); il dott. Airton Ribeiro (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis); il dott. Felipe Pante Leme de Campos (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis).

È stato pubblicato il volume XLIV dei « Quaderni fiorentini », in due tomi. Come si osserva nella pagina introduttiva Giovanni Cazzetta, la vocazione della Rivista a rendere possibile, oggi più che mai, un dialogo approfondito tra dimensione giuridica e altri campi del sapere, e a cercare di delineare, storicizzando e quindi problematizzando, il volto del giuridico, è confermata nella maniera più netta anche in questo numero dei « Quaderni ». Basterà segnalare, accanto ai saggi sul ruolo dei diritti umani nell'America latina negli ultimi venticinque anni (Bartolomé Clavero), o a quelli, originalissimi, di Carlos Petit sulla « pratica cambiaria ad uso dei libertini » fra Casanova e Da Ponte, e di Francesco Migliorino su « Il dr. Freud e le riviste dei colpevoli » (che analizza il rapporto tra psicanalisi e « La giustizia penale »), l'intera sezione dedicata a Cesare Beccaria e « Dei delitti e delle pene » a duecentocinquanta anni dalla pubblicazione: una sezione nella quale gli autori (Pietro Costa, Renato Pasta, Mario Pisani e Domenico Siciliano) riescono a illuminare in modo innovativo sia l'immagine storica del Beccaria, sia la portata costruttiva della sua visione del diritto penale come « scienza sociale integrata ». Volume eterogeneo, dunque: ma che riconferma al

meglio la vocazione, da sempre propria dei « Quaderni », a restituire la dimensione fondamentalmente unitaria della scienza giuridica. Una dimensione fondamentale unitaria che ha bisogno di essere riscoperta, nonostante i recenti segnali in contrario avviso, anche (e si direbbe prima di tutto) nella fase della formazione del giurista.

Nella 'Biblioteca' del Centro sono stati pubblicati nel 2015 tre volumi, collegati a diverso titolo alle linee di ricerca perseguite dal Centro, ovvero il volume 107 di Irene Stolzi, *Le inchieste parlamentari. Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)*; poi il volume 108 *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento. Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, a cura di Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti ed infine il volume 109 di Giulio Abbate, *"Un dispotismo illuminato e paterno". Riforme e codificazione nell'India britannica (1772-1883)*.

Nel quadro dello sviluppo delle attività internazionali il Centro nell'aprile-maggio 2015 ha aderito come « founding member » a progetto internazionale, che vede come promotore l'Istituto de História Contemporânea FCHS/NOVA (Faculdade de Ciências Sociais e Humanas — Universidade Nova de Lisboa), e che è volto allo « *Establishment of the international Network of Analysis of Corporatism and the Organisation of interests: Past and Present (NETCORPOI)* »; un progetto che ben si iscrive nella linea che vede il Centro (ed in particolare alcuni suoi componenti come Pietro Costa, Irene Stolzi, Massimiliano Gregorio) da tempo impegnato in ricerche sul fascismo giuridico e il corporativismo in prospettiva europea.

Nel quadro delle linee di ricerca che caratterizzano l'attività del Centro di Studi sono stati inoltre organizzati i seguenti incontri il 13 febbraio 2015 il seminario su *Spazio ibridazioni e diritti tra storia e postmodernità* al quale sono intervenuti Ricardo Marcelo Fonseca (Universidade Federal do Paraná) e Massimo Meccarelli (Università di Macerata); il 17 aprile 2015 l'incontro dal titolo *L'Europa delle regole. Le operazioni non convenzionali della BCE e la Corte Costituzionale Tedesca*, dedicato ad analizzare, collocandoli in modo adeguato anche 'geneticamente' nel loro contesto storico, i principali aspetti giuridici ed economici sollevati nel contrasto fra BCE e Corte Costituzionale Tedesca in merito alle OMT (*Outright Monetary Transactions*): clementi centrali per il futuro del processo

di integrazione europea e, nell'immediato, per la sopravvivenza stessa della moneta unica. All'incontro hanno partecipato Christian Joerges (Hertie School of Governance, Berlino), Alessandro Petretto (Università di Firenze), Andrea Fineschi (Università di Siena), Alessandro Somma (Università di Ferrara), Andrea Cardone (Università di Firenze), Raffaele Volante (Università di Ferrara).

Il giorno 20 maggio 2015 si è tenuto il seminario dal titolo *Attualità e storia delle circostanze del reato (un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità)* volto ad indagare, diacronicamente e comparativamente, le questioni teorico-applicative collegate all'istituto delle circostanze del reato (dalla tematica delle *circumstantiae* o *qualitates delicti* e delle loro differenziazioni già nella criminalistica tardo medievale, alla rinnovata importanza alla quale il tema assurge nelle codificazioni ottocentesche, alla odierna « difficile decifrabilità » con, ad esempio, l'oscillazione di determinati elementi da costitutivi a circostanziali e viceversa, acuita dalla proliferazione di circostanze indefinite o alla blindatura del bilanciamento delle circostanze, con un « alternarsi » a volte 'perverso' di elementi di vincolo e di discrezionalità). All'incontro, preceduto dall'introduzione dei due ideatori, Michele Pifferi (Università di Ferrara) e Roberto Bartoli (Università di Firenze), hanno partecipato in qualità di relatori, nella sessione mattutina, dedicata ai profili storico-comparativi (presieduta da Paolo Cappellini), Floriana Colao (Università di Siena) e Francisco Muñoz Conde (Università di Siviglia) e in qualità di *discussants* Loredana Garlati (Università Milano-Bicocca) e Ettore Dezza (Università di Pavia); nella sessione pomeridiana, concernente i profili di diritto positivo (presieduta da Francesco Palazzo), come relatori Sebastian Martin (Università di Siviglia) e Giancarlo Vero (Università di Messina) e, in qualità di *discussants*, Marco Miletta (Università di Foggia), Fabio Basile (Università di Milano-Statale) e Alessandro Melchionda (Università di Trento). Gli Atti della giornata saranno pubblicati nella 'Biblioteca' del Centro.

Il giorno 7 ottobre 2015 Marco Cavina (Università di Bologna) ha tenuto una lezione dal titolo *Diritto dei giuristi e diritto dei non giuristi (fenomenologie esemplari: duello, delitto d'onore, eutanasia)*.

Il giorno 10 novembre 2015 si è svolto, introdotto da Paolo Cappellini, il seminario *Incontri con la storiografia giuridica brasi-*

liana: *la nuova storia del 'penale'* al quale hanno partecipato Ricardo Sontag (Universidade Federal de Minas Gerais): *Scienza giuridica e codificazione penale in Brasile fra Otto e Novecento: dialoghi transatlantici*; Diego Nunes (Universidade Federal de Uberlândia): *Il Code Pénal francese del 1810 nell'itinerario della codificazione penale brasiliana e latinoamericana: "influenza" e circolarità di modelli*; Raphael Peixoto de Paula Marques (Universidade Federal de Brasília): *Amnistia, costituzione e transizione in Brasile*; sono intervenuti Massimo Meccarelli (Università di Macerata) e Marco Miletto (Università di Foggia).

Il giorno 11 novembre 2015 Massimo Meccarelli (Università di Macerata) ha tenuto una lezione dal titolo *Diritti e coesione sociale: itinerari storico-giuridici*.

Nel novembre del 2015 in collaborazione tra il Centro di Studi e la Scuola Nazionale della Pubblica Amministrazione si sono svolti a Villa Ruspoli due incontri. Il primo, il giorno 12, dedicato alla presentazione del volume *Business Regulation* di Edward J. Balleisen della Duke University; sono intervenuti Fabrizio Cafaggi, Bernardo Sordi e Paolo Cappellini. Il secondo incontro, tenutosi per tutta la giornata successiva, è stato costituito dal seminario *Pubblico e Privato nella regolazione economica. Vicende storiche e prospettive attuali*, che dopo l'introduzione di Cafaggi e Cappellini in rappresentanza delle due istituzioni organizzatrici, si è così articolato: una *Sessione generale: Prospettive storiche nel diritto della regolazione*, con interventi di Balleisen e Sordi; successivamente una *Sessione I: la regolazione nell'antico regime* con intervento di Raffaele Volante (Università di Ferrara); una *Sessione II: la regolazione nell'età moderna* con interventi di Regina Grafe (Istituto Universitario Europeo) e Luca Mola (Istituto Universitario Europeo); una *Sessione III: la regolazione nell'età contemporanea* con interventi di Maria Rosaria Ferrarese (Scuola Nazionale dell'Amministrazione) e di Federico Caporale e Silvia Di Nitto (Università La Sapienza di Roma). Infine la tavola rotonda conclusiva, alla quale hanno preso parte tutti gli intervenienti, dedicata all'interrogativo-chiave dell'incontro: *Esiste una prospettiva storica della regolazione?* L'incontro fiorentino innovativo per la prospettiva interdisciplinare aveva come obiettivo di identificare continuità e discontinuità nella regolazione economica, nei rapporti tra pubblico e privato, mettendo appunto a confronto

varie discipline storiche, economiche, giuridiche, politologiche, al fine di individuare categorie comuni, o, almeno, una grammatica condivisa dell'evoluzione del fenomeno della regolazione.

Infine il giorno 2 dicembre 2015 Giovanni Rossi (Università di Verona) ha tenuto una lezione dal titolo *Il ripudio del diritto giustiniano e la riforma della società nell'Europa del Settecento*.



GIOVANNI CAZZETTA, *Pagina introduttiva* . . . . . 1

MODELLI E DIMENSIONI

PAOLO GROSSI, *Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno*. . . . . 9  
 FEDERIGO BAMBI, « *Risorgimento* »: *parola italiana, parola europea* . . . . . 17  
 GIORGIO RIDOLFI, *Lo Stato di diritto cristiano. Riflessioni sulla filosofia giuridica di Friedrich Julius Stahl*. . . . . 33

LA DIMENSIONE GIURIDICA

MAURIZIO FIORAVANTI, *La Magna Carta nella storia del costituzionalismo* . . . . . 67  
 LUCA MANNORI, *Costituzione. Note sulla emersione del concetto nell'Italia del Settecento* . . . . . 87  
 GIUDITTA BRUNELLI, *La genesi del sindacato di costituzionalità sul vizio formale della legge. Premesse dottrinali e giurisprudenza degli anni '50* . . . . . 127  
 MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA, RAFAEL DILLY PATRUS, *Constituição e poder constituinte no Brasil pós-1964: o processo de constitucionalização brasileiro entre « transição e ruptura »* . . . . . 171  
 BERNARDO SORDI, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano* . . . . . 193

FIGURE DELL'ESPERIENZA

ANTONIO CAPPUCCIO, « *Una alea lecita ed onesta* ». *I contratti differenziali tra effettività del mercato e legalità normativa nell'Italia liberale* . . . . . 213  
 GIOVANNI CHIODI, *Un pioniere della giustizia contrattuale: Lorenzo Mossa e i contratti di adesione* . . . . . 249  
 VINCENZO CERULLI IRELLI, *Apprendere « per laudo »*. *Saggio sulla proprietà collettiva* . . . . . 295

MARIO CALDERONI (1879-1914): IL PRAGMATISMO FRA DIRITTO ED ECONOMIA

BALDASSARE PASTORE, GIOVANNI TUZET, *Calderoni, il pragmatismo fra diritto ed economia* . . . . . 361  
 BALDASSARE PASTORE, *Pragmatismo e diritto penale. Le riflessioni di Mario Calderoni su « libero arbitrio » e « imputabilità »*. . . . . 365

ROBERTO BARTOLI, <i>Scuola positiva e scuola classica del diritto penale nella prospettiva di Mario Calderoni</i> . . . . .	385
GIOVANNI TUZET, <i>Previsione e responsabilità: la « plasticità » degli atti volontari in Calderoni</i> . . . . .	407
ROSA M. CALCATERRA, <i>La responsabilità di credere. Osservazioni sul pragmatismo etico di Mario Calderoni</i> . . . . .	427
GUIDO BAGGIO, <i>Teoria sociale della condotta umana. Il contributo di Calderoni a una filosofia pragmatista dell'economia</i> . . . . .	445
LUCA FANTACCI, <i>La questione economica e morale della rendita nel pensiero di Calderoni</i> . . . . .	463
MARIO QUARANTA, <i>I rapporti di Mario Calderoni con i pragmatisti italiani</i> . . . .	479

### LETTURE

LUCA COBBE, <i>Il governo dell'opinione. Politica e costituzione in David Hume, Macerata, 2014 (Ugo Bruschi)</i> . . . . .	493
AURELIO GENTILI, <i>Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti</i> , Vol. I, <i>Storia e teoria</i> ; Vol. II, <i>Tecnica</i> , Torino, 2015 (Giovanni Chiodi) . . . . .	503
DAVID HOWELL, <i>Mosley and British Politics 1918-32. Oswald's Odyssey</i> , Houndmills, 2015 (Valerio Torreggiani) . . . . .	512
CARLO NITSCH, <i>Renato Treves esule in Argentina. Sociologia, filosofia sociale, storia — Con documenti inediti e la traduzione di due scritti di Treves</i> , Torino, 2015 (Irene Stolzi) . . . . .	520
RODOLFO SACCO, <i>Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi</i> , Bologna, 2015 (Francesco Saverio Nisio). . . . .	529
CESARE SALVI, <i>Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei</i> , Bologna, 2015 (Giovanni Cazzetta). . . . .	541

### A PROPOSITO DI...

BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>¿Naciones Imperiales o Imperios sin Fronteras? (a propósito de La nación imperial de Josep Fradera)</i> . . . . .	553
GIUSEPPE DUSO, <i>Buon governo e agire politico dei governati: un nuovo modo di pensare la democrazia? (a proposito di P. Rosanvallon, Le bon gouvernement)</i> . . . . .	619
CÉSAR HORNERO MÉNDEZ, <i>La historia de la memoria histórica en España ha comenzado (a propósito de Bartolomé Clavero, El árbol y la raíz. Memoria histórica familiar; y España, 1978. La amnesia constituyente)</i> . . . . .	651

LUCA MANNORI, <i>Votare nei corpi. Ricerche recenti sulle pratiche elettorali prima della modernità</i> (a proposito di O. Christin, <i>Vox populi. Une histoire du vote avant le suffrage universel</i> ) . . . . .	667
MARCO NICOLA MILETTI, <i>Giustizia penale e identità nazionale</i> (a proposito di <i>Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista</i> , a cura di Luigi Lacchè) . . . . .	683
BERNARDO SORDI, <i>I difficili sentieri del diritto amministrativo nell'ordinamento canonico</i> (a proposito di Paolo Gherri, <i>Introduzione al diritto amministrativo canonico. Fondamenti</i> ) . . . . .	707
RAFFAELE VOLANTE, <i>La proprietà aborigena tra esclusività e sovranità</i> (a proposito di Ulla Secher, <i>Aboriginal Customary Law: A Source of Common Law Title to Land</i> , e Corte suprema del Canada, <i>Tsilhqot'in Nation v. British Columbia</i> ). . . . .	717
ABSTRACTS . . . . .	751
RAGGUAGLI FIORENTINI	
<i>Attività del Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2014-2015</i> . . . . .	763



# Contents

GIOVANNI CAZZETTA, <i>Introductory Remarks</i> . . . . .	1
PAOLO GROSSI, <i>Towards an Administrative Law of Post-Modern Time</i> . . . . .	9
FEDERIGO BAMBI, « <i>Risorgimento</i> »: <i>An Italian Word, a European Word</i> . . . . .	17
GIORGIO RIDOLFI, <i>The Christian Rule of Law. Reflections on Friedrich Julius Stahl's Legal Philosophy</i> . . . . .	33
MAURIZIO FIORAVANTI, <i>Magna Charta in the History of Constitutionalism</i> . . . . .	67
LUCA MANNORI, <i>Constitution. Notes on the Emergence of the Concept in Eighteenth Century Italy</i> . . . . .	87
GIUDITTA BRUNELLI, <i>The Rise of the Constitutional Court's Enforcement of the Due Process of Lawmaking. Scholarly Premises and Case Law in the 1950s</i> . . . . .	127
MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA, RAFAEL DILLY PATRUS, <i>Constitution and Constituent Power in Post-1964 Brazil: The Brazilian Process of Constitutionalisation between « Transition and Rupture »</i> . . . . .	171
BERNARDO SORDI, <i>Toward the Public-Private Law Divide: The Italian Way</i> . . . . .	193
ANTONIO CAPPUCCIO, « <i>A Fair and Lawful Gamble</i> ». <i>Contracts for Difference between Market Effectiveness and Normative Legality in Liberal Italy</i> . . . . .	213
GIOVANNI CHIODI, <i>A Pioneer of Contractual Justice: Lorenzo Mossa and Adhesion Contracts</i> . . . . .	249
VINCENZO CERULLI IRELLI, <i>Taking Ownership « per laudo »</i> . <i>Essay on Collective Ownership</i> . . . . .	295
BALDASSARE PASTORE, GIOVANNI TUZET, <i>Calderoni: Pragmatism between Law and Economics</i> . . . . .	361
BALDASSARE PASTORE, <i>Pragmatism and Criminal Law. Calderoni on « Free Will » and « Imputability »</i> . . . . .	365
ROBERTO BARTOLI, <i>Positivist School and Classical School on Criminal Law in Mario Calderoni's Perspective</i> . . . . .	385
GIOVANNI TUZET, <i>Prediction and Responsibility: The « Plasticity » of Voluntary Acts in Calderoni</i> . . . . .	407
ROSA M. CALCATERRA, <i>The Responsibility to Believe. Remarks on Mario Calderoni's Ethical Pragmatism</i> . . . . .	427
GUIDO BAGGIO, <i>Social Theory of Human Conduct. Calderoni's Contribution to a Pragmatist Philosophy of Economics</i> . . . . .	445
LUCA FANTACCI, <i>The Economic and Moral Question of Rent in Calderoni's Thought</i> . . . . .	463

MARIO QUARANTA, <i>The Relationships between Mario Calderoni and the Italian Pragmatists</i> . . . . .	479
--	-----

## REVIEWS

LUCA COBBE, <i>Il governo dell'opinione. Politica e costituzione in David Hume</i> , Macerata, 2014 (Ugo Bruschi) . . . . .	493
AURELIO GENTILI, <i>Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti</i> , Vol. I, <i>Storia e teoria</i> ; Vol. II, <i>Tecnica</i> , Torino, 2015 (Giovanni Chiodi) . . . . .	503
DAVID HOWELL, <i>Mosley and British Politics 1918-32. Oswald's Odyssey</i> , Houndmills, 2015 (Valerio Torreggiani) . . . . .	512
CARLO NITSCH, <i>Renato Treves esule in Argentina. Sociologia, filosofia sociale, storia – Con documenti inediti e la traduzione di due scritti di Treves</i> , Torino, 2015 (Irene Stolzi) . . . . .	520
RODOLFO SACCO, <i>Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi</i> , Bologna, 2015 (Francesco Saverio Nisio) . . . . .	529
CESARE SALVI, <i>Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei</i> , Bologna, 2015 (Giovanni Cazzetta) . . . . .	541

## READINGS

BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Imperial Nations or Borderless Empires?</i> (on <i>La nación imperial</i> by Josep Fradera) . . . . .	553
GIUSEPPE DUSO, <i>Good Government and the Political Action of the Governed: A New Way of Thinking about Democracy?</i> on P. Rosanvallon, <i>Le bon gouvernement</i> ) . . . . .	619
CÉSAR HORNERO MÉNDEZ, <i>The History of Historical Memory Has Begun in Spain</i> (on Bartolomé Clavero, <i>El árbol y la raíz. Memoria histórica familiar</i> ; and <i>España, 1978. La amnesia constituyente</i> ) . . . . .	651
LUCA MANNORI, <i>Voting in Bodies. Recent Research on Electoral Practice before Modernity</i> (on O. Christin, <i>Vox populi. Une histoire du vote avant le suffrage universel</i> ) . . . . .	667
MARCO NICOLA MILETTI, <i>Criminal Justice and National Identity</i> (on <i>Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista</i> , edited by Luigi Lacchè). . . . .	683
BERNARDO SORDI, <i>The Rugged Paths of Administrative Law in the Canonical Legal System</i> (on Paolo Gherri, <i>Introduzione al diritto amministrativo canonico. Fondamenti</i> ) . . . . .	707
RAFFAELE VOLANTE, <i>Aboriginal Title between Exclusiveness and Sovereignty</i> (on Ulla Secher, <i>Aboriginal Customary Law: A Source of Common Law Title to Land</i> , and Supreme Court of Canada, <i>Tsilhqot'in Nation v. British Columbia</i> ). . . . .	717

CONTENTS	775
ABSTRACTS . . . . .	751
CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO	
<i>Activities in the Year 2014-2015</i> . . . . .	763



## *I collaboratori del «Quaderno» 45*

GUIDO BAGGIO

*Dottore di ricerca in Filosofia e teoria delle scienze umane* – Università di Roma Tre

FEDERIGO BAMBI

*Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno* – Università di Firenze

ROBERTO BARTOLI

*Prof. Ordinario di Diritto penale* – Università di Firenze

GIUDITTA BRUNELLI

*Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico* – Università di Ferrara

UGO BRUSCHI

*Ricercatore in Storia del diritto medievale e moderno* – Università di Bologna

ROSA M. CALCATERRA

*Prof. Associato di Filosofia della conoscenza* – Università di Roma Tre

ANTONIO CAPPUCCIO

*Ricercatore in Storia del diritto medievale e moderno* – Università di Messina

MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA

*Professor Associado IV de Direito Constitucional* – Universidade Federal de Minas Gerais

GIOVANNI CAZZETTA

*Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno* – Università di Ferrara

VINCENZO CERULLI IRELLI

*Prof. Ordinario di Diritto amministrativo* – Università di Roma «La Sapienza»

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

RAFAEL DILLY PATRUS

*Mestre em Direito* – Universidade Federal de Minas Gerais

GIUSEPPE DUSO

*Prof. Ordinario di Filosofia politica* – Università di Padova

LUCA FANTACCI

*Lecturer di Storia economica* – Università Bocconi 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; Presidente della Corte costituzionale*

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ

*Profesor Contratado Doctor – Derecho civil – Universidad Pablo de Olavide (Sevilla – España)*

LUCA MANNORI

*Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche – Università di Firenze*

MARCO NICOLA MILETTI

*Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Foggia*

FRANCESCO SAVERIO NISIO

*Prof. Associato di Filosofia del diritto – Università di Foggia*

BALDASSARE PASTORE

*Prof. Ordinario di Filosofia del diritto – Università di Ferrara*

MARIO QUARANTA

*Docente di Storia e Filosofia nei licei*

GIORGIO RIDOLFI

*Assegnista di ricerca in filosofia del diritto – Università di Pisa*

BERNARDO SORDI

*Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze*

IRENE STOLZI

*Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze*

VALERIO TORREGGIANI

*Dottore di ricerca in Storia d'Europa: istituzioni, politica e società (XIX-XX sec.) – Università della Tuscia*

GIOVANNI TUZET

*Prof. Associato di Filosofia del diritto – Università Bocconi di Milano*

RAFFAELE VOLANTE

*Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Padova*

# 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  
Vol. 45 (2016), 8°, p. 778

## 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, IURISDICTION  
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)  
Ristampa  
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO  
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine  
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO  
Tomo I (1910-1927)  
A cura di Maria Vismara Missiroli  
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, NEL *SEGNO* DEI TEMPI  
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale  
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*  
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale  
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA  
(SECOLI XVII-XX)  
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI *PATRES*  
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO  
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO  
Un recupero per il diritto  
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, L'ORDINE CORPORATIVO  
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista  
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE  
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento  
(2007), 8°, p. XL-586

- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)  
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI  
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento  
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"  
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile  
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA  
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520  
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES  
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)  
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE  
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia  
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA  
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800  
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO  
Profili di giuristi  
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, LA RAGIONE DEL DIRITTO  
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento  
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007  
How to make, unmake, and remake law with words  
(2008), 8°, p. VIII-268
- 83 Paolo Grossi, TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE  
Quaderni fiorentini 1972-2001  
(2009), 8°, p. XXVIII-252
- 84 Aldo Sandulli, COSTRUIRE LO STATO  
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)  
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA  
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008  
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta  
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO  
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federigo Bambi, UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I  
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57  
(2009), 8°, p. IV-816

- 88 Mario Sbriccoli, *STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA*  
Scritti editi e inediti (1972-2007)  
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722  
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338
- 89 Arturo Carlo Jemolo, *LETTERE A MARIO FALCO*  
Tomo II (1928-1943)  
A cura di Maria Vismara Missiroli  
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, *IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE*  
(2010), 8°, p. X-576
- 91 Marco Sabbioneti, *DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO*  
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)  
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, *DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI*  
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo  
A cura di Gabriele Magrin  
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela  
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 *DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA*  
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010  
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi  
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, *CENSORI E GIURISTI*  
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)  
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 *ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA*  
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto  
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, *IL GIUDICE E LA LEGGE*  
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo  
Novecento  
(2012), 8°, p. X-342
- 97 Rodrigo Míguez Núñez, *TERRA DI SCONTRI*  
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali  
(2013), 8°, p. X-360
- 98 Enrico Finzi, *"L'OFFICINA DELLE COSE"*  
Scritti minori  
A cura di Paolo Grossi  
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, *L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA*  
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento  
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, *SCRITTI CANONISTICI*  
A cura di Carlo Fantappiè  
(2013), 8°, p. XLVI-314
- 101 Massimiliano Gregorio, *PARTE TOTALE*  
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento  
(2013), 8°, p. XIV-440

- 102 Emanuele Somma, JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO FRANCESE (1790-1795)  
(2013), 8°, p. VI-166
- 103 DALLA COSTITUZIONE "INATTUATA" ALLA COSTITUZIONE "INATTUALE"?  
Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana  
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013  
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta  
(2013), 8°, p. VIII-430
- 104 STORIA E DIRITTO  
Esperienze a confronto  
Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*  
Firenze, 18-19 ottobre 2012  
A cura di Bernardo Sordi  
(2013), 8°, p. VI-506
- 105 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA  
II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914  
(2014), 8°, p. XVIII-766
- 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
- 108 GIUSTIZIA PENALE E POLITICA IN ITALIA TRA OTTO E NOVECENTO  
Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto  
a cura di Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti  
(2015), 8°, p. X-536
- 109 Giulio Abbate, «UN DISPOTISMO ILLUMINATO E PATERNO»  
Riforme e codificazione nell'India britannica (1772-1883)  
(2015), 8°, p. VIII-312

***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

€ 80,00

024196283

ISBN 978-88-14-21482-0



9 788814 214820

Des. A. Pontecorvoli